

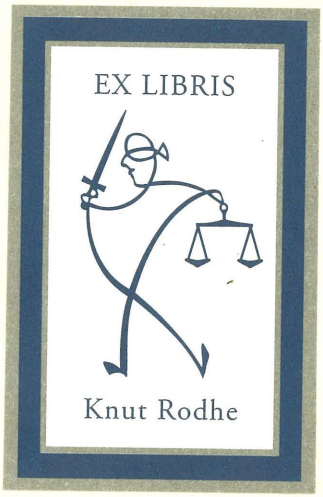
JAN ANDERSSON

OM VINSTUTDELNING FRÅN AKTIEBOLAG

EN STUDIE AV AKTIEBOLAGS-RÄTTSLIGA SKYDDSREGLER

48
SKRIFTER FRÅN JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala


EX LIBRIS
Knut Rodhe

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4280

Till professor emeritus Knut Rodhe
med vänliga hälsningar från förf.

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

48

Redaktörer: Anders Agell och Nils Jareborg

OM VINSTUTDELNING FRÅN AKTIEBOLAG

EN STUDIE AV
AKTIEBOLAGSRÄTTSLIGA SKYDDSREGLER

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET
10 0079257 3

Jan Andersson

IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

Abstract

Jan Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag. En studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler. About distribution of profits from Companies. A study of Corporate protective rules. With summary in English. Iustus Förlag 779 pp. Uppsala 1995. ISSN 0282-2048, ISBN 91-7678-297-2.

The purpose of this thesis is to analyze the statutory regulation of distribution of profits from a company to its shareholders. Distribution of profits is primarily regulated in Chapter 12 of The Swedish Companies Act. The Act consists mainly of two categories of norms, each with its own primary objective: 1) norms in the interest of third parties, for example the company's creditors, 2) norms in the interst of shareholders, for example minority protection rules. In the thesis a number of objections to the rules in The Swedish Companies Act which are supposed to protect third parties are put forward. The protection provided can be questioned de facto and is sometimes misleading. The citical question is whether or not the rules concerning distributions of profits, which are based on a legal share capital system, provide enough protection for creditors and other third parties to justify their existence. A closer analysis of the limits of ditribution of profits from companies indicates that the so called rule of prudence perhaps is of more importance for the protection of creditors and other third parties than the earned surplus test (see 12:2 of The Swedish Companies Act). Furthermore it appears – in contrast to other countries – as if 12:2 of The Swedish Companies Act is generally applicable on "distibutions" to non-shareholders.

A distribution within the meaning of the Act can be in the form of money and other assets but also in the authors view in the form of services rendered by the company. The concept of distribution should be determined with regard to whether the concept is used in relation to rules that are stipulated in the interst of third parties or the shareholders. In this thesis it is claimed that a disguised distribution is at hand if 1) the value of the consideration given by the shareholder is less than that given by the company and 2) the transaction, as such, has no or only a limited commercial purpose. A similar, but for the other party more favourable, test should be applied when a legal transaction between a company and a non-shareholder are said to constitute a disguised "distribution".

In Swedish law liability to return an illegal distribution is stipulated in 12:5 of The Swedish Companies Act. It can be argued that this liabilty only means that the shareholder should return the value of what he has received, and not that the shareholder should return what he has received. The rule of good faith found 12:5 of The Swedish Companies Act shall in the authors view only be applied on illegal distributions in the form of payment of dividends, even though case law indicates that it can be applied on constructive distributions. The liability stipulated in 12:5 of The Swedish Companies Act for directors and others to reimburse unlawful distributions cannot by analogy be applied to non-corporate persons.

Jan Andersson, Juridiska institutionen, Uppsala universitet,
Box 512, S-751 20 Uppsala, Sweden.

© Jan Andersson och Iustus Förlag AB, Uppsala 1995
ISSN 0282-2040
ISBN 91-7678-297-2
Sättning: Anilex HB
Tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1995

Förord

Så blev det till slut en bok. När jag i slutet av 1980-talet påbörjade detta projekt förstod jag inte hur lång tid det skulle ta och hur mycket arbete som skulle komma att krävas. Därtill kommer naturligtvis att jag stundom har ställt mig frågan: Vad har jag gett mig in på? Men så här efteråt är jag enbart glad över min egen envishet. Och att det är värt mödan kan inte ifrågasättas: Ty mycket lärorikt har det varit.

Bland dem som har hjälpt mig under arbetets gång vill jag först och främst tacka min handledare, professor Carl Hemström, som under arbetets gång alltid bistått mig och noggrant läst mina manuskript samt därefter kommit med mycket värdefulla råd och kritik. Han har vidare alltid haft dörren öppen för samtal, där jag kunnat presentera mina mer eller (inte sällan) mindre kloka idéer. Ett stort tack Carl!

Vidare bör framhållas att mycket stor hjälp för avhandlingsarbetet har tillhandahållits av min biträdande handledare, professor Nils Mattsson. Särskilt bör nämnas att han alltid på ett kärnfullt vis kunnat ge konstruktiv kritik. Denna kritik har otvivelaktigt varit av mycket stort värde, kanske har jag förstått detta bäst i efterhand.

Vid sidan av de nu nämnda vill jag särskilt tacka docent Per Falk och juris doktor Lars-Göran Sund, som under de första åren av mina doktorandstudier uppmuntrade mig att fortsätta. På senare år har flera doktorandkollegor på olika sätt bidragit till arbetet. Särskilt vill jag nämna Jonas Malmberg, som tog sig an mitt manuskript med friskt mod och delgav mig många värdefulla synpunkter. Vidare vill jag tacka Ola Åhman med vilken jag har haft oräkneliga värdefulla diskussioner. Inte minst i samband med våra "avhandlingskvällar" i Hamburg.

I slutstadiet av avhandlingsarbetet har advokat Thomas Nyman hjälpt mig med den engelska sammanfattningen. Assistenterna Maud Rosendal och Ulla Svedestig har varit behjälpliga med skrivarbete. Thomas Wikman har varit till mycket stor hjälp med sättningen av boken. Till alla er ett varmt tack!

På det personliga planet är det många som har fått stå ut med mycket, i synnerhet Sara. Härför är jag tacksam och "bättring" torde kunna utlovas.

Jag vill även framföra ett tack till alla som har bistått mig i ekonomiskt hänseende. Kempestiftelserna beviljade mig ett betydande ekonomiskt stöd under en kritisk period i början av avhandlingsarbetet. Genom The British Council erhöll jag ett s.k. Foreign and Commonwealth Office Scholarship, vilket möjliggjorde fördjupade studier i engelsk rätt och en trivsam vistelse i England. Resebidrag har utgått från Juridiska fakulteten i Uppsala. Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning har beviljat mig ett betydande tryckningsbidrag utan vilket det inte hade blivit en bok.

Vad gäller avhandlingen som sådan har jag på grund av främst tidspress tvingats begränsa källmaterialet. I fråga om utländskt material har jag inte annat än i undantagsfall kunnat beakta något som kommit ut i handeln efter den 31 december 1993 och detsamma gäller beträffande svenskt material efter den 31 december 1994. Sålunda har det tyvärr inte varit möjligt att beakta Erik Nereps nyutkomna monografi Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet.

Uppsala den 2 april 1995
Jan Andersson

Innehållsöversikt

Innehåll 9

Förkortningar 25

1 Introduktion till undersökningen 27

2 Svensk aktiebolagsrätt och vinstutdelning – en kortfattad översikt i ett historiskt, nutida och framtida perspektiv 45

3 Översikt över vissa utländska rättssystems aktiebolagsrätt, särskilt i vad avser regleringen av vinstutdelning, och en preliminär utvärdering av materialet under beaktande av rättsläget i Sverige 65

4 Rättsordningen, ABL och ändamålsöverväganden 125

5 Vinstutdelningens gränser 150

6 Om utbetalning och utdelning i utländsk rätt 270

7 Om utbetalning 306

8 Förtäckta utbetalningar – allmänna anmärkningar 388

9 Förtäckta utbetalningar – några typfall 430

10 Öppna och förtäckta (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående 483

11 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av otillåtna utbetalningar i utländsk rätt 489

12 Om ogiltighet och återbäringsskyldighet vid utbetalning av utdelning och andra typer av utbetalningar i strid mot ABL 541

13 Återbäringsskyldighet och godtrosskydd 651

14 Bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL och utomståendes ersättningsskyldighet vid medverkan till beslut om eller verkställande av olovliga aktiebolagsrättsliga utbetalningar 709

Summary 745

Källförteckning 757

Innehåll

Förkortningar 25

1 Introduktion till undersökningen 27
1.1 Inledning 27
1.2 Vinstutdelning och ABL:s systematiska uppbyggnad 28
1.3 Övergripande frågeställningar och undersökningens syfte 29
1.4 Om metod 34
1.5 Om arbetsmetod 37
1.6 Avgränsning 40
1.7 Undersökningens disposition 41

AVDELNING I VINSTUTDELNINGENS GRÄNSER 43

2 Svensk aktiebolagsrätt och vinstutdelning – en kortfattad översikt i ett historiskt, nutida och framtida perspektiv 45
2.1 Kapitlets syfte och disposition 45
2.2 Aktiebolagsrättens utveckling i svensk rätt, särskilt avseende vinstutdelning 46
2.3 Gällande aktiebolagsrätt, särskilt avseende vinstutdelning 49
2.3.1 Inledning 49
2.3.2 Om förfarandet vid vinstutdelning och bestämmelserna i 12 kapitlet ABL 50
2.3.3 EES-avtalet och i anledning av detta och i övrigt införda eller kommande ändringar av ABL, BFL m.m. 53

3 Översikt över vissa utländska rättssystems aktiebolagsrätt, särskilt i vad avser regleringen av vinstutdelning, och en preliminär utvärdering av materialet under beaktande av rättsläget i Sverige 65
3.1 Inledning 65
3.2 Utländsk rätt och föremålet för undersökningen 66
3.3 Kapitlets funktion och uppläggning 67
3.4 Valet av utländska rättsordningar för undersökningens syfte 68

3.4.1 EG-rätt och EES-rätt 68
3.4.2 Enskilda stater 70
3.4.2.1 Tyskland 70
3.4.2.2 England 71
3.4.2.3 Danmark 71
3.4.2.4 Norge 71
3.4.2.5 USA 72
3.5 Kortfattad översikt rörande de i undersökningen medtagna rättsordningarnas aktiebolagsrätt, särskilt avseende vinstutdelning 72
3.5.1 EG och bolagsrätten 72
3.5.1.1 Inledning 72
3.5.1.2 Publika bolag, kapitalkonstruktion och det andra bolagsdirektivet 75
3.5.1.3 Det andra bolagsdirektivet och vinstutdelningsreglerna 76
3.5.2 Tysk bolagsrätt – en kortfattad översikt, särskilt avseende vinstutdelning 81
3.5.2.1 Inledning 81
3.5.2.2 Aktiebolag, vinstutdelning och utbetalningar till aktieägarna 82
3.5.2.3 Andelsbolag, vinstutdelning och utbetalningar till andelsägarna 86
3.5.3 Dansk bolagsrätt – en kortfattad översikt, särskilt avseende vinstutdelning 89
3.5.3.1 Inledning 89
3.5.3.2 Aktiebolag, vinstutdelning och utbetalningar till aktieägarna 90
3.5.3.3 Andelsbolag, vinstutdelning och utbetalningar till andelsägarna 92
3.5.4 Engelsk bolagsrätt – en kortfattad översikt, särskilt avseende vinstutdelning 93
3.5.4.1 Inledning 93
3.5.4.2 Publika och privata aktiebolag, vinstutdelning och utbetalningar till aktieägarna 95
3.5.5 Norsk bolagsrätt – en kortfattad översikt, särskilt avseende vinstutdelning 99
3.5.5.1 Inledning 99
3.5.5.2 Aktiebolag, vinstutdelning och utbetalningar till aktieägarna 102
3.5.6 USA – en kortfattad översikt, särskilt avseende vinstutdelning 106
3.5.6.1 Inledning 106
3.5.6.2 Allmänt om aktiebolagen i USA 107
3.5.6.3 Aktiebolag, vinstutdelning och utbetalningar till aktieägarna 108
3.5.6.3.1 Inledning 108
3.5.6.3.2 Det utdelningsbara beloppets storlek – alternativa synsätt 109
3.5.6.3.3 Övriga frågor rörande vinstutdelning 112

3.6 Ett försök till en utvärdering: Tre modeller för att begränsa det utdelningsbara beloppets storlek 114
3.6.1 Inledning 114
3.6.2 Valet av modeller 115
3.6.3 Den s.k. balance sheet surplus test (capital impairment test) 117
3.6.4 Den s.k. earned surplus test (däri ingående en s.k. current earnings test) 119
3.6.5 Den s.k. insolvency test (insufficiens- och insolvensprövning) 122

4 Rättsordningen, ABL och ändamålsöverväganden 125
4.1 Om aktiebolaget som juridisk konstruktion i samhället 125
4.1.1 Inledning 125
4.1.2 En ansats till problemformulering avseende ändamålssynpunkter 126
4.1.3 Aktiebolagen, ABL och övergripande ändamål 127
4.2 Övergripande ändamål, underliggande ändamål och ABL 129
4.3 ABL och underliggande ändamål 130
4.3.1 Om skyddet för tredje man, aktieägarna och omsättningen 130
4.3.2 Omsättningsskyddet 132
4.3.3 Tredjemansskyddet 132
4.3.3.1 Inledning 132
4.3.3.2 Skyddet för bolagets borgenärer 133
4.3.3.3 Kritiska anmärkningar rörande borgenärsskyddet 137
4.3.3.4 Kapitalkonstruktion och borgenärsskydd – enbart ett antagande i föreliggande undersökning 144
4.3.3.5 Skyddet för de anställda och samhälleliga intressen – ytterligare antaganden 145
4.3.4 Skyddet för bolagets aktieägare 145
4.3.4.1 Inledning 145
4.3.4.2 Avkastning på satsat kapital 146
4.3.4.3 Inflytande över verksamheten 148
4.3.4.4 Skyddet för minoriteten 148
4.4 ABL och ändamålssynpunkter – en sammanfattning 149

5 Vinstutdelningens gränser 150
5.1 Om vinstutdelning och dess reglering 150
5.1.1 Inledning 150
5.1.2 Kapitlets uppläggning och syfte 151
5.2 Om utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL 152
5.2.1 Om utbetalningsförbudets utveckling och konstruktion 152

5.2.2 Om utbetalningsförbudet, tre utbetalningstyper och ändamålssynpunkter 161
5.2.2.1 Inledning 161
5.2.2.2 Om ABL:s bestämmelser rörande vinstutdelning och relevanta ändamål 161
5.2.2.3 Om ABL:s bestämmelser rörande utbetalningar till aktieägare i samband med dels nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden, dels likvidation och relevanta ändamål 168
5.3 Om utbetalning av vinstutdelning och andra typer av utbetalningar – ett försök till avgränsning mellan utbetalningstyperna 170
5.3.1 Inledning 170
5.3.2 Utbetalning av vinstutdelning som utbetalningstyp och dess avgränsning 172
5.3.2.1 Om vinst och utdelningsbart fritt eget kapital 172
5.3.3 Avgränsningen mellan utbetalningstyperna (olovlig) utbetalning av vinstutdelning och (olovlig) utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden, uppskrivningsfonden (och) eller annan bunden fond. 175
5.3.3.1 En översikt 175
5.3.3.2 Om inkonsekvent systematik och terminologi: Olovlig utbetalning av vinstutdelning eller olovlig utbetalning vid nedsättning av (någon av de i) bundet eget kapital (ingående posterna)? 179
5.3.3.3 Presumtionen att aktiebolagsrättsliga utbetalningar (utom i samband med aktiebolags likvidation) antas ta i anspråk tillgångar motsvarande i första hand utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL 181
5.3.4 (Olovlig) Utbetalning av vinstutdelning, (olovlig) utbetalning vid nedsättning av någon av de i bundet eget kapital ingående posterna och avgränsningen gentemot utbetalningstypen (olovlig) utbetalning (utskiftning) vid likvidation 181
5.4 Om vinstutdelningens gränser – skyddet för tredje man och skyddet för aktieägare samt funktionsfördelningens betydelse 186
5.4.1 Inledning 186
5.4.2 Om skyddet för tredje man och kravet på upprättad och fastställd resultaträkning och balansräkning 186
5.4.3 Om skyddet för tredje man – utbetalning av vinstutdelning och fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL 187
5.4.3.1 Om fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL – en översikt 187
5.4.3.2 Särskilt om fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL i moderbolag 199
5.4.4 Om skyddet för tredje man – utbetalning av vinstutdelning och försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL 200
5.4.4.1 Inledning 200

5.4.4.2 Historik 200
5.4.4.3 Försiktighetsregeln enligt gällande rätt 203
5.4.4.3.1 Försiktighetsregelns funktion 204
5.4.4.3.2 Försiktighetsregelns innehåll 207
5.4.4.3.3 Om konsolideringsbehov 208
5.4.4.3.4 Om likviditet 212
5.4.4.3.5 Om ställning i övrigt 214
5.4.4.3.6 Om god affärssed 216
5.4.4.3.7 Särskilt om försiktighetsregeln och koncerner 218
5.4.4.3.8 Försiktighetsregeln i rättspraxis 219
5.4.5 Om skyddet för tredje man och frågan om utbetalningsbestämmelserna i ABL är tillämpliga på vederlagsfria förfoganden över bolagets förmögenhet till förmån för utomstående (icke aktieägare) 220
5.4.6 Om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen och dess betydelse vid utbetalning av vinstutdelning 226
5.4.6.1 Inledning 226
5.4.6.2 Funktionsfördelningen mellan bolagsorganen, ställföreträdare och behörighet och befogenhet 227
5.4.6.3 Funktionsfördelningens ändamål 230
5.4.6.4 Om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen, stämmobeslut och ställföreträdares behörighet och befogenhet 231
5.4.6.5 Om bolagsstämmobeslut saknas samtidigt som styrelsen eller annan ställföreträdare företar rättshandling för bolaget som förutsätter ett sådant beslut 236
5.4.6.6 Om ett bolagsstämmobeslut är ogiltigt eller angripligt samtidigt som styrelsen eller annan ställföreträdare verkställer detta genom att företa en rättshandling för bolaget 237
5.4.6.7 Om betydelsen av samtliga aktieägares samtycke för styrelsens och annan ställföreträdares behörighet och befogenhet. 241
5.4.6.8 Om ställföreträdares rättshandlande i strid mot bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse 242
5.4.7 Om skyddet för aktieägare, särskilt minoritetsaktieägare, och utbetalning av vinstutdelning 247
5.4.7.1 Inledning 247
5.4.7.2 Om likhetsprincipen och generalklausulerna – en översikt utifrån ett historiskt perspektiv 247
5.4.7.3 Om likhetsprincipen och utbetalning av vinstutdelning 256
5.4.7.4 Om generalklausulerna och utbetalning av vinstutdelning 257
5.4.7.5 Om utbetalning av vinstutdelning och utsvältningsregeln i 12:3 2 st. ABL 260

6 Om utbetalning och utdelning i utländsk rätt 270
6.1 Inledning 270
6.2 Utdelningsbegreppet i det andra bolagsdirektivet 271
6.3 Om utbetalning och utdelning i tysk rätt 276
6.3.1 Terminologi 276
6.3.2 Utbetalningar och aktiebolag 277
6.3.2.1 Översikt 277
6.3.2.2 Särskilt om förtäckta utbetalningar 278
6.3.2.2.1 En strikt objektiv prövning? 278
6.3.2.2.2 Ett subjektivt rekvisit? 280
6.3.2.3 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående 281
6.3.3 Utbetalningar och andelsbolag 283
6.3.3.1 Översikt 283
6.3.3.2 Särskilt om förtäckta utbetalningar 283
6.3.3.3 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående 284
6.4 Om utbetalning och utdelning i dansk rätt 285
6.4.1 Terminologi 285
6.4.2 Allmänt om begreppet "uddeling" och aktiebolag 285
6.4.3 Särskilt om förtäckta utbetalningar – "maskeret uddeling" ("maskeret udbytte/udlodning") 286
6.4.4 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående 288
6.4.5 Om "uddeling" m.m. i andelsbolag 288
6.5 Om utbetalning och utdelning i engelsk rätt 288
6.5.1 Terminologi 288
6.5.2 Allmänt om begreppet "distribution" och dess innebörd 289
6.5.3 Särskilt om förtäckta utbetalningar 291
6.5.4 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående 295
6.6 Om utbetalning och utdelning i norsk rätt 296
6.6.1 Terminologi 296
6.6.2 Allmänt om begreppet "utdeling av utbytte" och dess innebörd 296
6.6.3 Särskilt om förtäckta utbetalningar – "maskert utbytte" 297
6.6.4 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående 298
6.7 Om utbetalning och utdelning i USA 300
6.7.1 Terminologi – särskilt enligt RMBCA 1984 och delstatlig lagstiftning 300
6.7.2 Allmänt om begreppet "distribution" och dess innebörd – särskilt enligt RMBCA 1984 och delstatlig lagstiftning 300
6.7.3 Särskilt om förtäckta utbetalningar (av utdelning) i rättspraxis – "disguised" eller "constructive dividends" 301
6.7.4 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående 305

7 **Om utbetalning** 306
7.1 Inledning 306
7.2 Kapitlets disposition 306
7.3 Om utbetalning av utdelning i ett allmänt perspektiv – avkastning i ett oneröst rättsförhållande 308
7.3.1 Aktiebolaget, verksamhetens syfte och vinstutdelning 308
7.4 Om utbetalning av utdelning i ett individuellt perspektiv – rättshandlingens vederlagsfria ("benefika") beskaffenhet 309
7.4.1 Inledning 309
7.4.2 Typfall I: Om utbetalning av utdelning med kontanter 311
7.4.2.1 Utbetalning av utdelning – dess beskaffenhet och förmögenhetsmässiga verkningar för bolaget och aktieägaren 311
7.4.3 Utbetalning av utdelning som direkt förmögenhetsminskning för bolaget – skyddet för tredje man 313
7.4.3.1 Inledning 313
7.4.3.2 Typfall II: Utbetalning av utdelning med annan egendom än kontanter 317
7.4.3.2.1 Om problemet 317
7.4.3.2.2 Bruttometod eller nettometod – alternativen och förtäckt utdelning på 1950-talet 330
7.4.3.2.3 Bruttometod (marknadsvärdemetod) eller nettometod i nutid? 332
7.4.3.2.4 Anskaffningsvärdemetod eller bruttometod? 343
7.4.3.2.5 Rättsläget enligt litteraturen med beaktande av NJA 1962 s. 461 346
7.4.3.2.6 Brutto- och nettometoden i hovrättspraxis 353
7.4.3.2.7 Brutto- eller nettometod – vilken metod står i överensstämmelse med det åsyftade tredjemansskyddet, särskilt borgenärsskyddet, ävensom allmänna överväganden? 359
7.4.4 Utbetalning av utdelning som indirekt förmögenhetsminskning för bolaget – skyddet för tredje man 370
7.4.4.1 Typfall III: Vinstutdelning genom utbetalning i form av t.ex. vederlagsfri nyttjanderätt eller tjänst 370
7.4.5 Utbetalning av utdelning som förmögenhetsökning för aktieägaren – skyddet för aktieägarna 378
7.4.6 Måste utbetalning av utdelning som förmögenhetsminskning för bolaget motsvaras av en lika stor förmögenhetsökning för aktieägaren? 382
7.4.7 Utbetalning av utdelning – förmögenhetsöverföringen härrör från bolaget och tillkommer aktieägaren i denna hans egenskap 383
7.4.8 Utbetalning och gåva 384

8 Förtäckta utbetalningar – allmänna anmärkningar 388
8.1 Inledning 388
8.2 Skenrättshandlingar och förtäckta rättshandlingar 389
8.3 Förtäckt utbetalningar – en meningsfull definition? 392
8.4 ABL och förtäckta utbetalningar – närmare om problemen 393
8.5 Förtäckta utbetalningar i förarbeten och litteratur 394
8.6 Förtäckta utbetalningar i rättspraxis 399
8.7 Förtäckta utbetalningar och ändamålsöverväganden – en strikt objektiv bedömning? 405
8.8 Strikt objektiv bedömning och omsättningsskyddet – krävs också ett subjektivt rekvisit? 411
8.9 Skall avtal och andra rättshandlingar mellan bolag och aktieägare närstående fysiska eller juridiska personer bedömas efter samma modell som gäller i förhållande till bolagets aktieägare? 419
8.10 Skall avtal och andra rättshandlingar mellan bolag ingående i koncerner bedömas efter samma modell som gäller i förhållande till bolagets aktieägare? 420
8.11 Exkurs: Faktiska omständigheter av betydelse för bedömningen av om en rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning 421
8.11.1 Inledning 421
8.11.2 Egendomens beskaffenhet och marknadsvärde 421
8.11.3 Värdediskrepansens storlek 422
8.11.4 Har aktieägaren ett stort eller litet aktieinnehav? 422
8.11.5 Har aktieägaren inflytande över bolagets verksamhet (förvaltning)? 423
8.12 Förtäckta utbetalningar och bevisbörda 423
8.13 Vilken tidpunkt är avgörande för bedömningen av om ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta en förtäckt utbetalning? 426

9 Förtäckta utbetalningar – några typfall 430
9.1 Inledning 430
9.2 Typfall I: Försäljning av bolaget tillhörig egendom till aktieägare till underpris 432
9.3 Typfall II: Upplåtelse av bolaget tillhörig egendom med begränsad rätt, såsom hyresrätt, till aktieägare till underpris 439
9.4 Typfall III: Köp av aktieägare tillhörig egendom till överpris 439
9.5 Typfall IV: Penninglån till aktieägare 441
9.5.1 Inledning 441
9.5.2 Penninglån 443
9.5.3 Varukrediter 448
9.5.4 Aktieägare 448

9.5.5 Aktieägarens "insolvens" – låntagarens ekonomi vid tidpunkten när lånet lämnas är sådan att någon återbetalning inte kan påräknas 449
9.5.6 Aktieägarens betalningsförmåga och aktieägarens aktieinnehav 452
9.5.7 Aktieägarens bristande betalningsförmåga och bevisbördan 454
9.5.8 Vilken tidpunkt är bestämmande för bedömningen av om ett penninglån innefattar en förtäckt utbetalning? 455
9.5.9 Återbäringsskyldigheten och innebörden av det subjektiva rekvisitet insett eller bort inse 456
9.6 Typfall V: Pant och ställande av annan säkerhet 459
9.6.1 Inledning 459
9.6.2 Tredjemanspant till förmån för aktieägare som gäldenär 460
9.6.2.1 Rättspraxis – NJA 1980 s. 311 och minimumprincipen 460
9.6.2.2 Tredjemanspant till förmån för aktieägare som gäldenär – vederlagsfri (förtäckt utbetalning) i andra fall än enligt minimumprincipen? 465
9.6.2.3 Tredjemanspant och koncernförhållanden 469
9.6.2.4 Vilken tidpunkt är bestämmande för bedömningen av om en tredjemanspant skall betraktas som vederlagsfri (förtäckt utbetalning)? 471
9.6.3 Aktiebolags ställande av pant då bolaget är gäldenär och aktieägaren är borgenär 472
9.6.4 Tredjemanspant då gäldenären är utomstående och aktieägaren är borgenär 473
9.7 Typfall VI: Aktiebolags borgensåtagande för aktieägares skuld 473
9.8 Typfall VII: Arvode, lön m.m. 474
9.8.1 Arvode till styrelseledamöter 474
9.8.1.1 Styrelsearvode som förtäckt utbetalning enligt 1910 års lag 474
9.8.1.2 Styrelsearvode som förtäckt utbetalning enligt 1944 års lag 476
9.8.1.3 Styrelsearvode som förtäckt utbetalning enligt gällande rätt 476
9.8.2 Lön till verkställande direktör m.fl. som förtäckt utbetalning 477
9.9 Särskilt om s.k. koncernbidrag 479
9.9.1 Översikt 479
9.9.2 Typfall I: Öppna koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag 479
9.9.3 Typfall II: Öppna koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag 480
9.9.4 Typfall III: S.k. dolda koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag eller från dotterbolag till annat dotterbolag 482

10 Öppna och förtäckta (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående 483
10.1 Om problemet 483
10.2 Ändamålsöverväganden och modell för prövningen huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en förtäckt (vederlagsfri) utbetalning till utomstående 484

AVDELNING III RÄTTSFÖLJDERNA VID OLOVLIG UTBETALNING AV UTDELNING OCH ANDRA TYPER AV OLOVLIGA UTBETALNINGAR 487

11 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av otillåtna utbetalningar i utländsk rätt 489
11.1 Inledning 489
11.2 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning enligt det andra bolagsdirektivet 490
11.3 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av olovliga utbetalningar i tysk rätt 501
11.3.1 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en historisk översikt avseende aktiebolag 501
11.3.2 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en översikt av gällande rätt avseende aktiebolag 503
11.3.3 Om rättsverkningarna av ogiltighet och förhållandet till och innebörden av återbäringsskyldigheten till bolaget enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG 504
11.3.4 Om bolagsborgenärernas talerätt enligt AktG 508
11.3.5 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en översikt avseende andelsbolag 509
11.3.6 Godtrosskyddet vid olovligen uppburen utbetalning av utdelning från aktiebolag och andelsbolag 512
11.3.6.1 Aktiebolag 512
11.3.6.2 Andelsbolag 514
11.3.7 Ersättningsskyldighet (annan än återbäringsskyldighet) för aktieägare i aktiebolag och andelsägare i andelsbolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning 516
11.3.7.1 Aktiebolag 516
11.3.7.2 Andelsbolag 516
11.3.8 Ersättningsskyldighet för styrelseledamöter och medlemmar i förvaltningsrådet i aktiebolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning 517

11.3.9 Ersättningsskyldighet för "Geschäftsführer" i andelsbolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning 518
11.4 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av olovliga utbetalningar i dansk rätt 519
11.4.1 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en översikt avseende aktiebolag 519
11.4.2 Godtrosskyddet vid olovligen uppburen utbetalning av utdelning från aktiebolag 521
11.4.3 Bristtäckningsskyldigheten för aktieägare och styrelseledamöter m.fl. vid olovliga utbetalningar 522
11.4.4 Om ogiltighet och återbäringsskyldighet; godtrosskydd och bristtäckningsskyldighet i andelsbolag 523
11.5 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av olovliga utbetalningar i engelsk rätt 523
11.5.1 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en översikt avseende aktiebolag 523
11.5.2 Godtrosskyddet vid olovligen uppburen utbetalning av utdelning 527
11.5.3 Ersättningsskyldighet (annan än återbäringsskyldighet) för aktieägare i aktiebolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning 528
11.5.4 Ersättningsskyldighet för styrelseledamöter i aktiebolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning 528
11.6 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av olovliga utbetalningar i norsk rätt 529
11.6.1 Restitution och återbäringsskyldighet – en översikt avseende aktiebolag 529
11.6.2 Godtrosskyddet vid olovligen uppburen utbetalning av utdelning från aktiebolag 532
11.6.3 Bristtäckningsskyldigheten för aktieägare och styrelseledamöter m.fl. vid olovliga utbetalningar 533
11.7 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av olovliga utbetalningar i amerikansk rätt 534
11.7.1 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en översikt avseende aktiebolag 534
11.7.2 Godtrosskyddet vid olovligen uppburen utbetalning av utdelning från aktiebolag 536
11.7.3 Ersättningsskyldighet (annan än återbäringsskyldighet) för aktieägare i aktiebolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning 537

11.7.4 Ersättningsskyldighet för styrelseledamöter i aktiebolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning 538

12 Om ogiltighet och återbäringsskyldighet vid utbetalning av utdelning och andra typer av utbetalningar i strid mot ABL 541

12.1 Inledande anmärkningar och kapitlets uppläggning 541
12.2 Vilka utbetalningar i strid mot ABL ger upphov till återbäringsskyldighet? 543
12.3 Olovliga utbetalningar och återbäringsskyldighet – några typfall 545
12.3.1 Inledning 545
12.3.2 Tredjemansskyddet 545
12.3.2.1 Om utbetalning av utdelning, utdelningsbart fritt eget kapital och styrelsens vetorätt 545
12.3.2.2 Utbetalning av utdelning och kravet på fastställd resultaträkning och fastställd balansräkning 568
12.3.2.3 Utbetalning av utdelning och räkenskapsår – utbetalning av förskottsutdelning, utbetalning av efterskottsutdelning eller utbetalning av interim utdelning? 572
12.3.2.3.1 Inledning 572
12.3.2.3.2 Närmare om gränsdragningen mellan utbetalning av förskottsutdelning och utbetalning av efterskottsutdelning samt om utbetalning av interim utdelning 573
12.3.2.3.3 Utbetalning av utdelning i förskott 576
12.3.2.3.4 Utbetalning av utdelning i efterskott 578
12.3.2.4 Om utbetalningar i koncernbidragets form 585
12.3.2.5 Förbudet mot vinstutdelning efter nedsättning i vissa fall (6:5 och 11:4 ABL) 588
12.3.2.6 Särskilt om återbäringsskyldighet vid olovlig nedsättning av aktiekapital, reservfond och uppskrivningsfond med utbetalning till aktieägarna 589
12.3.2.7 Särskilt om återbäringsskyldighet vid olovlig utbetalning i samband med likvidation 590
12.3.3 Utbetalning av utdelning, återbäringsskyldighet och funktionsfördelningen mellan bolagsorganen 592
12.3.4 Utbetalning av utdelning, återbäringsskyldighet och likhetsprincipen jämte bestämmelser i bolagsordning 593
12.4 Något om återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL och parallella anspråk som grundar sig på andra bestämmelser i ABL eller annan lagstiftning 597
12.5 Om återbäringsskyldighetens innebörd och omfattning 601

12.5.1 Inledning 601
12.5.2 12:5 1 st. 1 meningen ABL och återbäringsskyldighetens innebörd – återgång (ogiltighet), obligatoriskt anspråk eller värdeersättningsskyldighet? 602
12.5.3 Om återbäringsskyldighetens innebörd och omfattning i två typfall – utbetalning av utdelning i strid mot 12:2 ABL 631
12.5.3.1 Inledning 631
12.5.3.2 Särskilt om utbetalning av utdelning som delvis strider mot 12:2 ABL 631
12.5.3.3 Särskilt om förtäckt utbetalning av utdelning som helt eller delvis strider mot 12:2 ABL 634
12.6 Skall återbäringsregeln i 12:5 1 st. 1 meningen ABL tillämpas analogt vid olovliga (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående? 636
12.7 Till vilken tidpunkt hänför sig bedömningen huruvida utbetalningen är olovlig? 639
12.8 Vissa processuella frågor 646
12.8.1 Återbäringsskyldighet och talerätt 646
12.8.1.1 Styrelsens talerätt avseende återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL 646
12.8.1.2 Konkursförvaltares talerätt å konkursboets vägnar avseende återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL 647
12.8.2 Talerätt och frågan om aktiebolagets ställföreträdare (och) eller den återbäringsskyldige har en fakultativ rätt att välja i vilken form återbäring skall ske 648
12.8.3 Vem har bevisbördan för att en utbetalning är olovlig? 649

13 Återbäringsskyldighet och godtrosskydd 651
13.1 Inledning 651
13.2 Återbäringsskyldighet och godtrosskyddets historiska utveckling 653
13.2.1 Rättsutvecklingen från 1848 till och med början av 1930-talet 653
13.2.2 Rättsutvecklingen från början av 1930-talet till och med ABL 654
13.2.3 Godtrosskyddet enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL – godtrosregelns utvidgade tillämpningsområde 657
13.2.4 Implementeringen av art. 16 i det andra bolagsdirektivet och 12:5 1 st. 2 meningen ABL enligt gällande lydelse från den 1 januari 1995 658
13.3 Godtrosregeln – före och från den 1 januari 1995 661
13.3.1 Tillämpningsområdet för godtrosregeln 661
13.3.2 Vad krävs för god tro? 666

13.3.3 Omständigheter av betydelse för godtrosbedömningen 668
13.3.4 Exkurs: Kan aktieägare eller utomstående vid en olovlig utbetalning avseende lösöre åberopa exstinktionsprincipen? 670
13.4 Ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning? 671
13.4.1 Inledning 671
13.4.2 En inledande rättsfallsöversikt 673
13.4.3 Ondtroskrav för återbäringsskyldighet i rättspraxis och rättslig grund – en analys 678
13.4.4 Skall ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet generellt upprätthållas vid olovliga förtäckta utbetalningar till aktieägare? 686
13.5 Skall ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet generellt upprätthållas vid olovliga öppna och förtäckta utbetalningar till utomstående? 696
13.6 Vilken tidpunkt är bestämmande vid tillämpningen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL? 705
13.7 12:5 1 st. 2 meningen ABL och bevisbördan – före och från den 1 januari 1995 705
13.8 Exkurs: Existerar ett godtrosskydd för aktieägare eller utomstående för icke uppburen men beslutad utbetalning? 707

14 Bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL och utomståendes ersättningsskyldighet vid medverkan till beslut om eller verkställande av olovliga aktiebolagsrättsliga utbetalningar 709
14.1 Inledning 709
14.2 Objektiva förutsättningar för bristtäckningsskyldighet 710
14.2.1 Återbäringsskyldigheten inte fullgjorts som förutsättning för bristtäckningsskyldighet 710
14.2.2 Bristtäckningsskyldighet och personkrets 712
14.2.3 Bristtäckningsskyldighet och ansvarsgrunder 716
14.2.3.1 Inledning 716
14.2.3.2 Medverkan till beslut om otillåten utbetalning 716
14.2.3.3 Medverkan till verkställande av otillåten utbetalning 719
14.2.3.4 Medverkan till upprättande av oriktig balansräkning som ligger till grund för beslut om otillåten utbetalning 721
14.2.3.5 Medverkan till fastställande av oriktig balansräkning som ligger till grund för beslut om otillåten utbetalning 723
14.3 Subjektiva förutsättningar för bristtäckningsskyldighet 723
14.4 Särskilt om subjektiva förutsättningar för bristtäckningsskyldighet vid rättsstridig förtäckt utbetalning 726
14.5 Bristtäckningsskyldighetens innebörd, omfattning och upphörande samt frågan om vem som har talerätt 729

14.6 Utomståendes ersättningsskyldighet vid medverkan till beslut om eller verkställande av olovlig utbetalning av utdelning eller annan typ av olovlig utbetalning ävensom en sammanfattning av andra grunder för ansvar 732
14.6.1 Inledande anmärkningar 732
14.6.2 Bolagets vindikationsrätt 733
14.6.3 Bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL – en analog tillämpning på personer som de facto är engagerade i förvaltningen av ett aktiebolag eller eljest har inflytande över aktiebolagets verksamhet 733
14.6.4 Om bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL och frågan om sådan ersättningsskyldighet kan åläggas vem som helst – en analys av rättspraxis rörande utomståendes ersättningsskyldighet vid medverkan till beslut om eller verkställande av olovlig aktiebolagsrättslig utbetalning 734
14.6.5 Kollusion 740
14.6.6 Allmänt culpaansvar vid obehörigt förfogande över bolagets egendom? 741
14.6.7 Kontraktuellt skadeståndsansvar 742

AVDELNING IV 743

Summary 745

Källförteckning 756



Förkortningar

A.2d	Atlantic Reporter, 2d series
ABL	Aktiebolagslagen (1975:1385)
AC	Appeal Cases
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Die Aktiengesellschaft. Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AktG	Aktiengezetz vom 6 September 1965
AL	Lov nr. 370 af 13 juni 1973 om aktieselskaber
All ER	All England Law Reports
Anm	Anmerkung
ApL	Lov nr. 371 af 13 juni 1973 om anpartsselskaber
ASL	Lov nr. 59 af 4 juni 1976 om aktieselskaber
AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
B.R.	Bankruptcy Reporter
BB	Betriebs Berater – Zeitschrift für Recht und Wirtschaft
BCLC	Butterworths Company Law Cases
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 11 Oktober 1952
BFH	Bundesfinanzhof
BFL	Bokföringslagen (1976:125)
BFN	Bokföringsnämnden
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18 August 1986
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BrB	Brottsbalken
Bus Law	The Business Lawyer
CA 1985	Companies Act 1985
CA 1989	Companies Act 1989
Ch	Chancery Division (Law reports)
ChD	Chancery Division (Law reports)
Co Law	The Company Lawyer
F.	Federal Reporter
F.(2d)	Federal Reporter, 2d series

F.Supp.	Federal Supplement
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH-Rdsch	GmbH-Rundschau
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20 April 1892
Harv L R	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1987
JT	Juridisk tidskrift
KonkL	Konkurslagen (1987:672)
M L R	The Modern Law Review
N.W.	Northwestern Reporter
N.W.2d	Northwestern Reporter, 2d series
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NJM	Nordiska juristmötet
NJW	Neue juristiche Wochenschrift
OJ	Official Journal of the European Communities
OLG	Oberlandsgericht
Ot.prp.	Odelstinget, proposisjon
P.	Pacific Reporter
P.2d	Pacific Reporter, 2d series
Prop.	Proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
QB	Queens Bench (Law Reports)
RdNr	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RH	Rättsfall från Hovrätterna
RMBCA 1984	Revised Model Business Corporation Act 1984
Rt.	Norsk retstidende
SkbrL	Lagen (1937:81) om skuldebrev
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap
TSA	Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund
US	United States Reports
v	versus
Wash L	Washington Law Review
WLR	Weekly Law Reports
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ÄköpL	Äldre köplagen

KAPITEL 1
Introduktion till undersökningen

1.1 Inledning

Aktiebolaget intar en central roll i dagens varu- och tjänsteproducerande samhälle. Ett betydande antal företag bedrivs i form av aktiebolag. Associationsformen utnyttjas av såväl stora som små näringsidkare. Aktiebolaget som juridisk konstruktion bygger på att en eller flera personer satsar ett visst belopp i ett företag för att detta skall bedriva näringsverksamhet utan att delägarna – aktieägarna – skall behöva riskera mer än vad de har satsat i verksamheten. *Syftet* med verksamheten är i regel att generera *vinst* åt *aktieägarna*.

Föremålet för föreliggande undersökning är de regler i aktiebolagslagen (1975:1385; härefter ABL) som rör *vinstutdelning* till aktieägarna. Reglernas praktiska betydelse är avsevärd. Vare sig det är fråga om bolag noterade på börsen eller enmansbolag regleras utdelning av vinst till aktieägarna av ABL. Det sammanlagda värdet av vad svenska aktiebolag varje år som utdelning av vinst överför till sina aktieägare uppgår till ett flertal miljarder kronor.

Bestämmelserna i 12 kapitlet ABL om vinstutdelning är inte bara tillämpliga vid sedvanlig utdelning till aktieägarna efter beslut på ordinarie bolagsstämman. De skall också tillämpas på t.ex. koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag och på aktiebolags ställande av pant till säkerhet för aktieägares skulder.[1] Dessutom måste 12 kapitlet ABL respekteras vid s.k. förtäckt vinstutdelning, dvs. vid rättshandlingar som utåt sett framstår som sedvanliga onerösa avtal såsom köp men där aktieägarna i själva verket tillgodogör sig bolagets förmögenhet vederlagsfritt. Det kan t.ex. tänkas att en aktieägare förvärvar en bolaget tillhörig fastighet till underpris.

[1] Jag bortser i sistnämnda fall från det s.k. låneförbudet i 12:7 ABL.

1.2 Vinstutdelning och ABL:s systematiska uppbyggnad

Systematiskt består ABL huvudsakligen av *två typer* av *normer* med var för sig *en primär skyddsgrupp*: dels normer uppställda i *tredje mans intresse* såsom bolagets fordringsägare och de anställda, dels normer uppställda i *aktieägarnas intresse*, exempelvis minoritetens. Denna systematik känns igen i 12 kapitlet ABL om vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom.

En förutsättning för att aktiebolag skall få bildas, och vilket är uppställt i bl.a. fordringsägarnas intresse, är att det finns ett aktiekapital av viss minsta storlek. Enligt gällande rätt måste aktiekapitalet uppgå till minst 100000 kr för privata aktiebolag och 500000 kr för publika aktiebolag (50000 kr var minimumkravet före den 1 januari 1995). ABL nöjer sig dock inte med att aktiebolagen har en egen förmögenhet motsvarande aktiekapitalet. I och med att ett bolag har inlett sin verksamhet måste en viss del av nettoöverskottet för varje räkenskapsår avsättas till en s.k. reservfond. Aktiekapitalet och reservfonden utgör tillsammans stommen i det s.k. bundna egna kapitalet. Tillgångar motsvarande dessa poster i balansräkningen är nämligen bundna i den meningen att de inte får användas för utdelning till aktieägarna.[2] Då reglerna om det bundna egna kapitalet syftar till ett *skydd för tredje man* gäller att de inte kan åsidosättas ens med samtliga aktieägares samtycke. Bestämmelser uppställda i tredje mans intresse betecknar jag i det följande som "absolut tvingande" eller "ovillkorligen tvingande".

Vad som inte utgör bundet eget kapital är fritt eget kapital. Ordet "fritt" syftar till att markera att tillgångar motsvarande det fria egna kapitalet i princip kan delas ut aktieägarna. Ändock är detta en onyanserad beskrivning av ABL. ABL nöjer sig nämligen inte med att begränsa utdelningsrätten till fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning och vad som skall subtraheras från detta enligt 12:2 1 st. p. 1–3 ABL (bl.a. belopp som skall avsättas till reservfonden). Enligt den s.k. försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL gäller att vinstutdelning inte heller får ske "med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed". Försiktighetsregeln syftar liksom reglerna om det bundna egna kapitalet till att bereda skydd för tredje man. Regeln är absolut tvingande och skall sålunda respekteras oavsett om samtliga aktieägare samtycker till något annat. Vad som enligt 12:2 1 st. ABL

[2] Inom bundet eget kapital återfinns även andra bundna poster, t.ex. kan nämnas uppskrivningsfonden (se härom närmare nedan avsnitt 5.4.3.1).

utgör fritt eget kapital[3] och som i enlighet med försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL äger utbetalas[4] till aktieägarna kan betecknas som *utdelningsbart fritt eget kapital*[5].

Vad beträffar det interna förhållandet mellan aktieägarna gäller helt andra principer. Varken bolagsstämman eller bolagets ställföreträdare får fatta beslut om eller låta verkställa vinstutdelning i strid mot likhetsprincipen, vilken innebär att alla aktier har lika rätt i bolaget om inte annat följer av ABL eller bolagsordningen (3:1 1 st. ABL). Minoriteten åtnjuter dessutom ett mer konkret skydd i 12:3 2 st. ABL. En minoritet bestående av ägare till en tiondel av samtliga aktier äger påkalla vinstutdelning med ett visst belopp.

Bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse kan dock åsidosättas med samtliga aktieägares samtycke. Jag betecknar därför i det följande sådana bestämmelser som "relativt tvingande" eller "villkorligt tvingande".

1.3 Övergripande frågeställningar och undersökningens syfte

Så här långt har jag kortfattat redogjort för de *allmänna principer och ändamål* som styr aktiebolagslagen och då särskilt bestämmelserna om vinstutdelning till aktieägarna. ABL reglerar alltså bl.a. i vilken *omfattning* och under vilka andra *förutsättningar* bolagsförmögenheten får bli

[3] Jfr beträffande terminologin Lindskog, JFK 12:2-5.1 not 71 (s. 47), som använder uttrycket fribelopp för att beteckna vad som enligt beloppsspärren (12:2 1 st. ABL) skall ställas mot "kapitalanvändningsvärdet" (värdet av förfogandet) men tydligen bortsett från 12:2 1 st. p. 2 ABL, vilken han synes förstå som en självständig "sparandespärr" (till den del sparandet följer av 12:4 1 st. p. 1 ABL). Han skiljer vidare mellan beloppsspärren i 12:2 1 st. ABL – vilket överensstämmer med mitt synsätt – och försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL.

[4] I verkligheten är det naturligtvis inte "utdelningsbart fritt eget kapital" som "utbetalas" till aktieägarna utan pengar eller annan egendom. Detta är underförstått i det följande.

[5] Uttrycket är på sätt och vis en tautologi då fritt eget kapital brukas förstås på detta vis. Att jag ändå använder mig av termen beror på att den enkelt förklarar det förhållandet att 12:2 ABL i sin helhet kan innebära att blott en viss del av fritt eget kapital är utdelningsbart. Se Andersson, SvJT 1993 s. 568 not 5 och jfr Lindskog, JFK 12:2-5.1 not 71 (s. 47), som använder uttrycket utdelningsbart belopp för att beteckna vad som efter prövning mot samtliga spärrar (se härom not 3 ovan) utgör högsta vinstutdelningsbelopp.

Det bör också framhållas att termen "utdelningsbart fritt eget kapital" ingalunda är fullkomlig. Man kan åtminstone teoretiskt tänka sig att försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL "låser" tillgångar på balansräkningens vänstersida utan att den samtidigt "låser" en viss del av fritt eget kapital på balansräkningens högersida.

föremål för vinstutdelning. En första övergripande frågeställning, som studien syftar till att besvara, är därför följande:

(1) *Vilka är de bestämmelser* i ABL som i ett eller annat avseende *reglerar utbetalning*[6] *av vinstutdelning*[7] och *vad innebär dessa*?

ABL:s bestämmelser om vinstutdelning hindrar inte sedvanliga affärsavtal mellan aktiebolag och aktieägare. Ett aktiebolag kan utnyttja och förbruka tillgångar utan att – åtminstone som huvudregel – skyddet för tredje man eller aktieägare aktualiseras (men se tvångslikvidationsregeln i 13:2 ABL). Först om aktieägarna *vederlagsfritt disponerar över bolagsförmögenheten* träffas förfogandet av vinstutdelningsreglerna.[8]

Gränsen mellan å ena sidan sedvanliga affärsavtal och å den andra vederlagsfria dispositioner över bolagsförmögenheten är således avgörande för om ABL:s regler om vinstutdelning skall tillämpas eller ej. Att skilja det ena från det andra vållar under normala förhållanden inga svårigheter. I det typfall som legat till grund för ABL:s utformning tillgodoförs aktieägarna kontanta medel som utdelning efter ett regelrätt bolagsstämmobeslut. Antag emellertid att ett aktiebolag mellan två ordinarie bolagsstämmor överför en sak till en aktieägare eller att en aktieägare får förvärva en bolaget tillhörig fastighet till underpris. Skall dessa rättshandlingar betraktas som en form av vinstutdelning?

(2) Ett *andra delsyfte* med undersökningen är att fastställa under vilka förutsättningar rättshandlingar mellan ett aktiebolag och aktieägare (eller utomstående[9]) träffas av reglerna om vinstutdelning och övriga utbetalningstyper i ABL. Den term[10] som jag i det följande generellt[11] avser att använda som begrepp för att beskriva rättshandlingar som träffas av reg-

[6] Se om denna term under p. (2) nedan och utförligare inledningen till avdelning II nedan.

[7] Härvidlag syftar termen "vinstutdelning" på utbetalningstypen "vinstutdelning". Se närmare om denna utbetalningstyp avsnitt 5.3.2–5.3.3 nedan.

[8] Motsvarande gäller vederlagsfria dispositioner till förmån för utomstående. Se härom främst avsnitt 5.4.5 men även 5.4.7 nedan.

[9] Se kapitel 10 nedan. Se ock föregående not.

[10] Lindskog föredrar termen (olovlig) "kapitalanvändning" (vid utbetalningar i strid mot t.ex. 12:2 ABL) med bl.a. den motiveringen att det bär emot att kalla t.ex. överlåtelse av sak till medvetet underpris för "utbetalning". Se SvJT 1992 s. 82ff och jfr JFK 12:0-4 (s. 18). Det har dock inte särskilt stor betydelse vad man kallar vederlagsfria dispositioner över bolagsförmögenheten så länge den begagnade termen är begriplig för läsaren.

[11] Se särskilt om terminologin i relation till utomstående avsnitt 5.4.5 och inledningen till avdelning II samt jfr kapitel 10.

lerna om vinstutdelning och övriga utbetalningstyper är "utbetalning"[12] (jfr 12:1 1 st. ABL).[13] Det bör dock poängteras, att en annan terminologi stundom begagnas i rättskällorna och därför av mig har citerats eller refererats.

(3) Om en utbetalning av utdelning[14] eller annan typ av utbetalning sker i strid mot ABL uppkommer frågan vilka sanktioner som tillgodoser det åsyftade skyddet för aktieägarna och tredje man. Det *tredje delsyftet* med undersökningen är därför att försöka fastställa vilka dessa är och vad de innebär.

Sammanfattningsvis syftar alltså framställningen till att besvara tre frågeställningar:

(1) Vilka bestämmelser i ABL reglerar utbetalning av vinstutdelning och vad innebär dessa?

(2) Under vilka förutsättningar träffas rättshandlingar av ABL:s bestämmelser om vinstutdelning och övriga utbetalningstyper?

(3) Vilka sanktioner kan komma i fråga om en rättshandling, som nämnts under (2), strider mot de bestämmelser som omfattas av (1)?

Jag vill emellertid tillfoga att jag har försökt prioritera arbetet kring de rättsfrågor och rättsregler som är av *principiellt intresse*. Härvidlag har jag dessutom valt att *primärt* undersöka rättsfrågor och rättsregler med utgångspunkt i skyddet för tredje man[15] såsom bolagets borgenärer och *sekundärt* lagt vikt vid rättsfrågor och rättsregler med avseende på skyddet för aktieägarna och rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen (det senare syftar främst till ett skydd för aktieägarna och omsättningen). Under respektive frågeställning har jag således valt att prioritera enligt följande:

(1) ABL innehåller ett antal bestämmelser som direkt eller indirekt

[12] En sådan rättshandling är t.ex. den disposition över bolagsförmögenheten som sker efter beslut om vinstutdelning på ordinarie bolagsstämma och som består i att bolaget för över pengar eller annan egendom på aktieägare (uppfyllelserättshandlingen). Som "utbetalning" bör ock räknas den fordringsrätt som uppkommer för aktieägare i och med att bolagsstämman fattar beslut om vinstutdelning (den rättshandling varpå uppfyllelserättshandlingen grundar sig). Därtill måste som "utbetalning" räknas avtal om exempelvis försäljning av bolaget tillhörig egendom, där värdet av av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation och avtalet helt eller delvis inte fyller ett kommersiellt syfte. Se härom utförligare avdelning II nedan.

[13] Se ytterligare om terminologin inledningen till avdelning II nedan.

[14] Med uttrycket "utbetalning av utdelning" åsyftar jag en enskild rättshandling (t.ex. pengar eller saker som överförs på en aktieägare) som träffas av ABL:s regler om vinstutdelning och övriga utbetalningstyper och som tillhör utbetalningstypen "vinstutdelning".

[15] Med tredje man avser jag generellt icke aktieägare men även aktieägare i egenskap av kontraktuell part till bolaget eller eljest som skyddsvärd intressent där fråga inte är om aktieägare som skyddsvärd i egenskap av aktieägare (t.ex såsom skadelidande i ett utomobligatoriskt förhållande).

reglerar i vilken omfattning bolagets förmögenhet får bli föremål för utbetalning. Ett exempel på en *direkt reglering* är reglerna i 12 kapitlet ABL om vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom. Ett annat exempel är likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL. Ett exempel på en *indirekt reglering* är bestämmelserna rörande bolagens redovisning i 11 kapitlet ABL och bokföringslagen (1976:125; BFL).

Av den direkta regleringen om vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom är 12:2 ABL av stort principiellt intresse. Ett bolag får aldrig betala ut medel i sådan omfattning att förfogandet tar i anspråk mer än vad som utgör fritt eget kapital enligt 1 st., dvs. inkräktar på bundet eget kapital[16, 17] eller står i strid mot försiktighetsregeln i 2 st. 1 meningen. Bestämmelsen är uppställd i tredje mans intresse. Åtminstone ett intakt bundet eget kapital antas vara nödvändigt för att åstadkomma ett tillfredsställande skydd för bolagets borgenärer.

I ett internationellt perspektiv är det legala kravet på bundet eget kapital med en minimumstorlek på aktiekapitalet inte någon given konstruktion. I synnerhet i USA betraktas ett aktiekapital av viss minsta storlek som en föråldrad och föga ändamålsenlig konstruktion såtillvida att det inte anses bereda bolagets borgenärer något verkligt skydd. Rättsutvecklingen har under det senaste årtiondet alltmer fjärmat sig från modellen med ett "bundet eget kapital" (någon "försiktighetsregel" existerar inte). Vinstutdelningsreglerna går mot en insolvens- och insuffiensbedömning.[18] Inom ramen för den europeiska integrationen, vilket även gäller svensk aktiebolagsrätt, är rättsutvecklingen den motsatta: Till grund för vinstutdelningsreglerna ligger en traditionell kapitalkonstruktion.[19]

Det är därmed tydligt att en i principiellt hänseende grundläggande frågeställning för rättsreglernas utformning är huruvida tredjemansskyddet förutsätter en kapitalkonstruktion. Kräver verkligen skyddet för tredje man – främst för bolagets borgenärer – en absolut tvingande reglering i ABL, vars innehåll är att utbetalning av vinstutdelning inte får inkräkta på bundet eget kapital eller att storleken på det utdelningsbara beloppet begränsas genom en försiktighetsregel?

Ett mer *praktiskt betingat motiv* för att utförligt undersöka 12:2 ABL är att stadgandet i det praktiska rättslivet är centralt vid utbetalning av vinstutdelning. Huruvida en utbetalning av vinstutdelning är tillåten eller

[16] Till bundet eget kapital hänför jag erforderlig avsättning till reservfonden.

[17] I litteraturen hävdas det stundom att dessa två olika sätt att beskriva 12:2 1 st. ABL i själva verket återspeglar två i materiellt hänseende olika tolkningar av bestämmelsen. Se härom nedan avsnitt 5.4.3.1 (finstilta partiet i slutet) och 12.3.2.1.

[18] Se avsnitt 3.5.6.3.2 nedan.

[19] Se närmare avsnitt 3.5.1.3 och kapitel 5 nedan.

ej besvaras generellt mot bakgrund av fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL och – förhoppningsvis – under beaktande av försiktighetsregeln. Vad som gäller enligt övriga bestämmelser i ABL anses antingen vara uppfyllt eller ointressant för bolagets beslutande och verkställande organ.

Jag har mot denna bakgrund valt att lägga stor vikt vid 12:2 ABL i framställningen. Till bestämmelsens funktion i ett komparativt perspektiv återkommer jag i kapitel 3. Dess innehåll beskriver jag närmare i kapitel 5.

Emellertid är varken 12:2 ABL eller övriga lagrum i 12 kapitlet ABL de enda i ABL som är uppställda till skydd för tredje man och som är av direkt intresse vid vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten. En utbetalning till aktieägarna kan, som framgår av 12:1 1 st. ABL, ske i samband med nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och i samband med likvidation. Till synes är det enkelt att avgöra huruvida en utbetalning t.ex. skall förstås som utbetalning av vinstutdelning eller utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden. Dispositionen måste logiskt tillhöra den utbetalningstyp vars bestämmelser har iakttagits av bolagets organ. Men antag att aktieägarna vid sidan av ABL:s bestämmelser disponerar över ett så pass stort belopp, att utbetalningen inkräktar på reservfonden och aktiekapitalet (typfallet i rättspraxis). Är det fråga om olovlig utbetalning av "vinstutdelning" eller olovlig utbetalning "vid nedsättning av aktiekapitalet (och) eller reservfonden"? Med denna utgångspunkt avser jag att i kapitel 5 söka fastställa när en utbetalning – lovlig såväl som olovlig – skall anses hänförlig till den ena eller andra utbetalningstypen.

Inte ens de bestämmelser som indirekt reglerar vinstutdelning i BFL och 11 kapitlet ABL går helt att undvika i undersökningen. Beslut om vinstutdelning förutsätter att det finns en i enlighet med BFL och 11 kapitlet ABL korrekt upprättad och fastställd balansräkning (12:2 1 st. ABL), som utvisar utdelningsbart fritt eget kapital. Ytterligare en förutsättning är att en resultaträkning har upprättats och fastställts (jfr 9:5 2 st. ABL). BFL och 11 kapitlet ABL är vid tillämpningen av 12 kapitlet ABL grundläggande för det åsyftade tredjemansskyddet och aktieägarskyddet.

Skälen till att jag valt att *sekundärt* behandla bestämmelser i ABL som syftar till att skydda aktieägarna respektive regler rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen är två. För det *första* är ett syfte med undersökningen att ur ett brett perspektiv undersöka vilka bestämmelser i ABL som reglerar utbetalning av vinstutdelning och att fastställa deras innebörd. Syftet med undersökningen inskränker sig alltså inte i denna del till att enbart beskriva kapitalkonstruktionens funktion och betydelse för bolagets fordringsägare. För det *andra* tjänar skyddet för aktieägarna respektive regler rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen

till att garantera att utbetalning av vinstutdelning sker på ett för utomstående intressenter synbart vis. Genom att vissa av bolagets medlemmar inte som t.ex. förtäckt utbetalning av utdelning skall kunna disponera över bolagets egendom garanteras att utbetalning av vinstutdelning sker i viss form och på ett vis som kan överblickas av tredje man. Med andra ord tillgodoser regler uppställda i aktieägarnas intresse indirekt skyddet för tredje man.

(2) Med hänsyn till att 12:2 ABL och andra bestämmelser i ABL som reglerar utbetalning av vinstutdelning[20] enbart är tillämpliga på rättshandlingar som helt eller delvis innefattar ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet har undersökningen till syfte att fastställa vad som konstituerar ett sådant förfogande: en aktiebolagsrättslig utbetalning. Härvidlag ägnar jag särskild uppmärksamhet åt s.k. förtäckta utbetalningar.

(3) Den omständigheten att man vet vad som konstituerar en utbetalning från bolaget och känner till gränserna för utbetalning av vinstutdelning och andra typer av utbetalningar är i och för sig av begränsat värde, om man inte vet vilka sanktionerna är och vad dessa innebär. Jag har följaktligen valt att försöka fastställa sanktionssystemets innehåll och omfattning i avdelning III. Min analys syftar främst till att fastställa innehållet i och omfattningen av återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. ABL respektive bristtäckningsskyldigheten i 12:5 2 st. ABL.[21]

1.4 Om metod

Ett spörsmål som i stor utsträckning aktualiserats de senaste årtiondena är hur rättstillämparen eller rättsvetenskapsmannen bör gå till väga vid tolkning av lag.[22] Bör han i första hand använda sig av en objektiv metod där lagtextens ordalydelse och uppbyggnad blir avgörande för lagrummets innebörd och tillämpningsområde? Eller är det möjligen lämpligare att försöka utröna lagstiftarens intentioner – främst med hjälp av förarbeten – för att på så vis fastställa stadgandets innebörd och tillämpningsområde?

I Sverige är förarbeten det material, som först begagnas för att lösa ett tolkningsproblem. Normalt sett lägger man uttalanden i förarbeten till

[20] En rättshandling som inte träffas av reglerna om vinstutdelning och övriga utbetalningsregler kan naturligtvis stå i strid mot ABL av en annan orsak.

[21] Notera dock därtill frågan rörande parallella anspråk i avsnitt 12.4, sakrättsliga rättsverkningar i avsnitt 12.5.2 och utomståendes ersättningsskyldighet i avsnitt 14.6.

[22] Problem liknande de som beskrivs i det följande aktualiseras inte enbart vid lagtolkning utan vid all tillämpning av rättsregler. Jag utgår från detta i det följande.

grund för hur ett rättsligt problem skall lösas. Bruket av förarbeten är typiskt för en subjektiv lagtolkningslära. Vad lagstiftaren hade för ögonen vid lagens tillkomst är avgörande eller i vart fall av mycket stor betydelse för ett lagrums innebörd och tillämpningsområde.

På senare år har dock utvecklingen i rättstillämpningen gått mot en alltmer eklektisk metod.[23] En utveckling som förefaller vara en konsekvens av att förarbeten ofta inte är utformade med tillräcklig omsorg.[24] Vid en eklektisk metod har visserligen förarbeten betydelse för bedömningen, men även andra faktorer påverkar tolkningen såsom lagrummets ändamål och rättshistoriska bakgrund. Med en eklektisk metod finns det ingen övergripande modell vid tolkning av lag utan rättstillämparen och rättsvetenskapsmannen löser problemet allt efter situationen och det material som finns att tillgå. Framstår en i förarbetena föreslagen lösning på ett visst problem som mer eller mindre olämplig väljer domstolen att tolka lagrummet på ett sätt som står i överensstämmelse med exempelvis bestämmelsens ändamål.

En lagtolkningsmetod – egentligen en rättstillämpningsmetod – som sedan 1950-talet vunnit allt fler anhängare är den teleologiska, särskilt då i Per Olof Ekelöfs utformning. Metoden har särskilt bland rättsvetenskapsmännen vunnit sympati och många författare använder sig av denna metod eller en som ligger mycket nära Ekelöfs. Bland landets domstolar tycks inställningen vara mer skeptisk. I den mån domstolarna kan sägas använda sig av en teleologisk lagtolkningsmetod grundar sig lagtolkningen på jämförelsevis "fria" ändamålsöverväganden; åtminstone är detta mitt intryck av HD:s avgöranden.

I *valet av metod* för detta arbete led jag under en längre tid av beslutsvånda. Min obeslutsamhet var troligtvis ett resultat av att jag under arbetets gång vistats vid några skilda universitet och att min syn på rättsvetenskapen och metodlärorna därigenom påverkades av, och skiftade med, miljön.

Jag fann slutligen att det är ogörligt att i *objektivt hänseende*, och i betydelsen av *vetenskaplig sanning*, fastställa den "rätta" eller ens den "bästa" metoden. Metodlärorna skiftar från en tid till en annan och från plats till plats. Det är helt enkelt nödvändigt att acceptera att det nationellt och internationellt finns ett oräkneligt antal var för sig utmärkta metoder, som fungerar bra och fyller en funktion i rättsvetenskapligt arbete.

Enligt min uppfattning måste olika metodläror betraktas som en till-

[23] Jfr Strömholm, Rätt s. 440 och Lehrberg, Metod, s. 144.

[24] En utveckling som torde bli allt vanligare med den västeuropeiska integrationen och det förhållandet att förarbeten i stort sett saknas.

gång för rättsutvecklingen. I och med att rättstillämparna och rättsvetenskapsmännen erkänner ett flertal olika metoder bereder de vägen för att rättsfrågor får en allsidig belysning. I valet mellan olika lösningar får därigenom domstolarna liksom lagstiftaren ett mer omfattande och förhoppningsvis bättre material att söka vägledning i.

Det kan med en dylik *pluralistisk metodsyn* tyckas finnas en risk för att förutsägbarheten i rättstillämpningen reduceras; konsekvensen skulle alltså bli en större osäkerhet om hur domstolarna i sista hand kommer att bedöma rättsfrågor. Jag vill mena att denna risk inte är särskilt stor och i varje fall inte bör överdrivas.

För övrigt är en *pluralistisk metodsyn* inget annat än en acceptans av att det inom rättsvetenskapen och eljest råder delade meningar om vilken metod som skall tillämpas. Det är helt enkelt fel att tro, att man kan förmå samtliga jurister – rättsvetenskapsmän och andra – att tillämpa samma metod. Den juridiska professionen må ha en stor värdegemenskap och en förhållandevis gemensam syn på hur juridiska problem bör lösas, men den omfattar samtidigt individer med inte obetydliga åsiktsskillnader. Dessa *skillnader om hur juridiska problem bör lösas är en tillgång för en rättsordning i ett demokratiskt samhälle.*

Däremot är det viktigt att den enskilda rättsvetenskapsmannen eller rättstillämparen är *medveten om metodproblematiken och valet av metod.* Medvetenhet om hur man gör och varför man gör på ett visst vis är inte bara nödvändigt för den egna förståelsen utan krävs för att ett juridiskt ställningstagande skall kunna rättfärdigas.

I föreliggande studie stod valet länge mellan en teleologisk eller eklektisk tolkningsmodell (måhända skillnaden mellan vad man kan beteckna som en "Uppsala skola" och "Lund-Stockholm skola").[25] Slutligen fann jag att en *teleologisk tolkningsmetod* är *lämpligast för detta arbete.* En homogen behandling av rättsfrågorna efter en teleologisk metod ger undersökningen en stadga, som i mitt tycke är att föredra framför en eklektisk metod. Valet av en teleologisk metod är dock främst motiverad av att rättsliga frågor inom civilrättens ram enligt min mening – och även om jag tar hänsyn till sådana faktorer som lagstiftningens historia och systematik samt komparativa synpunkter – måste lösas mot bakgrund av ändamålssynpunkter. Ett enskilt lagrum eller annan rättslig regel bör tolkas så att den valda lösningen bidrar till att förverkliga de bakomliggande ändamålen. Jag har dock, som framgår av nästa avsnitt, valt att inte använda mig av Ekelöfs teleologiska metod.

[25] Ekelöf som representativ för Uppsala respektive Hellner (Rättsteori, s. 63) för Stockholm och Peczenik (Juridisk argumentation, s. 207) för Lund. Jfr ock Strömholm (Rätt, s. 440) beträffande domstolspraxis och valet av metod.

1.5 Om arbetsmetod

Med en teleologisk tolkningsmetod läggs ett visst lagrums ändamål till grund för tolkningen av detsamma. Ekelöfs teleologiska metod[26] innebär i korthet att man för att bestämma ett lagrums eventuella tillämpning i problematiskt fall utgår från de s.k. klara fallen. Klara fall är sådana som utan tvekan faller inom stadgandets språkliga betydelseområde och som inte rent intuitivt framstå som tveksamma.[27] De problematiska fallen bör avgöras så att även de bidrar till det ändamål, som tillgodoses i de klara fallen.[28] Avgörande för om ett stadgande kan tillämpas i de problematiska fallen är således "om dess tillämpning bidrar till att realisera samma ändamål som i de klara fallen".[29]

Ekelöfs teleologiska metod utarbetades ursprungligen som en arbetsmetod. Både som arbetsmetod och rättstillämpningsmetod underlättar den otvivelaktigt det rättsvetenskapliga arbetet. Med metoden anser sig Ekelöf kunna fastställa ändamålen bakom en viss bestämmelse med en förhållandevis hög grad av säkerhet. Ekelöf menar vidare att det är rationellt att bedöma de säregna fallen på detta sätt och inte efter en friare ändamålsavvägning.[30] Ekelöf var motståndare till en fri ändamålsavvägning, vilket troligtvis kan ses som ett arv efter Hägerström och den "skandinaviska realismen".

I mitt sökande efter en acceptabel arbetsmetod övervägde jag under en längre tid att använda Ekelöfs teleologiska metod. Jag bestämde mig dock slutligen för att inte använda denna. I stället företar jag en i jämförelse med t.ex. Ekelöfs metod *självständig och fri värdering av de ändamål* som ligger till grund för såväl ABL och aktiebolaget som juridisk-teknisk konstruktion som enskilda rättsregler.

En brist med Ekelöfs metod är enligt mitt förmenande att en rättsregels ändamål fastställes med utgångspunkt i "den inverkan, som regelns tillämpning i de klara fallen har på folks beteende".[31] Jag vill mena att en viss rättsregels ändamål måste skiljas från dess inverkan på folks beteende: *Det är en sådan inverkan rättsregeln snarare syftar till än nödvän-*

[26] Se om denna bl.a. Ekelöf, Den teleologiska metoden, de lege, 1991, s. 169ff respektive Är den juridisk doktrinen en teknik eller vetenskap?, de lege, 1991 s. 91ff. En utmärkt sammanställning av Ekelöfs teleologiska metod finns i Lehrberg, Förutsättningsläran s. 64ff.

[27] Lehrberg, Förutsättningsläran s. 65.

[28] Ekelöf, Den teleologiska metoden, de lege, 1991, s. 175.

[29] Lehrberg, Förutsättningsläran, s. 65.

[30] Ekelöf, Den teleologiska metoden, de lege, 1991, s. 175.

[31] Se t.ex. Ekelöf, Den teleologiska metoden, de lege, 1991, s. 177. Lehrberg synes möjligen föredra ett mer generellt perspektiv; jfr Metod s. 143 men kanske annorlunda i Förutsättningsläran s. 65 och I aktiebolagens skymningsland s. 25.

digtvis åstadkommer. Det kan alltså inte vara riktigt att utgå från att en rättsregel åstadkommer en beteendepåverkande effekt som samtidigt utgör dess ändamål.[32] Tillvägagångssättet bör i stället vara det omvända. Vilket eller vilka ändamål tjänar lagrummet och hur kan en viss juridisk lösning – genom att i bästa fall påverka folks beteende i önskad riktning[33] – bidra till att förverkliga ändamålet eller ändamålen? Detsamma gäller naturligtvis för en lagstiftningsprodukt i sin helhet eller vissa delar av en sådan.[34]

> Skyddet för minoriteten enligt de s.k. generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL får illustrera resonemanget. Enligt 8:13 1 st. ABL får styrelsen eller annan ställföreträdare för bolaget inte företa en rättshandling eller annan åtgärd som är ägnad att bereda otillbörlig fördel åt aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller annan aktieägare. Bolagsstämman får enligt 9:16 ABL inte fatta ett beslut, som är ägnat att bereda otillbörlig fördel åt aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller annan aktieägare. Generalklausulerna är närmast att förstå som ett komplement till likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL; i litteraturen betecknas stundom också 8:13 1 st. och 9:16 ABL som ett uttryck för likhetsprincipen. Ett klart fall av åsidosättande innefattar ett krav på *otillbörlig fördel* åt aktieägare eller annan *till nackdel* för bolaget eller annan aktieägare. Generalklausulen kan t.ex. tillämpas i sådana fall där det enligt ABL är möjligt att bereda utomstående en rätt som annars tillkommer aktieägarna – såsom rätt att teckna aktier vid nyemission – men där det fattade beslutet innebär en sådan fördel för den utomstående att den är otillbörlig.
>
> Minoriteten behöver tydligen enligt generalklausulerna inte behandlas lika eller ens likartat med majoriteten utan skyddet för minoriteten består i att *bolagsorganen inte får företa en rättshandling eller annan åtgärd som är ägnad att bereda otillbörlig fördel för majoriteten till nackdel för minoriteten* (motsvarande gäller stämmobeslut), vilket ju framstår som en princip om "olika" behandling. Den effekt generalklausulerna i de klara fallen får på folks beteende synes därmed närmast vara att uppmuntra diskriminering av minoritetsaktieägare. En olika behandling av aktieägare strider inte mot generalklausulerna såvida inte nämnda förutsättningar är uppfyllda. Jag vill mena att man vid tolkningen av generalklusulerna bör utgå från att ABL:s regler syftar till att bereda minoritetsaktieägare ett tillfredsställande skydd

[32] Antag att en bestämmelse inte alls påverkar folks beteende eller ger upphov till ett handlande som uppenbarligen inte var avsett utan stred mot det i förarbetena angivna syftet eller eljest är oönskat.

[33] Med folks beteende förstår jag vilken effekt en viss juridisk lösning i ekonomiskt, socialt och etiskt hänseende kan tänkas få. Naturligtvis måste bedömningen i många situationer bli snäv.

[34] Jfr i fråga om det anförda i synnerhet det i ABL åsyftade borgenärsskyddet, vilket i verkligheten är av högst tvivelaktigt värde. Se avsnitt 4.3.3.2–4.3.3.4 nedan.

genom en likartad behandling och tolka generalklausulerna – klara som oklara fall – i linje med samma princip.[35]

Den i detta arbete tillämpade teleologiska arbetsmetoden – och rättstillämpningsmetoden om man så vill – vilar på vissa antaganden vad beträffar rättsordningen och rättsreglernas funktion i samhället. Min utgångspunkt är att rättsordningen påverkas av och i sin tur påverkar samhällsutvecklingen med däri förekommande moraliska, ekonomiska, sociala värderingar och förhållanden (etc.). Det existerar följaktligen en interaktion mellan samhällsutvecklingen och rättsutvecklingen. Ändamålet med all lagstiftning är ytterst att bidra till samhällsutvecklingen: Samhällsutvecklingen kräver ideligen nya rättsregler och rättsregler styr samhällsutvecklingen.

Det är således för varje lagstiftningprodukt möjligt att utgå från att den fyller en eller flera funktioner i samhället.[36] Jag vill mena att dessa ändamål – så långt det nu är möjligt – bör förverkligas vid rättstillämpningen. Det torde dock mer sällan vara möjligt, att omedelbart härleda en lösning på en konkret rättsfråga till lagproduktens *övergripande ändamål*. Därför måste man, vilket sker i det följande, arbeta med *underliggande ändamål* som korresponderar mot de övergripande ändamålen.

Hur går jag då konkret till väga för att fastställa ABL:s övergripande och underliggande ändamål? Jag har, som framgått, valt en fri modell för att fastställa de övergripande ändamålen. De *ekonomiska faktorer*[37] vilka framstår som *aktiebolagets huvudsakliga bidrag till samhällsutvecklingen* betraktar jag som *de övergripande ändamål som ABL* syftar till att förverkliga (exempelvis underlätta näringsverksamhet och gagna omsättning av varor och tjänster). Se härom närmare kapitel 4.

Vad beträffar underliggande ändamål finns det åtskilligt att hämta i rättskällorna. Typiskt delar man in de aktiebolagsrättsliga reglerna i sådana som syftar till att skydda antingen (primärt) tredje man såsom bolagets borgenärer eller aktieägarna. Min undersökning vilar i hög grad på denna distinktion. Samtidigt måste nämnda underliggande ändamål kompletteras med hjälp av de övergripande ändamålen. Ett av aktiebolagets övergripande ändamål är att gagna omsättning av varor och tjänster.

[35] Det torde dock inte kunna uteslutas att resultatet blir detsamma med användning av Ekelöfs teleologiska metod. Jfr Ekelöf, Den teleologiska metoden, de lege, 1991, s. 174. Detta torde emellertid inte vara fallet med det i ABL åsyftade borgenärsskyddet. Se föregående not.

[36] Ekelöf, Den teleologiska metoden, de lege, 1991, s. 174, använder sig av termer som "längre bort liggande ändamål" eller "ultimärt ändamål". Jfr Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, s. 174ff med vidare hänvisningar.

[37] Med avseende på annan lagstiftning bör man i stället eller vid sidan av beakta andra faktorer såsom sociala.

Häremot korresponderar ett underliggande ändamål: Omsättningen skall beredas skydd. Som exempel kan nämnas reglerna i ABL rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen (beslutande contra verkställande organ). Se vidare kapitel 4 nedan.

> Jag använder mig inte av Ekelöfs distinktion mellan klara och problematiska fall för att bestämma ett lagrums ändamål. Distinktionen mellan klara och problematiska fall – de senare kan även betecknas som oklara fall – är i stället av intresse för att skilja mellan fall som definitivt faller under ett lagrums eller en rättsregels tillämpningsområde och de som möjligen gör det.

1.6 Avgränsning

Det saknades i handeln vid utgången av 1994 i svensk doktrin en monografi rörande regleringen i ABL om vinstutdelning och andra utbetalningstyper.[38] Den som ville veta mer om rättsläget var hänvisad till de traditionella kommentarerna och en rad uppsatser[39] samt några kortare och mer praktiskt inriktade böcker[40]. Föreliggande arbete är en systematisk genomgång av problemen på området.

Jag har i en rad hänseenden funnit det önskvärt att begränsa föremålet för undersökningen. Vad angår 12 kapitlet ABL bör det framhållas att jag inte alls behandlar det s.k. penninglåneförbudet i 12:7 ABL och hithörande regler i 12:8–9 ABL. Ett lagrum som jag endast ytligt kommer i kontakt med är 12:4 ABL rörande reservfondsavsättning m.m. Detsamma gäller den s.k. utsvältningsregeln i 12:3 2 st. ABL och gåvoregeln i 12:6 ABL.

Ett antal kapitel och däri upptagna lagrum av intresse för vinstutdelning, som jag endast översiktligt berör i framställningen, är 6 kapitlet om

[38] Erik Nerep har i januari 1995 kommit med en monografi på området, vilket jag dock inte har kunnat beakta i framställningen. Detta har på vederbörligt vis angivits i förordet. I sammanhanget bör nämnas den s.k. JF kommentaren (här JFK) till aktiebolagslagen, där Stefan Lindskog utförligt har kommenterat 12 och 13 kapitlet ABL. Någon form av framställning är enligt uppgift även att vänta från Jan Kleineman. Härutöver bör nämnas en kommande monografi av Bert Lehrberg rörande centralkonton, där det sannolikt kommer att finns en utförlig framställning om vinstutdelningsreglerna. Se dessutom Danielsson, Aktiekapitalet s. 205ff.

[39] Särskilt märks den för sin tid djärva och tyvärr inte sällan missförstådda uppsatsen av Erik Danielsson i SvJT 1954 s. 571ff. På senare tid märks bl.a. Stefan Lindskogs uppsatser i SvJT 1992 s. 81ff och JT 1992–93 s. 82ff respektive Erik Nereps uppsats i Svensk Skattetidning 1993 s. 353ff.

[40] Se t.ex. Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, 3 uppl. 1993, och Grosskopf, Vinstbolag, 2 uppl. 1989 samt Löfgren, Personligt ansvar vid likvidationsplikt, olovlig vinstudelning, företrädandeansvar m.m. 1992.

nedsättning av aktiekapitalet, 8 kapitlet rörande styrelsen och verkställande direktören,[41] 9 kapitlet om bolagsstämman,[42] 11 kapitlet ABL jämte BFL avseende bolagets redovisning och 13 kapitlet ABL rörande likvidation. Fyra kapitel av mindre intresse, och vilka jag i stort sett inte annat än indirekt kommer in på, är 2 kapitlet om aktiebolags bildande vad avser aktiekapitalet,[43] 7 kapitlet om förvärv av egna akier m.m., 10 kapitlet om revision och 15 kapitlet om skadestånd[44].

Den snäva avgränsningen av undersökningen är en följd av att problemformuleringen fått styra materialet och inte tvärtom. Med ett bredare angreppssätt, där måhända analysen hade syftat till att bringa klarhet i ett större antal enskilda lagrum, hade resultatet troligen blivit en till omfånget ännu mer omfattande studie.

1.7 Undersökningens disposition

Undersökningen är uppdelad i 4 avdelningar. Den första avdelningen består av 4 kapitel. Kapitel 2 innehåller en kortfattad översikt i ett historiskt, nutida och framtida perspektiv av svensk aktiebolagsrätt i allmänhet och regleringen av vinstutdelning i synnerhet. En översikt av vissa utländska rättssystems aktiebolagsrätt, särskilt vad avser regleringen av vinstutdelning, jämte en preliminär utvärdering av materialet under beaktande av rättsläget i Sverige återfinns i kapitel 3. Kapitel 4 innehåller en analys av de ändamål som primärt aktualiseras i undersökningen. Med kapitel 5 övergår jag till att närmare analysera rättsläget de lege lata. Kapitlet syftar till att besvara den första övergripande frågeställningen, närmare bestämt vilka bestämmelser i ABL som reglerar utbetalning av vinstutdelning och vad dessa innebär.

Avdelning II har i sin helhet till syfte att besvara den andra övergripande frågeställningen: Under vilka förutsättningar träffas rättshandlingar av ABL:s bestämmelser om utbetalning av vinstutdelning och övriga utbetalningstyper? Jag inleder avdelningen med att i kapitel 6 översiktligt redogöra för rättsläget i vissa främmande stater. Kapitlet innehåller även en redogörelse för det andra bolagsdirektivet. Kapitel 7 syftar till att prelimärt fastställa vad som konstituerar en utbetalning

[41] Jfr dock analysen i avsnitt 5.4.6.

[42] Se Johansson, Bolagsstämma. Jfr vad gäller vinstutdelningsproblematiken avsnitt 5.4.6 nedan.

[43] Se Danielsson, Aktiekapitalet.

[44] Se härom Dotevalls framställning om skadeståndsansvaret för styrelseledamot och verkställande direktör.

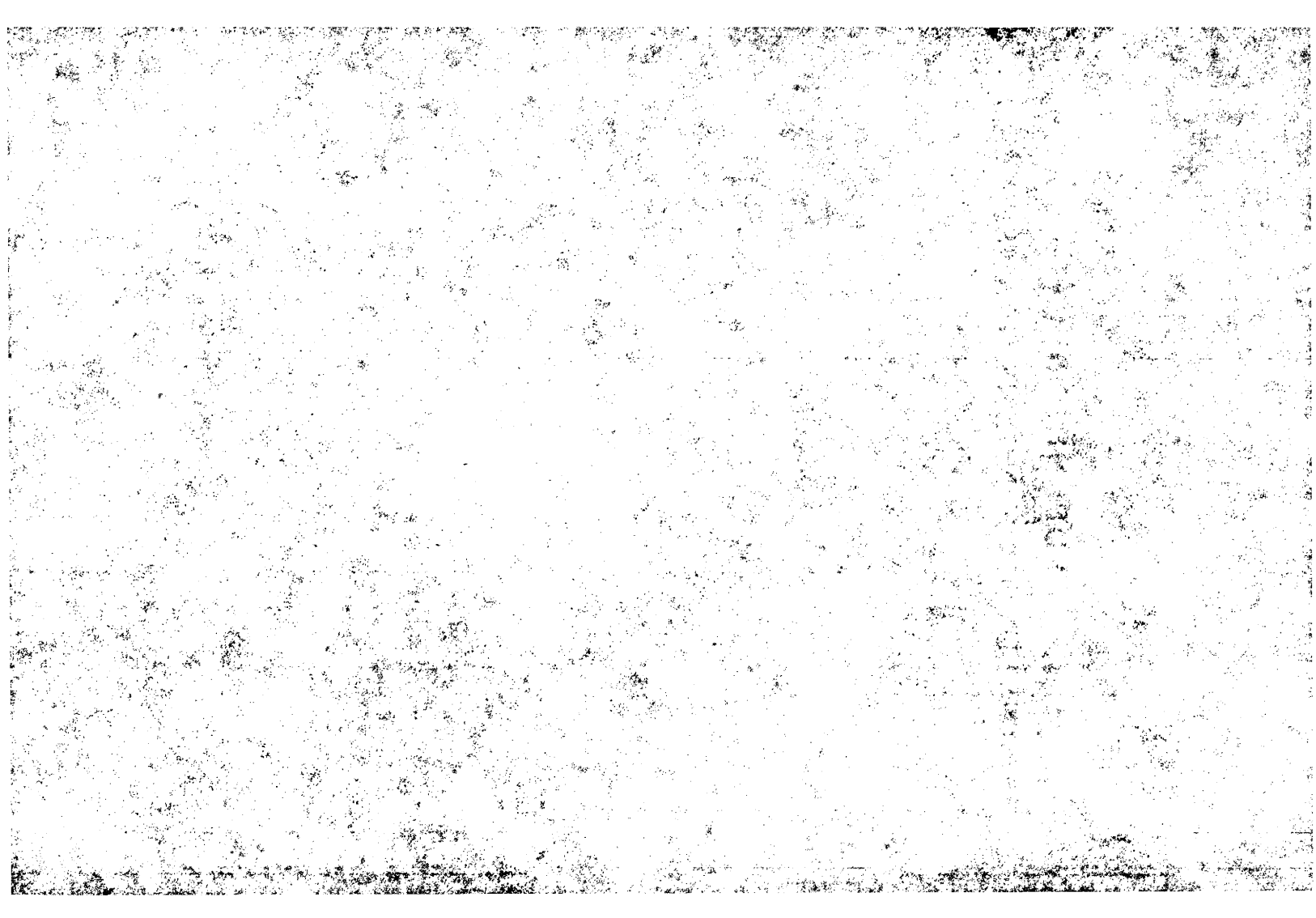
(med min terminologi). Jag övergår i kapitel 8 till att diskutera den problematik som rör avgränsningen mellan affärsmässiga avtal och förtäckta utbetalningar. I kapitel 9 behandlas några typfall av förtäckta utbetalningar. De i någon mån säregna frågor som aktualiseras vid förtäckta (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående[45] (icke aktieägare) analyseras i kapitel 10, vilket är avdelningens sista kapitel.

Avdelning III innehåller en presentation av de sanktioner som kan komma i fråga om en aktiebolagsrättslig utbetalning står i strid mot de bestämmelser som reglerar utbetalning av vinstutdelning (och andra typer av utbetalningar). I kapitel 11 redogör jag för sanktionssystemet i vissa utländska rättsordningar. Rättsläget i Sverige vad angår återbäringsskyldighet och ogiltighet vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av utbetalningar i strid mot ABL presenteras i kapitel 12. Godtrosskyddet vid olovliga utbetalningar behandlar jag i kapitel 13. Den i 12:5 2 st. ABL stadgade bristtäckningsskyldigheten och utomståendes ersättningsskyldighet analyseras i kapitel 14.

Jag avslutar undersökningen med en sammanfattning på engelska i kapitel 15, som är det enda kapitlet i avdelning IV.

[45] Termen använder jag för att särskilja utomstående utbetalningsmottagare från den i studien begagnade termen tredje man, som jag reserverar för resonemang kring lagbestämmelsers skyddssyften. Se not 15 ovan.

AVDELNING I
VINSTUTDELNINGENS GRÄNSER



KAPITEL 2

Svensk aktiebolagsrätt och vinstutdelning – en kortfattad översikt i ett historiskt, nutida och framtida perspektiv

2.1 Kapitlets syfte och disposition

Det kan förefalla vara en onödig "lyx" att i en avhandling om ABL:s bestämmelser rörande vinstutdelning inleda undersökningen med att översiktligt beskriva den rättsliga regleringen i ett historiskt, nutida och framtida perspektiv. Varför väljer då en författare att översiktligt presentera rättsutvecklingen och rättsreglerna på ett dylikt vis? I mitt fall fyller översikten två syften.

(1) Dels är avsikten med innevarande kapitel att tillsammans med följande kapitel placera in de svenska bestämmelserna rörande vinstutdelning i ett systematiskt och funktionellt sammanhang med utländska rättsregler på området. En översiktlig komparation av hur olika rättsordningar har valt att begränsa utbetalning av vinstutdelning återfinns i avsnitt 3.6 nedan.
(2) Dels torde förevarande kapitel vara till gagn för läsaren. Läsaren får en översikt över de svenska reglernas historiska utveckling, nuvarande innehåll och vad som eventuellt komma skall.

Det kan möjligen tyckas att en avhandlings enskilda delar *enbart* skall tillgodose avhandlingens syften och *aldrig får vara längre* än vad som krävs för att tillgodose dessa. Ur strängt vetenskaplig synpunkt är detta nog en riktig ståndpunkt. Samtidigt vill jag mena att det i en juridisk undersökning finns anledning att ge läsaren något mer information än vad som direkt krävs för att tillgodose undersökningens syften. Och det är av denna orsak som innevarande och följande kapitel tillgodoser

avhandlingens syften *och* förhoppningsvis samtidigt ger läsaren en möjlighet att placera in rättsreglerna i ett större perspektiv.

Kapitlet är disponerat på så vis att jag inleder med att i avsnitt 2.2 presentera aktiebolagsrättens utveckling i svensk rätt, särskilt avseende vinstutdelning. Därefter följer en presentation av gällande rätt rörande vinstutdelning i avsnitt 2.3. Jag avslutar avsnitt 2.3 med att i underavsnitt 2.3.3 beskriva de förändringar som var föranledda av EES-avtalet och vilka redan gäller eller inom kort sannolikt kommer att börja gälla.

2.2 Aktiebolagsrättens utveckling i svensk rätt, särskilt avseende vinstutdelning

Med 1848 års aktiebolagslag[1] (1848 års lag) blev det för första gången i svensk rätt generellt möjligt att bilda ett bolag för idkande av rörelse utan något personligt betalningsansvar för delägarna för bolagets skulder. 1848 års lag bestod av 15 paragrafer. Det stadgades inte något krav på minsta aktiekapital.[2] I fråga om utdelning av bolagets vinst innehöll 1848 års lag en svårtolkad bestämmelse i 9 §. Innan ett bolag upplöstes, och alla dess skulder infriats, ägde det inte göra vidare utdelning än att det fanns ett överskott av viss storlek i förhållande till teckningssumman. 9 § synes av vissa ha uppfattats som enbart en reglering av utskiftning vid bolagets upplösning och inte som en inskränkning i vinstutdelningsrätten.[3] Den riktiga åsikten torde emellertid ha varit att 9 § innefattade en begränsning av utbetalning av vinstutdelning och att utbetalning av vinstutdelning inte fick inkräkta på aktiekapitalet och andra bundna poster.[4]

Sverige fick med 1895 års aktiebolagslag[5] (1895 års lag) en betydligt mer omfattande och detaljerad reglering av aktiebolaget. Från att ha tillämpat koncessionssystemet,[6] vilket innebar att konungen stadsfäste bolagsordningen varvid bolaget erhöll rättskapacitet, övergick lagstiftaren till den s.k. normativprincipen, som innebär att ett aktiebolag har rätt

[1] SFS 1848:43.

[2] I praktiken synes regeringen (konungen) emellertid inte ha stadsfäst någon bolagsordning, där aktiekapitalet var alltför litet; jfr Hagströmer s. 185.

[3] Hagströmer s. 259. Se för en uppseeendeväckande uppfattning refererad av Hagströmer (dennes framställning s. 254 not 2 och s. 256 not 1) med hänvisning till ett av HD avgivit yttrande 1847.

[4] Hagströmer s. 260ff.

[5] SFS 1895:65.

[6] Stundom betecknat som sanktionssystemet.

att vinna registrering om det bildas enligt ifrågavarande lag och detta styrks inför registreringsmyndigheten. Till skydd för bolagets fordringsägare uppställdes ett krav på minsta aktiekapital om 5000 kr.

1895 års lag innehöll en i jämförelse med 1848 års lag rad nya bestämmelser rörande bl.a. inbetalning av aktiekapitalet, bolagets organisation med avhållande av bolagsstämma, styrelsens funktion jämte arbetsuppgifter samt likvidation. Vidare innehöll 1895 års lag en bestämmelse om vinstutdelning i 30 § 1 st., som i dag motsvaras av det s.k. utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL och begränsningsregeln i 12:2 1 st. ABL. 30 § 1 st. gav uttryck för principen om skyddet för det bundna egna kapitalet. Med 1895 års lag infördes också obligatorisk avsättningsskyldighet till en reservfond (29 § 1 st.).

Den första "moderna" lagstiftningen på aktiebolagsrättens område infördes redan 15 år efter 1895 års lag genom 1910 års aktiebolagslag[7] (1910 års lag). 1910 års lag syftade måhända främst till att stärka aktieägarnas ställning och att åstadkomma en bättre förvaltning av bolagen samt en effektivare kontroll av denna. Många av de allmänna aktiebolagsrättsliga principerna som är tillämpliga i gällande rätt kan härledas till 1910 års lag.[8]

På vinstutdelningens område bibehölls från 1895 års lag reglerna om avsättning till reservfonden (53 § 1 st. 1910 års lag). 30 § 1 st. 1895 års lag om skyddet för bundna egna kapitalet överfördes till 54 § 1 st[9] 1 meningen 1910 års lag – det s.k. utbetalningsförbudet – och kompletterades med en regel om återbäringsskyldighet för aktieägare som uppburit olovlig utbetalning av utdelning från ett bolag respektive ett ansvar för den brist, som kunde uppkomma vid återbäringen, för den som deltagit i beslutet. Regeln om återbäringsskyldighet och bristtäckningsskyldighet infördes efter en förebild i 21 § 1903 års lag om bankaktiebolag[10].[11]

[7] SFS 1910:88.

[8] 1910 års lag torde för övrigt ha mycket gemensamt med de dåvarande reglerna i tysk rätt i HGB rörande aktiebolag, vilka sedermera och efter en större reform överfördes till 1937 års AktG.

[9] 54 § 2 st. tillkom senare.

[10] SFS 1903:101.

[11] Se 1908 års förslag s. 43. Jfr 34 § 1 st. 1886 års lag om bankaktiebolag. En väsentlig skillnad mellan 54 § 1 st. 1 meningen 1910 års lag och 34 § 1 st. 1886 års bankaktiebolagslag var att ansvaret enligt den senare bestämmelsen enbart aktualiserades i händelse av insolvens. Jfr ock 1883 års förslag till förändrad organisation av bankanstalterna s. 306f och beträffande bristtäckningsskyldigheten art. 241 2 st. ADHGB (Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch).

Utbetalningsförbudet i 54 § 1 st.[12] 1 meningen 1910 års lag hade ursprungligen följande lydelse: "Ej må till aktieägarna annorledes än i följd af aktiekapitalets nedsättning, efter ty i 49 § eller 50 § sägs, utbetalas annat än den vinst, som förefinnes enligt fastställd balansräkning för sista året, i den mån vinsten ej skall afsättas till reservfonden. Varder vinstutdelning beslutad och verkställd i strid med hvad sålunda stadgats eller med bestämmelse i bolagsordningen, vare de, som uppburit sådan utdelning, skyldige att återbära densamma; och ansvare därjämte de, som deltagit i beslutet, en för alla och alla för en, för den brist, som vid återbäringen kan uppkomma."

Det är oklart om någon bestämmelse i utländsk rätt påverkade utformningen av 30 § 1 st. 1895 års lag och 54 § 1 st[13] 1 meningen 1910 års lag. Det kan dock nämnas, att art. 216 2 st. ADHGB[14] innehöll en regel som påminner om 30 § 1 st. 1895 års lag (jfr senare 213 § HGB).

För övrigt infördes med 1910 års lag ett förbud i 55 § 1 st. mot bolagsstämmobeslut, som innefattade ett förfogande över bolagets vinstmedel eller övriga tillgångar för ändamål som var uppenbarligen främmande för dess verksamhet.

Nära 40 år efter 1910 års lag trädde 1944 års aktiebolagslag[15] (1944 års lag) i kraft den 1 januari 1948 och utgjorde en till omfånget omfattande lagstiftningsprodukt. Två centrala nyheter i 1944 års lag var att verkställande direktören blev ett lagreglerat bolagsorgan och att bestämmelser om fusion infördes. En annan nyhet var att skyddet för bolagets borgenärer förbättrades, bl.a. därigenom att ökning av aktiekapitalet skulle ske jämlikt samma principer som gäller vid aktiebolags bildande.

1944 års lag innehöll även en rad nya regler beträffande vinstutdelning. För första gången kunde aktieägare som mottagit olovlig utbetalning av utdelning från ett bolag åberopa ett *lagstadgat godtrosskydd* (73 § 2 mom. 2 st.). Godtrosskyddet var begränsat till fall då aktieägare uppburit beslutad och verkställd utdelning på grundval av en felaktigt upprättad balansräkning. En särskild konsolideringsregel för koncerner – motsvarande dagens allmänna försiktighetsregel i 12:2 2 st. 1 meningen ABL – infördes i 74 § 1 st. Återbäringsanspråk kunde inte heller göras gällande mot aktieägare som i strid mot denna regel uppburit beslutad och verkställd utdelning i god tro (74 § 2 st.).

Vad beträffar reservfondsavsättning ålades bolagen i 71 § 1 st. att

[12] Se not 9.

[13] Se not 9.

[14] Art 216 2 st. ADHGB hade följande lydelse: Aktieägare "kan den eingezahlten Betrag nicht zurückfordern und hat, so lange die Gesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf den reinen Gewinn, soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Vertheilung unter die Actionäre bestimmt ist".

[15] SFS 1944:705.

avsätta medel intill dess att reservfonden motsvarade 20 procent av aktiekapitalet (till skillnad mot det tidigare i 53 § 1 st. 1910 års lag stadgade kravet på 10 procent). I syfte att stärka aktiebolagens konsolidering – dvs. relationen eget kapital och skulder – ålades bolagen att göra ytterligare avsättning, om summan av bolagets skulder översteg summan av bolagets bundna egna kapital. Under denna förutsättning skulle avsättning ske till reservfonden eller en s.k. skuldregleringsfond med minst 10 procent av bolagets årsvinst (72 § 1 mom. 1 st.). Översteg bolagets skulder summan av aktiekapitalet, reservfonden och skuldregleringsfonden fick utbetalning av vinstutdelning inte ske med mer än som motsvarande 5 procent av bolagets behållna förmögenhet enligt balansräkningen (se närmare 72 § 1 mom. 2 st.).[16]

1944 års lag innebar ett förbättrat skydd för minoritetsaktieägare. Aktieägare med ett sammanlagt aktiebelopp, utgörande minst en tiondel av hela aktiekapitalet, ägde påkalla utdelning med högst en femtedel av vinsten enligt fastställd balansräkning, dock inte med mer än hälften av årsvinsten eller mer än 5 procent av bolagets behållna förmögenhet (75 § 2 st.). Med 76 § 2 st. infördes en generalklausul i svensk aktiebolagsrätt. Bolagsstämman fick inte besluta om sådan användning av bolagets tillgångar eller eljest om sådan åtgärd, att åtgärden beredde vissa aktieägare uppenbar fördel till nackdel för bolaget eller övriga aktieägare.

2.3 Gällande aktiebolagsrätt, särskilt avseende vinstutdelning

2.3.1 Inledning

Nu gällande aktiebolagslag härrör från 1975. ABL innefattade i jämförelse med 1944 års lag en rad nyheter. Borgenärsskyddet förstärktes ytterligare genom att det bl.a. infördes en skärpt kontroll av att aktiekapitalet verkligen betalas in till bolaget i samband med bolagets bildande (aktiekapitalet hade höjts till 50000 kr några år tidigare). Styrelsens ställning gentemot bolagsstämman förstärktes och styrelsen erhöll vetorätt vid beslut om vinstutdelning respektive nedsättning av aktiekapitalet.

[16] Ett högre belopp kunde utdelas om en mot det överstigande beloppet svarande summa avsattes till reservfonden eller, om denna uppgick till föreskrivet belopp, till skuldregleringsfonden. Se 72 § 1 mom. 2 st. 1944 års lag. Jfr i sammanhanget norsk rätt nedan avsnitt 3.5.5.2.

Nämnas bör ock att skyldigheten att ha auktoriserad revisor utvidgades till att omfatta fler aktiebolag.

Vinstutdelningsreglerna i 71–76 §§ 1944 års lag överfördes med ABL till ett eget kapitel. Bestämmelserna om avsättningsskyldighet till skuldregleringsfonden avskaffades. I syfte att stärka aktiebolagens konsolidering infördes till synes i stället försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Det genom 73 § 2 mom. 2 st. och 74 § 2 st. 1944 års lag införda godtrosskyddet för aktieägare som mottagit olovlig utbetalning av utdelning utvidgades till att omfatta alla fall då en utbetalning skett i form av vinstutdelning i strid mot ABL (12:5 1 st. 2 meningen).[17]

2.3.2 Om förfarandet vid vinstutdelning och bestämmelserna i 12 kapitlet ABL

Det åligger enligt 11:9 3 st. ABL bolagets styrelse att i förvaltningsberättelsen föreslå vinstutdelning[18] med ett visst belopp (dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust). Bolagets revisorer har därefter att yttra sig över det framlagda förslaget i revisionsberättelsen (10:10 6 st. ABL). Fastställelse av resultaträkning och balansräkning samt i förekommande fall koncernresultaträkning och koncernbalansräkning skall ske på den ordinarie bolagsstämman. På grundval av den fastställda balansräkningen och det i förvaltningsberättelsen intagna förslaget till disposition vad gäller vinst (eller förlust) har aktieägarna att fatta beslut om vinstutdelning (9:5 2 st. p. 2 och 12:3 1 st. 1 meningen ABL). Bolagsstämman får enligt 12:3 1 st. 2 meningen ABL inte fatta beslut om utdelning med ett större belopp än vad styrelsen föreslagit i förvaltningsberättelsen eller sedermera godkänt, dock med undantag för utdelning som stämman enligt utsvältningsregeln i 12:3 2 st. ABL eller bestämmelser i bolagsordningen måste fatta beslut om.

Skyldigheten att avsätta en viss del av bolagets vinst till reservfonden är i ABL uppbyggd kring samma system som i 1944 års lag. Till reservfonden skall sålunda avsättas 10 procent av nettovinsten för året intill dess att reservfonden uppgår till tjugo procent av aktiekapitalet. Därefter är ett bolag inte skyldigt att företa ytterligare avsättningar av vinst (12:4 1 st. p. 1 ABL).

Liksom enligt tidigare aktiebolagslagar gäller enligt ABL, att utbetalning av vinstutdelning inte får ta i anspråk mer än vad som utgör fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL, dvs. utbetalning av vinstutdelning får inte ske med så stort belopp att dispositionen inkräktar på bundet eget

[17] Se SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485.

[18] Förutsatt att styrelsen anser att sådan skall äga rum.

kapital. Skyddet för det bundna egna kapitalet (däri inbegripet föreskriven avsättning till reservfonden[19]) kommer sålunda till uttryck i 12:2 1 st. ABL.

Bundet eget kapital består enligt legaldefinitionen i 11:7 2 st. ABL av aktiekapital, reservfond och uppskrivningsfond. Både aktiekapitalet och reservfonden motsvaras av tillgångar som överstiger bolagets skulder och tjänar enligt en vedertagen uppfattning som en slags garanti – "säkerhet" – för bolagets fordringsägare samt får därför inte bli föremål för utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna. Uppskrivningsfonden vilar på liknande tankegångar. Reglerna om värdering av bolagets tillgångar syftar till att garantera den aktiebolagsrättsliga principen, att icke intjänad – orealiserad – vinst inte får bli föremål för utbetalning av vinstutdelning.[20] I linje med denna princip gäller att det belopp varmed värdet på anläggningstillgångar skrivs upp skall motsvaras av en uppskrivningsfond (se 15 § 4 st. BFL och 11:4 1 st. ABL); jag bortser härvidlag från att uppskrivet värde kan användas på annat vis.

Definitionen av bundet eget kapital i 11:7 ABL är inte uttömmande utan syftar till att ange de "viktigaste" posterna som ingår häri.[21] Till bundet eget kapital räknas även fond till vilken belopp skall avsättas av bolagets vinst enligt föreskrift i bolagsordningen.[22]

Vid sidan om rättsgrundsatsen, att utbetalning av vinstutdelning inte får ske med ett så stort belopp att dispositionen inkräktar på bundet eget kapital, stadgas en generell spärr mot alltför omfattande utbetalningar i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Enligt denna försiktighetsregel får vinstutdelning inte ske med ett så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed. Försiktighetsregeln innebär i praktiken – åtminstone i allmänhet – att bolagsstämman inte ens med styrelsens samtycke kan fatta beslut om vinstutdelning motsvarande hela det fria egna kapitalet.

Vinstutdelning som verkställs i strid mot ABL ger upphov till återbäringsskyldighet för de aktieägare som uppburit utbetalningar från bolaget (12:5 1 st. 1 meningen). Som exempel på olovlig utbetalning av utdelning må nämnas utbetalning av utdelning i avsaknad av balansräkning eller på grundval av felaktig sådan, utbetalning av utdelning som inkräk-

[19] Detta är en förenkling. Se närmare avsnitt 5.4.3.1.

[20] Jfr SOU 1941:9 s. 384 och prop. 1975:103 s. 443.

[21] Se lagrådet i prop. 1975:103 s. 765 och departementschefen i prop. 1975:103 s. 789 (instämmande).

[22] Prop. 1975:103 s. 476 och lagrådet i prop. 1975:103 s. 765. Notera dessutom 12:2 1 st. p. 3 ABL; se lagrådet i prop. 1975:103 s. 770.

tar på bundet eget kapital eller som strider mot försiktighetsregeln och utbetalning av utdelning som sker i strid mot likhetsprincipen. Det är oklart om återbäringsskyldigheten innefattar en skyldighet för aktieägaren att återlämna vad han mottagit eller om det räcker med att aktieägaren ersätter värdet av bolagets prestation.

Godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL omfattar utbetalning av utdelning i "öppen" ("synlig") form i strid mot ABL såsom försiktighetsregeln eller likhetsprincipen.[23] Huruvida godtrosregeln är *generellt* tillämplig vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning är osäkert.[24] Godtrosregeln kan inte åberopas då utbetalning vid kapitalnedsättning sker i strid mot någon av bestämmelserna i 6 kapitlet ABL.[25] Skulle brist uppstå vid återbäringen, t.ex. på grund av att en aktieägare uppburit otillåten utbetalning av utdelning i god tro, är de som medverkat till beslutet om utbetalningen eller verkställandet därav eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning ansvariga enligt skadeståndsreglerna i 15:1–4 ABL (12:5 2 st. ABL).

Skyddet för *enskilda* aktieägare vid beslut om och verkställande av vinstutdelning är kanske främst garanterat genom likhetsprincipen sådan den kommer till uttryck i 3:1 1 st. ABL, dvs. att alla aktier har lika rätt i bolaget om ej annat följer av ABL eller bolagsordningen. Likhetsprincipen skall vid beslut om och verkställande av vinstutdelning förstås som att varje aktie är berättigad till ett lika stort belopp som varje annan aktie av samma klass (proportionellt med aktieinnehavet för aktieägare), om inte annat följer av bolagsordningen.[26]

Det torde emellertid i praktiken vara sällsynt att aktieägare diskrimineras på ett så pass flagrant vis som genom en differentierad *öppen* utbetalning av utdelning. Betydligt vanligare torde det vara att en majoritet av aktieägare fattar beslut om att vinstmedel skall innehållas i bolaget i syfte att "svälta ut" minoriteten. Skyddet för minoritetsaktieägare tillgodoses genom att stämman, på yrkande av aktieägare vars aktieinnehav uppgår till minst en tiondel av samtliga aktier, måste besluta om utdelning med åtminstone ett belopp motsvarande hälften av nettovinsten för året. Stämman är dock aldrig skyldig att besluta om högre utdelning än fem procent av bolagets egna kapital. Se närmare 12:3 2 st. ABL.

En allmän aktiebolagsrättslig princip är att stämman inte får fatta

[23] Jfr prop. 1975:103 s. 484f, prop. 1993/94:196 s. 174 och särskilt avsnitt 13.3.1 nedan.

[24] Jfr dock NJA 1951 s. 6 I och II, 1980 s. 311 och 1990 s. 343. Se härom avsnitt 13.4 nedan.

[25] Se bl.a. SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485.

[26] Aktieägarna torde samfällt kunna besluta om avvikelse vid visst tillfälle och vidare torde en enskild aktieägare vid ett visst tillfälle kunna avstå från sin rätt till utdelning.

beslut om användning av bolagets vinstmedel eller övriga tillgångar eller åtagande av förpliktelser för ändamål, som uppenbarligen är främmande för föremålet för verksamheten eller verksamhetens syfte (jfr 76 § 1 st. 1 meningen 1944 års lag). Ett undantag från sistnämnda princip är 12:6 ABL. Bolagsstämman äger besluta om gåva till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål, om det med hänsyn till ändamålets beskaffenhet, bolagets ställning och övriga omständigheter får anses skäligt. Styrelsen kan till sådant ändamål använda tillgång som med hänsyn till bolagets ställning är av ringa betydelse.

Slutligen bör det s.k. låneförbudet i 12:7 ABL nämnas. Bestämmelsen innehåller ett straffsanktionerat förbud mot lämnande av lån eller ställande av säkerhet till aktieägare m.fl. Förbudet innebär inte att ett i strid mot förbudet lämnat penninglån i och för sig är ogiltigt.[27] Detsamma gäller beträffande av bolaget ställd säkerhet.

2.3.3 EES-avtalet och i anledning av detta och i övrigt införda eller kommande ändringar av ABL, BFL m.m.

Inledning

Genom EES-avtalet åtog sig Sverige att implementera EG:s bolagsrättsliga lagstiftning i svensk rätt (art. 77). En närmare precisering av den lagstiftning som skulle implementeras finns angiven i Bilaga XXII till avtalet och har ingående behandlats i bl.a. SOU 1992:83 och prop. 1993/94:196. Sverige åtog sig inte minst att anpassa svensk rätt till de första, andra och tredje bolagsdirektiven.

> Jag avser att i det följande använda mig av termen EG även om EU (Europeiska Unionen) måhända i vissa fall hade varit mer adekvat. Detta beror på att de i undersökningen behandlade frågorna rör den del av samarbetet som traditionellt härför sig till de tre gemenskaperna. Denna del av samarbetet betecknas fortfarande EG.[28]

Arbetet med att föreslå de ändringar som i anledning av nämnda direktiv ansågs påkallade för aktiebolagsrättens centrala delar utfördes av Aktiebolagskommittén. Aktiebolagskommitténs uppdrag var inte begränsat till att enbart implementera bolagsdirektiven i svensk rätt utan innefattade en allmän översyn av ABL. Några av Aktiebolagskommitténs förslag, vilka

[27] Se bl.a. NJA 1976 s. 618 på s. 624 och 1980 s. 311 på s. 318 samt 1992 s. 717 på s. 727. Härav följer dock inte att en rättshandling i strid mot förbudet kan åberopas gentemot bolaget och i den meningen är bindande. Se NJA 1992 s. 717 på s. 727f.

[28] Se t.ex. prop. 1993/94:196 s. 68 och SOU 1994:17 Del I s. 101.

inte följer av bolagsdirektiven, återfinns i SOU 1992:83; se sedermera prop. 1993/94:196 och SFS 1994:802. Ett förslag från Aktiebolagskommittén till en mer omfattande reform av ABL – måhända en alltigenom ny lagstiftning – förväntas komma våren 1996.

Vid sidan av Aktiebolagskommittén har ett betydande arbete bedrivits av Redovisningskommittén, vilken har haft till uppgift att göra en allmän översyn av redovisningslagstiftningen och anpassa redovisningslagstiftningen till bl.a. de fjärde, sjunde och elfte bolagsdirektiven. Redovisningskommittén har avlämnat ett delbetänkande – SOU 1994:17 Del I och Del II – med titeln "Års- och koncernredovisning enligt EG-direktiv".

I följande avsnitt avser jag att presentera den reform av ABL som trädde i kraft den 1 januari 1995. Jag återkommer i senare delar av undersökningen till vissa specifika detaljer i denna. Det närmare innehållet i EG:s bolagsdirektiv beskriver jag kortfattat i kapitel 3. Jag avslutar förevarande kapitel med att redogöra för Redovisningskommitténs betänkande. Även vissa specifika detaljer i detta förslag behandlas i senare delar av undersökningen. Det bör poängteras att framställningen är mycket kortfattad och endast berör sådana frågor som direkt eller indirekt är relevanta för min studie.

Aktiebolagen, Aktiebolagskommittén och införda ändringar av ABL – några viktiga punkter

Den möjligen principiellt viktigaste reformen av svensk aktiebolagsrätt sedan aktiebolaget infördes i svensk rätt är att det sedan den 1 januari 1995 finns *två kategorier av aktiebolag*: det publika aktiebolaget och det privata aktiebolaget (1:2 1 meningen ABL).[29] Distinktionen har sitt ursprung i Storbritannien,[30] där man traditionellt skiljer mellan publika och privata aktiebolag, och kan sägas korrespondera mot de eljest förekommande *bolagstyperna* "aktiebolag" och "bolag med begränsat ansvar" (t.ex. Aktiengesellschaft och Gesellschaft mit beschränkter Haftung i Tyskland). Skillnaden mellan det publika och privata bolaget består bl.a., men kanske främst, i att ett privat aktiebolag eller aktieägare i sådant bolag inte får genom annonsering söka sprida aktier eller teckningsrätter i bolaget eller av bolaget utgivna skuldebrev eller optionsbevis. Inte heller får ett bolag eller en aktieägare i sådant bolag på annat sätt söka sprida värdepapper av angivet slag genom att erbjuda fler än 200 personer att teckna eller förvärva värdepapperen. Därtill kommer att värdepapper av nämnt slag som har utgivits av privat aktiebolag inte får bli

[29] Se närmare SFS 1994:802 om övergångsbestämmelserna.

[30] Se SOU 1992:83 s. 122. Irlands aktiebolagsrätt bygger på samma distinktion.

föremål för handel på börs eller annan organiserad marknadsplats. Se närmare 1:4 ABL. Motsatsvis följer bl.a. att endast värdepapper, som utgivits av publikt aktiebolag, får bli föremål för handel på börs eller annan organiserad marknadsplats.

Aktiebolagskommittén föreslog att publika aktiebolag skulle ha ett minsta aktiekapital om 1 milj kr (art. 6 p. 1 1 st. i det andra bolagsdirektivet kräver blott 25000 ECU eller omkring 230000 kr). Med hänsyn bl.a. till dels aktiekapitalets funktion som säkerhet för bolagets fordringsägare, dels risken för att aktiebolagsformen kan missbrukas och råka i vanrykte om aktiekapitalet sätts för lågt, föreslog Aktiebolagskommittén vidare, och utan att detta följer av det andra bolagsdirektivet, en höjning av minsta aktiekapital i privata aktiebolag från 50000 kr till 100000 kr.[31] I propositionen ändrades emellertid minimikravet beträffande aktiekapitalets storlek i publika aktiebolag. Kravet på aktiekapitalets minsta storlek sattes betydligt lägre.

Det anges i propositionen att det bör krävas ett särskilt högt aktiekapital i aktiebolag vars aktier är avsedda att spridas till allmänheten. Ett högt aktiekapital sägs underlätta en väl fungerande handel med bolagets aktier hos allmänheten. Ofta skulle det rentav vara en förutsättning för en fungerande aktiemarknad att bolaget har en ordentlig kapitalbas och ett förhållandevis stort antal aktier som kan bli föremål för handel. Därtill kommer att kraven på ett särskilt högt aktiekapital för bolag vars aktier är föremål för allmän handel redan i dag kommer till uttryck i de bestämmelser som gäller för börsverksamhet.[32]

Det ändamålsskälet att aktiebolag vars aktier kan bli föremål för allmän handel bör ha en ordentlig kapitalbas måste emellertid vägas mot andra hänsyn. Ett skäl som talar för ett lägre aktiekapital uppges i propositionen vara att lagstiftningen bör underlätta kapitalanskaffningen för små och medelstora företag. Ett annat skäl som skulle tala för ett lägre aktiekapital är företagens möjligheter att konkurrera internationellt.[33]

I fråga om det förra skälet anförs att det inte är önskvärt att egenskapen av publikt aktiebolag – och den därmed följande rätten att vända sig till allmänheten för att sprida bolagets aktier – enbart förbehålls de allra största aktiebolagen med mycket högt aktiekapital. Även medelstora och något mindre aktiebolag bör kunna använda sig av nyemissioner till allmänheten som ett av flera instrument för att skaffa ytterligare riskkapital.[34]

[31] Se närmare SOU 1992:83 s. 127.
[32] Se prop. 1993/94:196 s. 79 och jfr 5:1 2 st. lag (1992:543) om börs- och clearingverksamhet.
[33] Se prop. 1993/94:196 s. 80.
[34] A.st.

Vad beträffar det senare skälet anförs att företagens möjligheter att anskaffa riskkapital på marknaden påverkar deras möjligheter att konkurrera med företag i andra länder. Det skulle därför vara väsentligt att det inte uppställs strängare kapitalkrav för svenska aktiebolag än vad som gäller för deras utländska motsvarigheter.[35]

Avslutningsvis erinras det i propositionen om att den hittills gällande ordningen, där också mindre aktiebolag har haft möjlighet att vända sig till allmänheten för kapitalanskaffning, inte synes ha föranlett några allvarliga olägenheter. Mot denna bakgrund var det inte motiverat att ställa ett så högt krav på aktiekapitalets storlek som Aktiebolagskommittén hade gjort. I stället skulle det lägsta tillåtna aktiekapitalet för publika aktiebolag sättas till 500000 kr (1:3 1 st. ABL). En annan sak var att det även i fortsättningen kunde vara motiverat att uppställa särskilda krav på bl.a. aktiekapital i de bestämmelser som reglerar handel på börs och auktoriserade marknadsplatser som förutsättning för sådan handel.[36]

Det förtjänar poängteras att aktiekapitalets traditionella funktion av "garanti" för bolagsborgenärerna inte förefaller ha haft någon större betydelse – om ens någon – vid fastställandet av minimistorleken på aktiekapitalet i publika aktiebolag.[37]

Däremot synes detta ha varit fallet i fråga om minimiaktiekapitalet i privata aktiebolag. Föredraganden framhåller att delägarna i ett aktiebolag i princip inte är personligt betalningsansvariga för bolagets skulder. Bolagets fordringsägare måste därför – om de inte har skaffat särskild säkerhet i form av borgen eller pant – hålla sig till bolagets förmögenhet för att få ut sina fordringar. Syftet med bestämmelserna om aktiekapitalet är att skydda borgenärerna, att garantera att det verkligen skapas en bolagsförmögenhet och att denna behålls inom bolaget.[38]

Med hänsyn bl.a. härtill skulle en höjning av gränsen för lägsta tillåtna aktiekapital innebära en förstärkning av skyddet för bolagsborgenärerna. Detta uppges i sin tur komma bolagen själv till del, eftersom det under sådana förhållanden skulle bli lättare för dessa att erhålla för rörelsen nödvändig kredit. En väsentlig höjning av aktiekapitalet påstås även kunna bidra till att motverka det missbruk av aktiebolagsformen för olika slag av ekonomisk brottslighet som ibland har förekommit.[39]

I dagens penningvärde motsvarar det krav på aktiekapital som lades

[35] A.st.

[36] A.st.

[37] Jfr SOU 1992:83 s. 125ff och i synnerhet prop. 1993/94:196 s. 78ff men annorlunda i det s.k. preamble till det andra bolagsdirektivet.

[38] Prop. 1993/94:196 s. 81f.

[39] Prop. 1993/94:196 s. 82.

fast år 1973 mer än 200000 kr. Följaktligen borde kravet på ett lägsta aktiekapital sättas till mer än 200000 kr.[40]

Gentemot en sådan höjning av aktiekapitalet anförs dock flera skäl i propositionen. Ett skäl är att aktiekapitalets storlek inte ensamt är avgörande för borgenärsskyddet utan i själva verket påstås ett aktiekapital på 100000–200000 kr ge ett otillräckligt skydd när bolaget råkar i ekonomiskt trångmål. Sålunda fordrar (vissa) borgenärer regelmässigt att en företagare som driver verksamhet i ett mindre bolag lämnar personlig säkerhet. En höjning av aktiekapitalet innebär i sådana fall inte alltid någon verklig förstärkning av borgenärernas skydd.[41]

Det andra skälet är att en höjning av aktiekapitalet inte heller i någon avgörande utsträckning skulle motverka det missbruk av aktiebolagsformen som ibland förekommer. Härvidlag skulle det vara av större betydelse hur aktiekapitalet skyddas.[42]

Ett tredje skäl är att en kraftig höjning av aktiekapitalet skulle kunna innebära betydande svårigheter för de mindre aktiebolagen att införskaffa ytterligare kapital. För övrigt skulle ett dylikt krav försvåra etablering av nya företag. Mot bakgrund av det dåvarande ekonomiska läget så skulle detta ha varit särskilt olyckligt.[43]

Sammantaget ansåg föredraganden att anförda skäl talade för att de privata aktiebolagen skulle ha ett aktiekapital om minst 100000 kr.

> De i propositionen anförda skälen för minimiaktiekapital i privata respektive publika aktiebolag framstår som något inkonsekventa. Vad angår publika aktiebolag synes, som framgått, borgenärsskyddet inte ha haft någon som helst betydelse vid bestämmandet av minimistorleken på aktiekapitalet. Ändock är detta ett ändamålsskäl som åberopas i det andra bolagsdirektivet. Vad beträffar privata aktiebolag är borgenärsskyddet ett av huvudargumenten. Men om aktiekapitalet inte tros bereda bolagsborgenärerna något skydd i publika aktiebolag kan man fråga sig varför det skulle bereda bolagsborgenärerna något skydd i privata aktiebolag. Måhända är svaret på denna fråga – såsom det antyds i propositionen – att ett minimiaktiekapital på 100000 kr i princip inte bereder bolagsborgenärerna något substansiellt skydd när ett bolag hamnar i ekonomiskt trångmål. Se om detta spörsmål närmare avsnitt 4.3.3.3.

Traditionellt skiljer man i svensk bolagsrätt mellan behörighet, vilket är den rättsliga förmåga som tillkommer ställföreträdare att med bindande verkan för bolaget företräda detta, och befogenhet, vilket är den rätt som

[40] A.st.
[41] A.st.
[42] A.st.
[43] Prop. 1993/94:196 s. 83.

tillkommer ställföreträdare att i förhållande till bolaget utöva ställföreträdarskap. Innefattar en rättshandling som ställföreträdare företar för bolaget ett behörighetsöverskridande är rättshandlingen oförbindande för bolaget. Har däremot en ställföreträdare, som företagit en rättshandling för bolaget, överskridit sin befogenhet, är rättshandlingen i princip gällande mot bolaget, om den mot vilken rättshandlingen företogs varken insett eller bort inse att befogenheten överskreds (8:14 ABL före den 1 januari 1995).

Vad nu sagts har delvis ändrats genom implementeringen av art. 9 i det första bolagsdirektivet. Aktiebolagskommittén föreslog att om ställföreträdare som avses i 8:11 och 8:12 ABL (styrelsen, verkställande direktör och särskild firmatecknare) företagit rättshandling för bolaget, skulle rättshandlingen gälla mot bolaget såvida inte ställföreträdaren handlat i strid mot bestämmelserna i ABL om bolagsorganens kompetens. Med uttrycket "bolagsorganens kompetens" avsågs den behörighet som tillkommer bolagsorganen – alltså inte befogenheten. Enligt ABL har bolagsstämman exklusiv beslutanderätt i en rad viktiga frågor, t.ex. val av styrelseledamöter och revisorer, fastställande av balansräkning, åtgärder med anledning av bolagets vinst eller förlust såsom vinstutdelning, ändring av aktiekapitalets storlek och ändring av bolagsordningen.[44] Styrelsen saknar följaktligen kompetens att företräda bolaget i ärenden som med exklusiv bestämmanderätt tillkommer bolagsstämman att avgöra.[45] Vidtar styrelsen rättshandling för bolaget med överskridande av denna kompetens medför åtgärden inte några rättsverkningar mot medkontrahenten, oberoende av om denne var i god tro.[46] Vidare gäller – enligt Aktiebolagskommittén – att styrelsen liksom annan ställföreträdare inte kan fatta beslut om åtgärder som strider mot utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL. Sådana åtgärder binder inte bolaget såvida inte utbetalningsmottagaren i enlighet med 12:5 1 st. 2 meningen ABL mottagit olovlig utbetalning av utdelning i god tro.[47]

Aktiebolagskommitténs förslag innebar i sak att om en ställföreträdare företagit en rättshandling för ett bolag och rättshandlingen inneburit ett befogenhetsöverskridande, kunde befogenhetsöverskridandet göras gällande mot bolagets medkontrahent oavsett om denne var i ond tro beträffande detta förhållande.[48] I fråga om verkställande direktör skulle dock

[44] SOU 1992:83 162 och 223 samt jfr s. 137.

[45] SOU 1992:83 s. 162 och 224.

[46] SOU 1992:83 s. 224 och jfr s. 137 och s. 162.

[47] SOU 1992:83 s. 163.

[48] Något oklart beträffande vissa s.k. legala befogenhetsregler såsom 8:13 1 st. ABL. Jfr SOU 1992:83 s. 163.

fortfarande den principen tillämpas, att om verkställande direktör vid företagande av rättshandling för bolaget överskridit sin "behörighet" skulle rättshandlingen inte gälla mot bolaget, om bolaget visade att motparten insåg eller bort inse överskridandet.

Den av Aktiebolagskommittén föreslagna ändringen av 8:14 ABL accepterades blott delvis i propositionen.[49] Liksom i Aktiebolagskommitténs förslag, och som redan före den 1 januari 1995 var en allmän princip, är ett aktiebolag inte bundet av rättshandlingar som en ställföreträdare har vidtagit på bolagets vägnar men som ställföreträdaren enligt lag inte haft behörighet – kompetens – att företa (se ovan). Denna princip kommer till uttryck i 8:14 1 st. 1 meningen ABL (i ny lydelse) på sätt att om ställföreträdare som avses i 8:11 ABL har företagit en rättshandling för bolaget och därvid har handlat i strid med bestämmelserna i ABL om bolagsorganens behörighet, gäller rättshandlingen inte mot bolaget. Vidare är bolaget inte heller bundet av rättshandlingar i strid mot sådana förbudsregler som enligt gällande synsätt medför att bolaget inte blir bundet av rättshandlingen.[50] Överträdelser av klara förbudsregler i ABL skall enligt föredraganden[51] således betraktas som en form av *behörighetsöverskridande*.[52] Även rättshandlingar som står i strid med bestämmelser i BrB torde i vissa fall få räknas som en form av behörighetsöverskridande.[53]

I propositionen skiljer man mellan fem olika typsituationer, varav två är då bolagets ställföreträdare rättshandlar för bolaget i avsaknad av behörighet och tre då bolagets ställföreträdare rättshandlar för bolaget i strid med befogenheten. De två typsituationer som berör behörigheten har jag redan nämnt. Vad som återstår att behandla är sålunda de typsituationer som berör befogenheten.

Vad angår bolagets bundenhet vid rättshandlingar som företagits av bolagets ställföreträdare och som innefattar befogenhetsöverskridande avviker den i propositionen föreslagna, och nu gällande, 8:14 ABL från Aktiebolagskommitténs förslag (jfr ovan). En typsituation som berör befogenheten, och som nämns i propositionen, är när styrelsen eller verkställande direktören har handlat inom den i ABL givna behörigheten men har brutit mot särskilda i bolagsordningen eller av stämman respektive

[49] Av mycket stor betydelse för den ändrade utformningen av 8:14 ABL lär ha varit ett "privat remissyttrande" av Stefan Lindskog.
[50] Prop. 1993/94:196 s. 122, 125 och 168f.
[51] Detta kan ifrågasättas. Se avsnitt 5.4.6.8 nedan.
[52] Prop. 1993/94:196 s. 169.
[53] Prop. 1993/94:196 s. 169. Jfr dock not 51 ovan.

styrelsen meddelade inskränkande föreskrifter.[54] Problemställningen påminner härvidlag om den som aktualiseras när en särskild firmatecknare företar en rättshandling utan att ha bolagets uppdrag till detta. En annan typsituation, som nämns i propositionen, är när bolagets ställföreträdare företar rättshandlingar i strid mot enskilda bestämmelser i ABL – t.ex. jävsregeln i 8:10 och generalklausulen i 8:13 1 st. ABL. Den sista typsituationen som nämns i propositionen är då bolagets ställföreträdare vidtar en rättshandling för bolaget som strider mot bolagets syfte eller som inte täcks av det i bolagsordningen angivna verksamhetsföremålet.

De tre sistnämnda typsituationerna är från den 1 januari 1995 underkastade något olika huvudregler. Vad beträffar den andra typsituationen avseende befogenheten är rättsläget detsamma som före den 1 januari 1995. Överskridande av legal befogenhet skall bedömas jämlikt 8:14 2 st. 1 meningen ABL (i ny lydelse), varav följer att om en ställföreträdare har överskridit sin befogenhet, gäller rättshandlingen inte mot bolaget, om bolaget visar att motparten insåg eller bort inse befogenhetsöverskridandet.

I fråga om den första och tredje typsituationen avseende befogenheten innebär lagändringen att en annan princip är huvudregel (se art. 9, p. 1, 1 st. och p. 2 i det andra bolagsdirektivet). Ett aktiebolag blir sålunda bundet vid rättshandlingar som styrelsen eller den verkställande direktören företagit i strid med föreskrifter som har meddelats i bolagsordningen eller av överordnat bolagsorgan.[55] Ett bolag blir vidare bundet vid rättshandlingar som styrelsen eller verkställande direktören företar med överskridande av bolagsordningens bestämmelser om verksamhetsföremålet (8:14 2 st. 2 meningen ABL).[56] Denna huvudregel omfattar dock inte rättshandlingar företagna av särskilda firmatecknare eller rättshandlingar i strid mot bolagets syfte, vilka skall bedömas enligt 8:14 2 st. 1 meningen ABL (ovan).[57]

[54] Se prop. 1993/94:196 s. 125 men enbart inskränkande föreskrifter meddelade av överordnat bolagsorgan på s. 122.

[55] Se följande not.

[56] Dock inte utan undantag. Med hänvisning till "förarbetena" till det första bolagsdirektivet uppges i prop. 1993/94:196 på s. 124, att bolaget har rätt att åberopa ett befogenhetsöverskridande mot en utomstående som har handlat i vetskap om att bolagets ställföreträdare missbrukat sin ställning eller samverkat med honom i avsikt att skada bolaget (kollusion). Dock synes utgångspunkten i propositionen vara att 33 och 36 §§ AvtL i stället skall tillämpas (jfr s. 127). Varför så skulle vara fallet framgår emellertid inte. Enligt min mening bör "förarbetsuttalandet" till det första bolagsdirektivet följas (vilket inte minst är påkallat på grund av kravet på rättslikhet mellan medlemsstaterna). Jfr i sammanhanget även avsnitt 14.6.5 nedan.

[57] Jfr i sammahanget dock konkurrensen med 12:5 1 st. 2 meningen ABL och härom avsnitt 13.5 (längre finstilta partiet) nedan.

Avslutningsvis bör det nämnas att om en verkställande direktör vid företagande av en rättshandling har överskridit den behörighet som tillkommer honom enligt 8:12 ABL och bolaget visar att motparten insett eller bort inse behörighetsöverskridandet, gäller enligt 8:14 1 st. 2 meningen ABL rättshandlingen inte mot bolaget.

Det andra bolagsdirektivet innebär i sak intet nytt vad gäller reglerna om vinstutdelning i 12 kapitlet ABL.[58] På grund av art. 16 föreslog emellertid Aktiebolagskommittén en ändring av godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Om en utbetalning skett i form av vinstutdelning skulle mottagaren bli återbäringsskyldig först om bolaget visade att mottagaren kände till eller måste antagas ha känt till att utbetalningen stred mot ABL. Den av Aktiebolagskommittén föreslagna ändringen innebar ett i jämförelse med rättsläget före den 1 januari 1995 förbättrat godtrosskydd för aktieägare och ond tro synes i princip ha förutsatt uppsåt.[59] Aktiebolagskommitténs tolkning av art. 16 avvek från hur artikeln implementerats i bl.a. Tyskland och Danmark (se 62 § 1 st. 2 meningen AktG och 113 § 1 st. 2 meningen AL; uppsåtlig eller oaktsam ond tro respektive vad utbetalningsmottagaren "indså eller burde have indset").[60] Aktiebolagskommitténs förslag godtogs inte i propositionen. Enligt föredraganden var det sakligt motiverat att utforma godtrosregeln på ett sätt som ansluter till vad som allmänt gäller i svensk rätt angående ond och god tro, dvs. skyldigheten att betala tillbaka vinstmedlen bör vara beroende av om aktieägaren insett eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL.[61] Sålunda stadgar 12:5 1 st. 2 meningen ABL, att om utbetalningen har skett i form av vinstutdelning, är mottagaren återbäringsskyldig endast om bolaget visar att han insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL.

Aktiebolagen, Redovisningsskommittén och den föreslagna årsredovisningslagen jämte föreslagna ändringar i ABL – några viktiga punkter

Redovisningskommitténs förslag är mycket omfattande. En central nyhet i förslaget är att 11 kapitlet ABL föreslås bli ersatt av en redovisningslag, den s.k. årsredovisningslagen. Vidare föreslås en ny koncerndefinition och en definition av s.k. intresseföretag. Ytterligare en nyhet är begreppet "rättsvisande bild", som följer av att direktiven uppställer som ett övergripande krav på redovisningens utformning att den skall ge en rätts-

[58] Se närmare avsnitt 3.5.1.3, 6.2, 11.2 och 13.2.4 nedan.
[59] Se SOU 1992:83 s. 166 med hänvisning till 33 § avtalslagen.
[60] Påtalat i ett "privat" remissyttrande av mig. Se närmare avsnitt 11.2 nedan.
[61] Prop. 1993/94:196 s. 129.

visande bild av företagets ställning och resultat (se t.ex. art. 2 p. 3 i det fjärde bolagsdirektivet). Det kan nämnas att detta krav är överordnat direktivens övriga bestämmelser såtillvida att ett företag är skyldigt att avvika från en bestämmelse om dess tillämpning skulle medföra att redovisningen inte ger en rättsvisande bild av företagets ställning och resultat (se t.ex. art. 2 p. 5 i nämnda direktiv).

Av betydelse för vinstutdelningsreglerna i 12 kapitlet ABL är förslaget att bundet eget kapital skall innehålla två ytterligare fonder, närmare bestämt överkursfond och kapitalandelsfond. Till överkursfonden skall avsättas belopp som vid aktieteckning erhållits för aktier utöver det nominella beloppet (2:12a och 4:13a ABL i förslaget och se art. 9 i det fjärde bolagsdirektivet).[62] Enligt gällande rätt skall sådant belopp ingå i reservfonden (se 12:4 1 st. p. 2 ABL). Kapitalandelsfonden är en fond vartill ett belopp skall avsättas som motsvarar det belopp varmed aktier eller andelar har skrivits upp i företag som redovisar aktier eller andelar enligt kapitalandelsmetoden (se närmare 2:28 6 st. förslaget till årsredovisningslag och art. 59 p. 6 [b] i det fjärde bolagsdirektivet).

Aktiebolags egna kapital skall enligt förslaget, och på samma sätt som är fallet i gällande rätt, delas upp i bundet eget kapital och fritt eget kapital. Under bundet eget kapital skall tas upp aktiekapital, överkursfond, uppskrivningsfond reservfond och kapitalandelsfond. Under fritt eget kapital skall tas upp fria fonder, var för sig, balanserad vinst samt vinst eller förlust för räkenskapsåret. Se 2:45 1 st. i förslaget till årsredovisningslag.

En konsekvens av nämnda ändring är att 12:1 1 st. ABL föreslås få en ändrad lydelse. Utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL skulle därmed stadga att utbetalning till aktieägarna av bolagets medel får ske endast enligt bestämmelserna i ABL om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden eller *överkursfonden* och utskiftning vid bolagets likvidation. De bestämmelser som i dag gäller beträffande nedsättning av reservfonden föreslås även gälla för överkursfonden. Se nuvarande 12:4 3 st. ABL och 12:4 3 st. ABL i förslaget. Överkursfonden påverkar bestämmelserna om reservfondsavsättning såtillvida att enligt den föreslagna lydelse av 12:4 1 st. p. 1 ABL skall till reservfonden avsättas ett belopp som motsvarar minst tio procent av den del av nettovinsten för året som ej går åt för att täcka balanserad förlust, om *reservfonden och överkursfonden* ej uppgår till tjugo procent av aktiekapitalet. Överkursfonden skall även beaktas vid tillämpningen av den s.k. utsvältningsregeln i 12:3 2 st. ABL, dvs. vid beräkningen av det lägsta belopp som bolagsstämman skall besluta om utdelning av.

[62] Se SOU 1994:17 Del I s. 194.

Den s.k. kapitalandelsfonden skall aldrig kunna bli föremål för nedsättning såsom är fallet beträffande reservfonden. Detta kan sägas följa av att kapitalandelsfonden – åtminstone i princip – har samma syfte som uppskrivningsfonden (jfr 2:28 6 st. förslaget till årsredovisningslag).

> Redovisningskommittén framhåller dock att frågan om vilka ändamål denna fond bör kunna disponeras för skall behandlas senare liksom frågorna rörande utdelningsbara medel i aktiebolag och uppdelningen av eget kapital på fritt och bundet eget kapital.[63]

En annan nyhet av intresse för vinstutdelningsreglerna är att Redovisningskommittén föreslår att vissa moderföretag undantas från skyldigheten att upprätta koncernredovisning (se närmare 3:4 förslaget till årsredovisningslag; jfr ock 3:5). Detta undantag kommer att få stor betydelse vid tillämpningen av begränsningsregeln i 12:2 ABL. Koncernredovisningens främsta uppgift är enligt gällande rätt att ligga till grund för beräkningen av utdelningsbara medel i koncerner och därigenom förhindra utbetalning av vinstutdelning med mer än vad som motsvarar fritt eget kapital. Konsekvensen av att ett moderbolag i en underkoncern undantas från skyldigheten att upprätta koncernredovisning är att utdelningsbara medel i bolaget inte längre kan bestämmas med utgångspunkt i en för denna koncern upprättad redovisning utan att detta måste ske på något annat sätt.[64]

Redovisningskommittén hänvisar till att detta problem i Danmark har lösts på så sätt att vinstutdelning inte får ske med större belopp än vad som är försvarligt med hänsyn till bolagets och, i moderbolag, koncernens ekonomiska ställning;[65] se 110 § 2 st. loven om aktieselskaber respektive 80 § 2 st. loven om anpartsselskaber och om denna försiktighetsregel i avsnitt 3.5.3.2–3.5.3.3 nedan.

> Jfr i sammanhanget försiktighetsregeln i 74 § 1 st. 1944 års lag, vilken enbart var tillämplig på moderbolag i koncerner, och om denna avsnitt 5.4.4.2 nedan.

Därefter anför kommittén att vinstutdelningsreglerna inte behöver ändras enbart på grund av det förhållandet att vissa moderbolag inte kommer att upprätta koncernredovisning. Om sådan redovisning har upprättats skall uppgifterna i denna naturligtvis läggas till grund för bedömningen av om det finns utdelningsbara medel i koncernen enligt 12:2 1 st. ABL. Skulle sådan redovisning emellertid inte ha upprättats får utdelningskapaciteten

[63] SOU 1994:17 Del I s. 184.
[64] SOU 1994:17 Del I s. 257.
[65] SOU 1994:17 Del I s. 257f.

i stället bestämmas med ledning av försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Enligt Redovisningskommittén måste utgångspunkten därvid vara att vinstutdelning aldrig får överstiga vad som skulle ha redovisats som utdelningsbara medel om moderbolaget hade upprättat koncernredovisning (!).[66]

> Redovisningskommitténs resonemang är enligt mitt förmenande inte helt lätt att förstå och inte heller särskilt övertygande. Till en början kan det noteras, att 12:2 1 st. och försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL utgör två *olika* begränsningsregler. Vidare framstår det av Redovisningskommittén sist anförda som kontradiktoriskt. Det framstår i varje fall för mig som märkligt att man, å ena sidan, vid tillämpningen av 12:2 1 st. ABL skall göra avkall på kravet på koncernredovisning och, å andra sidan, vid tillämpningen av 12:2 2 st. 1 meningen ABL skall låtsas som om moderbolaget ändå har upprättat koncernredovisning (om nu inte Redovisningskommittén menar att sådan ändå skall upprättas).[67] För övrigt kan det ifrågasättas, om inte 12:2 1 st. ABL kräver att moderbolag upprättar koncernredovisning och att Redovisningskommitténs förslag därför förutsätter en lagändring också i detta hänseende.[68] Härför talar inte minst det förhållandet, att 12:2 ABL är en tvingande bestämmelse uppställd till skydd för tredje man såsom bolagets borgenärer.

[66] SOU 1994:17 Del I s. 258.

[67] Jfr dock SOU 1941:9 s. 287f, SWN s. 182f och SOU 1971:15 s. 311f avseende 74 § 1 st. 1944 års lag.

[68] En helt annan sak är att 11:11 3 st. ABL enligt gällande rätt medger avsteg från skyldigheten att upprätta koncernredovisning i visst hänseende om detta, med hänsyn till koncernens sammansättning eller andra särskilda skäl, är förenat med synnerliga svårigheter.

KAPITEL 3

Översikt över vissa utländska rättssystems aktiebolagsrätt, särskilt i vad avser regleringen av vinstutdelning, och en preliminär utvärdering av materialet under beaktande av rättsläget i Sverige

3.1 Inledning

I svensk rättsvetenskap har det i alla tider varit brukligt att beskriva och använda sig av utländsk rätt i juridiska monografier. Förklaringarna härtill är flera och har skiftat under olika tider.[1] I äldre tider torde större kontinentala länder såsom Frankrike och Tyskland med sin högt utvecklade rättsvetenskap ha framstått som ideal. Rättsvetenskapen i Sverige bedrevs av en liten skara individer, som sökte åstadkomma det bästa möjliga med de resurser som fanns att tillgå.[2] Möjligheterna var dock begränsade och att söka vägledning i utländsk rätt framstod förmodligen ofta som det enda alternativet. Utländsk rättsvetenskap åtnjöt också, som den i Tyskland under senare hälften av 1800-talet, ett mycket gott anseende och stod på en vetenskapligt sett mycket hög nivå.

I vår tid utövar utländsk rätt fortfarande ett betydande inflytande på svensk rätt. Monografier som innefattar en undersökning av ett visst institut brukar innehålla längre eller kortare avsnitt rörande utländsk rätt. Materialet ges ibland i enbart informativt syfte. Lika ofta utnyttjas det emellertid som argument i tolkningsfrågor och, vilket kanske är mer

[1] Jfr t.ex. Jan-Olof Sundell, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914.

[2] Se t.ex. personbeskrivningarna i Svensk juridisk litteraturhistoria av Jan Eric Almquist, Stockholm 1946.

betydelsefullt, som underlag för resonemang de lege ferenda i principiella frågor. Det är t.ex. brukligt att aktiebolagsrättsliga undersökningar innehåller en presentation av rättsläget i Tyskland.

Man kan under de närmast kommande åren förvänta sig att de kontinentala rättssystemen genom den gemenskapsrättsliga lagstiftningen i högre grad än tidigare kommer att påverka svensk rättsutveckling. I och med ingåendet av EES-avtalet har Sverige bl.a. förbundit sig att i den svenska rättsordningen implementera direktiven på bolagsrättens område. EU-medlemsskapet förstärker detta ytterligare.

3.2 Utländsk rätt och föremålet för undersökningen

Ett flertal faktorer har lett mig till slutsatsen att utländsk rätt måste komma till användning i undersökningen. En omständighet av central betydelse är naturligtvis det pågående arbetet med att implementera EG:s bolagsdirektiv i svensk rätt. En undersökning som enbart grundade sig på de svenska rättskällorna skulle med hänsyn till EES-avtalet och numera EU-medlemsskapet framstå som delvis rättshistorisk.

En annan omständighet som övertygat mig om behovet av att utnyttja utländskt material är konstruktionen med ett aktiekapital om viss minsta storlek och den vid utbetalning av vinstutdelning allmänt tillämpliga principen om skyddet för aktiekapitalet och andra bundna poster i bolagets balansräkning. Både konstruktionen och principen känns igen i flertalet kontinentaleuropeiska stater liksom EG:s regler rörande (publika) aktiebolag och kan historiskt härledas till de första aktiebolagslagarna på kontinenten. Kapitalkonstruktionen är dock inte någon självklar del av ett aktiebolagsrättsligt regelsystem i den meningen att avsaknad av personligt betalningsansvar för delägarna för bolagets skulder förutsätter att bolaget disponerar över ett aktiekapital uppgående till ett visst minsta belopp. Detta framgår tydligt av rättsutvecklingen i USA där synen på kapitalkonstruktionen och dess betydelse svängt under de senaste tjugo åren och man numera med skepsis ser på påståenden om att aktiekapitalet och andra bundna poster bereder skydd för tredje man såsom bolagets borgenärer. I den s.k. modellakten bygger t.ex. vinstutdelningsreglerna på en insolvens- och insufficiensbedömning. Rättspolitiskt kan man tala om två utvecklingstendenser, varav den europeiska kan betecknas som traditionell och den amerikanska som nydanande. För en ändamålsavvägning och resonemang de lege ferenda är rättsutvecklingen i USA av stort principiellt intresse: Bygger svensk och europeisk rätt på en falsk eller åtminstone överdriven föreställning om att aktiekapitalet och andra bundna poster bereder skydd för tredje man?

Vad gäller de i 12 kap. ABL intagna bestämmelserna om vinstutdelning saknas naturligtvis inte utländska förebilder. Särskilt i tysk rätt återfinns ett flertal lagrum av intresse, vilka är utförligt behandlade i tysk doktrin. Tysk rätt har också historiskt påverkat den svenska rättsutvecklingen. Vid sidan av tysk rätt förtjänar Danmark och Norge uppmärksamhet, eftersom ABL var resultatet av ett nordiskt lagstiftningssamarbete. Motsvarande regler i Storbritannien och USA är komparativt sett av betydande intresse. Därtill må framhållas att en undersökning av den bolagsrättsliga lagstiftningen i Danmark, Storbritannien och Tyskland illustrerar hur bestämmelserna avseende vinstutdelning i det andra bolagsdirektivet har blivit implementerade.

3.3 Kapitlets funktion och uppläggning

Föreliggande kapitel fyller i princip två syften i undersökningen. För det första syftar kapitlet till att ge en allmän och kortfattad bild av de rättsregler som gäller för privata och publika aktiebolag – i synnerhet beträffande vinstutdelning – enligt EG:s bolagsdirektiv, i några enskilda europeiska stater och i USA. I princip syftar sålunda kapitlet till att ge en inledning till undersökningens senare deskriptiva delar och att placera där behandlade frågor i utländsk rätt i sitt rätta sammanhang (jfr nedan).

> Jag antar i det följande att de två bolagskategorierna privata och publika aktiebolag korresponderar mot bolagsformerna andelsbolag (bolag med begränsat ansvar) och aktiebolag. Följaktligen begagnar jag termerna privata och publika aktiebolag i samband med presentationen av EG:s bolagsdirektiv.

För det andra fyller föreliggande kapitel tillsammans med det närmast föregående en annan och mer självständig funktion. Med användning av amerikansk terminologi avser jag att i avsnitt 3.6 presentera *tre olika modeller* varigenom en lagstiftare kan välja att i främst fordringsägarnas intresse begränsa det utdelningsbara beloppets storlek. Därefter klassificerar jag de i undersökningen ingående rättsordningarnas lösningar efter respektive modell och hur dessa sinsemellan förhåller sig till varandra. Resultatet av denna undersökning utnyttjar jag i viss mån i kapitel 4 för att pröva om aktiekapitalet och andra bundna poster verkligen bereder bolagets borgenärer ett meningsfullt skydd.

Jag har valt att presentera länderöversikten efter den i föregående avsnitt nämnda distinktionen mellan rättsutvecklingen i Europa och i USA. Jag inleder med att presentera EG:s bolagsrätt, särskilt det andra bolagsdirektivet, varefter följer rättsläget i Tyskland, Danmark och Stor-

britannien (3.4.1–3.4.4). Jag avslutar den europeiska delen med Norge (avsnitt 3.4.5). Rättsläget i USA behandlas sist (avsnitt 3.4.6).

En förutsättning för att en läsare skall kunna förstå varför man i en främmande rättsordning har löst ett rättsligt problem på ett vis som avviker från den svenska lösningen är att han kan placera in denna främmande lösning i ett systematiskt och funktionellt sammanhang. Läsaren måste känna till något om den "juridiska karta" som omger ifrågavarande rättsregel eller rättsregler. I syfte att underlätta förståelsen av det utländska materialet har jag därför, som nämnts, valt att ge en mycket kortfattad allmän beskrivning av den rättsliga regleringen av aktiebolag och, i förekommande fall, andelsbolag i Tyskland, Danmark, Storbritannien, Norge och USA.

3.4 Valet av utländska rättsordningar för undersökningens syfte

3.4.1 EG-rätt och EES-rätt

EG-rätten har redan avsevärt påverkat rättsutvecklingen i Sverige. EES-avtalet innebar att EG:s rättsakter på bolagsrättens område skulle implementeras i svensk rätt. Redan av denna orsak är det enligt min uppfattning angeläget att beskriva innehållet i de bestämmelser i bolagsdirektiven som är av intresse för undersökningen. Det är dock i detta liksom i så många andra fall förenat med svårigheter att övergå från ord till handling. I det andra bolagsdirektivet återfinns två artiklar av stor betydelse för undersökningen. Båda artiklarna är i och för sig lätta att förstå. Dessvärre är det ändå svårt att närmare precisera deras innebörd. En förklaring till varför så är fallet är att källmaterialet på området – delvis till följd av mina begränsade språkkunskaper – är tämligen begränsat. En annan förklaring är att de allmänna civilrättsliga principerna inom EG-rätten synes vara outvecklade.[3] En tredje förklaring är att det saknas en bestämd *rättstillämpningsmetod.*

Bristen på källmaterial är inte något oöverstigligt hinder för tolkning. Och att de allmänna civilrättsliga principerna inom EG-rätten synes vara outvecklade medför att allmänna civilrättsliga principer inom medlemsstaterna i stället bör tillmätas betydelse. Därmed återstår frågan efter vilken metod ett direktiv skall tolkas. Ett alternativ är att tolka artiklarna i

[3] Jfr t.ex. Europagemenskap och rättsvetenskap s. 62ff.

direktivet efter ordalydelsen, närmast en bokstavstrogen tolkning.[4] Ett annat alternativ är att komparativt undersöka lagstiftningen i medlemsstaterna.[5] Med den senare metoden får man en uppfattning om vilken lagteknisk lösning direktivets regler på nationell nivå har resulterat i. Skulle ett större antal medlemsstater tillämpa samma lösning finns det goda skäl för att anta att direktivets regler bör tolkas på samma vis.

I syfte att förverkliga Romfördragets (RF) "övergripande" ändamål innehåller t.ex. det andra bolagsdirektivet en hänvisning till "underliggande" ändamål som att skydda aktieägarna och bolagsborgenärerna. Det är följaktligen naturligt att tolka enskilda artiklar i detta direktiv mot bakgrund av direktivets syften och RF:s övergripande mål.

Jag använder mig i undersökningen av en teleologisk rättstillämpningsmetod för att fastställa innehållet i gällande rätt och för att föra de lege ferenda resonemang. Det går, såvitt jag kan förstå, utmärkt att använda sig av samma metod vid tolkningen av den gemenskapsrättsliga lagstiftningen. Inte minst EG-domstolen tillämpar i sin dömande verksamhet en teleologisk metod med avseende på både primära rättskällor såsom RF och sekundära rättskällor.[6]

En teleologisk tolkningsmetod innebär i och för sig inte att man kan eller ens bör underlåta att undersöka hur medlemsstaterna har implementerat bolagsdirektiven i nationell rätt. En komparativ metod fyller således vid sidan av den teleologiska en viktig funktion i det avseendet att resultatet visar vilken slags lagteknisk lösning direktivet söker förverkliga och hur direktivet har tolkats av medlemsstaterna. I undersökningen begagnar jag mig av den komparativa metoden såtillvida att jag presenterar hur tre medlemsstater – Tyskland, Danmark och Storbritannien – har implementerat det andra bolagsdirektivets regler rörande vinstutdelning.

Min användning av den komparativa metoden kan möjligen kritiseras för att den bygger på ett otillräckligt källmaterial (tre medlemsstater före den 1 januari 1995). I syfte att fastställa hur det andra bolagsdirektivet har implementerats och hur detta bör tolkas måste man undersöka rättsläget i samtliga medlemsstater eller åtminstone ett stort antal av dessa.

För egen del anser jag att en sådan invändning är obefogad. Enligt min uppfattning består den komparativa metodens fördelar i att metoden *illustrerar* hur bestämmelserna i direktivet kan och möjligen skall tolkas. Enligt min uppfattning måste tolkningsfrågan dock avgöras under beaktande av teleologiska synpunkter. Den komparativa metoden är för övrigt inte någon garanti för att tolkningsresultatet är riktigt. I själva verket, och

[4] Jfr t.ex. Europagemenskap och rättsvetenskap s. 60.
[5] Jfr t.ex. Europagemenskap och rättsvetenskap s. 63f.
[6] Jfr t.ex. Europagemenskap och rättsvetenskap s. 65ff.

hypotetiskt sett, kan samtliga medlemsstater ha implementerat en direktivsbestämmelse felaktigt.

3.4.2 Enskilda stater

EG-rättens inflytande på den bolagsrättsliga utvecklingen i Europa är, trots sin omfattning, inte heltäckande. Många bolagsrättsliga frågor saknar gemenskapsrättsliga regler och där sådana finns, som t.ex. beträffande vinstutdelning, lämnar de utrymme för olika lösningar. Enskilda rättssystem innehåller en enhetlig reglering och i vissa fall, som fallet är i tysk rätt, finns en omfattande doktrin kring alla upptänkliga problem. Jag avser att i följande underavsnitt kort redogöra för varför jag har valt att undersöka de stater som ingår i avhandlingen.

Vad särskilt angår Storbritannien bör det redan här framhållas att studien inskränker sig till engelsk rätt. Rättsläget i Skottland synes dock i de frågor som berörs i undersökningen vara detsamma som i England.

3.4.2.1 Tyskland

Tysk bolagsrätt framstod tidigt som ett naturligt val för undersökningens utländska partier. Såväl i svensk aktiebolagsrätt som i annan civilrätt är det brukligt att använda sig av tysk lagstiftning och doktrin för att finna lösningar på svenska rättsfrågor. Mitt eget val är en följd av att den lagstiftning som gäller för aktiebolag utförligt reglerar vinstutdelning och andra typer av utbetalningar. Detsamma kan inte sägas vara fallet beträffande den lagstiftning som gäller för "bolag med begränsat ansvar"; i det följande betecknar jag generellt den senare bolagsformen som "andelsbolag". Av just denna orsak är emellertid lagstiftningen rörande andelsbolag intressant i principiellt hänseende. Därtill kommer att ett flertal problem vid tolkningen av 12 kapitlet ABL såsom utbetalningsbegreppets tillämpningsområde och återbäringsskyldighetens innehåll aktualiseras i tysk rätt och finns utförligt behandlad i litteraturen.

Enligt min mening är det till gagn för undersökningen att *mot bakgrund av*, och *med hjälp av*, tysk rätt analysera rättsläget i Sverige. Jag har således valt att använda det tyska materialet på så sätt att det tyska angreppssättet och stundom lösningarna på problemen *influerat analysen* av gällande svensk rätt. Detta är fallet beträffande avsnitt 8.7–8.8 rörande förtäckta utbetalningar och avsnitt 12.5.2–12.5.3 avseende återbäringsskyldighetens innebörd samt i någon mån avsnitt 13.4 beträffande frågan om det krävs ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning.

Av det sagda följer att tysk bolagsrätt allmänt sett, och enligt min

mening, inte är direkt vägledande för svensk rätt. Jag använder mig inte heller av det tyska materialet på detta vis.

3.4.2.2 England

Valet av engelsk rätt kan i jämförelse med tysk rätt framstå som mindre naturligt. En svensk betraktare ställs inför ett främmande rättssystem uppbyggt på common law. Lagstiftningstekniken är tämligen kasuistisk; ett tydligt exempel är Companies Act 1985. Enligt min mening är engelsk bolagsrätt dock principiellt intressant just därför att rättsreglerna så pass markant avviker från de svenska. England kan enligt min mening till och med ses som något av ett modelland för komparativa juridiska studier på grund av att rättsordningen är kontinentaleuropeiskt "främmande". På bolagsrättens område förstärks det komparativa värdet av att vissa för engelsk rätt främmande principer har införts genom EG:s bolagsdirektiv.

Trots detta har det engelska materialet inte i någon större utsträckning kommit till faktisk användning i undersökningen. Nämnas bör dock att min syn på art. 16 i det andra bolagsdirektivet och den i 12:5 1 st. 1 meningen ABL stadgade återbäringsskyldigheten påverkats av engelsk rätt; se avsnitt 11.2 respektive 12.5.2–12.5.3.

3.4.2.3 Danmark

Dansk bolagsrätt är av intresse för en undersökning av svensk rätt redan av det skälet att det är ett nordiskt land och att ABL var resultatet av ett nordiskt lagstiftningssamarbete. Ett annat skäl är att Danmark har implementerat EG:s bolagsdirektiv.

Dansk rätt begagnas i tämligen måttlig utsträckning i undersökningen. Nämnas bör dock avsnitt 11.2 avseende tolkningen av art. 16 i det andra bolagsdirektivet.

3.4.2.4 Norge

Skälen för att beakta norsk rätt i undersökningen är delvis samma som i fråga om dansk rätt. Norsk bolagsrätt har utvecklats i en nordisk rättsgemenskap. Därtill kommer att det finns exempel på några annorlunda och väl genomtänkta regler[7] som saknas i ABL. Det norska materialet har på samma sätt som det tyska influerat analysen av gällande svensk rätt i avsnitt 8.7–8.8 avseende förtäckta utbetalningar.

[7] I vissa fall *förslag* till regler.

3.4.2.5 USA

Det kan i en studie av gällande svensk rätt rörande vinstutdelning framstå som exotiskt att studera rättssystemet i USA. Reglerna bygger på samma vis som i engelsk rätt på andra traditioner och avvikande principer. Bolagsrätten i USA avviker till och med mer än den engelska från den "kontinentaleuropeiska". Bestämmelserna rörande vinstutdelning baserar sig enligt modellakten inte i första hand på ett bundet eget kapital utan på en insolvens- och insufficiensbedömning. Varför har jag då valt att undersöka rättsläget i USA?

Ett grundläggande motiv för att ta med USA i undersökningen är att modellakten och delstaternas lagstiftning åtminstone i princip syftar till att förverkliga samma ändamål som ABL. Och det är just den annorlunda utformningen av de materiella reglerna som manar till eftertanke för en svensk betraktare. Kanske är det så att europeisk bolagsrätt, och då inte minst ABL, löser problemen på fel sätt? Använder vi med andra ord fel verktyg för att tillgodose lagstiftningens ändamål?

I undersökningen tjänar bolagsrätten i USA främst ett *jämförande syfte* för den principiella utformningen av vinstutdelningsreglerna vad avser beloppsbegränsningen och det därigenom åsyftade skyddet för tredje man såsom bolagets borgenärer. Min avsikt har varit att försöka utröna om modellakten och delstaternas lagstiftning avseende vinstutdelning möjligen kan tjäna till förebild för rättsvecklingen i Sverige och övriga Europa. Något definitivt svar på denna fråga är tyvärr inte möjligt att ge. Ändock tyder den analys som inom ramen för framställning har varit möjlig att göra på att den europeiska rättsutvecklingen är ålderdomlig gränsande till passé. Se härom avsnitt 3.5.6.3.2 och främst avsnitt 4.3.3.3.

3.5 Kortfattad översikt rörande de i undersökningen medtagna rättsordningarnas aktiebolagsrätt, särskilt avseende vinstutdelning

3.5.1 EG och bolagsrätten

3.5.1.1 Inledning

Förklaringen till EG:s harmoniseringssträvanden på det bolagsrättsliga området står att finna i RF:s övergripande målsättningar. EG syftar till att åstadkomma en gemensam marknad med fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. Artikel 52ff RF innehåller regler om den s.k. etableringsrätten. Etableringsrätten eller, för att använda en mer adekvat term,

etableringsfriheten innefattar rätt att uppta och utöva förvärvsverksamhet som egen företagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare (art. 52 2 st. RF). Harmoniseringsarbetet på bolagsrättens område har under de gångna åren skett i syfte att säkerställa etableringsfriheten för bolag.[8] EG:s lagstiftande kompetens på bolagsrättens område grundar sig på art. 54 i RF:[9]

> "3. Rådet och kommissionen skall fullgöra de uppgifter som tillkommer dem enligt ovanstående bestämmelser, särskilt genom att /.../
>
> (g) i den utsträckning det krävs och i syfte att skapa likvärdiga regler samordna de garantier som krävs i medlemsstaterna av bolag såsom de definieras i art. 58 andra stycket till skydd för såväl delägares som tredje mans intressen, /.../"[10]

Samtliga nu gällande bolagsdirektiv har antagits med stöd av artikel 54 (3) (g) RF.[11]

Sedan det första bolagsdirektivet antogs 1968 har det tillkommit ytterligare tio direktiv (varav två är tillägg) och rådet har dessutom antagit en förordning om europeiska ekonomiska intressegrupperingar (EEIG). Harmoniseringsarbetet har även resulterat i flera förslag till ytterligare rättsakter på bolagsrättens område. Jag ger i det följande en kortfattad beskrivning av direktiven med undantag för det andra bolagsdirektivet, som jag presenterar utförligare i följande avsnitt.[12]

Det första bolagsdirektivet[13] antogs den 9 mars 1968. Direktivet innehåller för privata och publika aktiebolag bestämmelser i tre övergripande frågor:

[8] European Company and Financial Law s. 49 och se inledningen till respektive direktiv.

[9] Rådet har med enhetsakten (Single European Act 1986) tillerkännts en vidsträckt lagstiftande makt i art. 100a p. 1 RF. Art. 100a har senare ändrats genom Maastrichtfördraget. Bestämmelsen förväntas ligga till grund för det fortsatta harmoniseringsarbetet.

[10] För egen del anser jag att syftet med harmoniseringsarbetet bättre kommer till uttyck i den engelska översättningen: "/.../ by coordinating to the necessary extent the safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies or firms within the meaning of the second paragraph of Art. 58 with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community."

[11] Beträffande den för några år sedan antagna förordningen om europeisk ekonomisk intressegruppering (EEIG) utyttjade rådet den generella befogenhetsregeln i art. 235 RF.

[12] Se närmare SOU 1992:83 om det första, andra, tredje och tolfte bolagsdirektivet; SOU 1993:69 beträffande det åttonde direktivet och SOU 1994:17 i fråga om det fjärde, sjunde och elfte direktivet. (Det sjätte direktivet äger endast tillämpning i stater där den civilrättsliga lagstiftningen upptar bestämmelser om uppdelning av företag och detta är inte – åtminstone inte explicit – fallet i Sverige.) Jfr prop. 1993/94:196 beträffande implementeringen av de fyra förstnämnda direktiven.

[13] 68/151, O.J. L 65, 14.3.1968, 8–12.

(1) dels beträffande offentliggörande av information rörande bl.a. bolagsordningen och personer ingående i bolagsorganen,
(2) dels avseende giltigheten av avtal ingångna av bolaget,
(3) dels ock under vilka förutsättningar ett bolag är ogiltigt.[14]

Tredje bolagsdirektivet[15] reglerar fusioner i publika aktiebolag[16] medan det sjätte direktivet[17] täcker delning av samma bolagstyp. Fjärde,[18] sjunde[19] och åttonde[20] direktiven rör redovisningsfrågor och revisionsansvariga. Det fjärde direktivet ger närmare bestämmelser om innehållet i årsbokslutet och förvaltningsberättelsen samt om revision och därtill offentliggörande av sådan information.

Det elfte direktivet[21] innehåller regler om krav på offentlighet i filialer som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan stat. En rad särregler för andelsbolag med en ägare – alltså enmansbolag med begränsat ansvar – stadgas i det tolfte direktivet.[22]

Förslag till ytterligare direktiv har, som nämnts, framlagts av kommissionen.[23] Av dessa får förslaget till ett femte bolagsdirektiv betraktas som

[14] Se närmare SOU 1992:83 s. 199ff och jfr beträffande implementeringen prop. 1993/94:196.
[15] 78/855, O.J. L 295, 20.10.1978, 36–43.
[16] Se SOU 1992:83 s. 313ff och jfr beträffande implementeringen prop. 1993/94:196.
[17] 82/891, O.J. L 378, 31.12.1982, 47–54.
[18] 78/660, O.J. L 222, 14.8.1978, 11–31 med tillägg i direktiv av den 8 nov 1990, 90/604, O.J. L 317, 16.11.1990, 57–59 och ytterligare ett av den 8 nov 1990, 90/605, O.J. L 317, 16.11.1990, 60–62. Se om direktivet Thorell, EG:s redovisningsrätt s. 23ff och SOU 1994:17 Del I s. 331ff.
[19] 83/349, O.J. L 193, 18.7.1983, 1–17 med tillägg för i föregående not nämnda direktiv från 1990. Se Thorell, EG:s redovisningsrätt s. 145ff och SOU 1994:17 Del I s. 397ff.
[20] 84/253, O.J. L 126, 12.5.1984, 20–26. Se härom SOU 1993:69.
[21] 89/666, O.J. L 395, 30.12.1989, 36–39. Se Thorell, EG:s redovisningsrätt s. 219ff och SOU 1994:17 Del I s. 439ff.
[22] 89/667, O.J. L 395, 30.12.1989, 40–42. Se SOU 1992 s. 361ff och jfr beträffande implementeringen prop. 1993/94:196.
[23] Se proposal of 14th january 1985 for a Tenth Council Directive based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning cross-border mergers of public limited companies, COM(84) 727 final, O.J. C 23, 25.1.1985, 11–15; Amended Proposal of 14 September 1990 for a Thirteenth Council Directive on Company Law concerning takeover and other general bids, COM(90) 416 final, O.J. C 240, 26.9.1990, 7–30. Nämnas bör även proposal of 20 December 1990 for a Council Directive amending Directive 77/91/EEC on the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, COM(90) 631 final, O.J. C 8, 12.1.1991, 5–6 och det i officiellt tryck opublicerade förslaget till Ninth Directive on groups of companies.

mest intressant.[24] Kommissionens förslag innehåller bestämmelser avseende de publika aktiebolagens organisation och om organens befogenheter respektive skyldigheter. Vid sidan av arbetet med det femte direktivet förtjänar nämnas förslaget till förordning om europabolag (Societas Europea, "SE", eller European Company).[25]

3.5.1.2 Publika bolag, kapitalkonstruktion och det andra bolagsdirektivet

Det andra bolagsdirektivet[26] antogs av rådet drygt åtta år efter det första den 13 december 1976. Direktivet har till *syfte att garantera aktieägare och borgenärer i publika aktiebolag ett minimum av likvärdigt skydd* inom gemenskapen; bestämmelserna i direktivet syftar följaktligen inte till att åstadkomma ett *generellt sett förbättrat skydd* för bolagets borgenärer och aktieägare.

> Detta framgår både av den s.k. preamblen[27] och av titeln "Rådets andra direktiv av den 13 december 1976 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga."

Det begränsade syftet med direktivet kan sägas följa av art. 54 (3) (g) RF (se ovan).

Aktiekapitalet antas enligt direktivet på samma sätt som i svensk rätt fungera som en slags säkerhet för bolagets borgenärer.[28] För att skydda bolagets kapital innehåller direktivet bl.a. utförliga bestämmelser om nedsättning av aktiekapitalet med utbetalningar till aktieägarna. Förvärv av egna aktier får blott ske under vissa förutsättningar. Aktieägarna skyddas av likhetsprincipen.

[24] Second Amended Proposal of 20 December 1990 for a Fifth Directive based on Article 54 of the EEC Treaty concerning the structure of public limited companies and the powers and obligations of their organs, COM(90) 629, O.J. C 7, 11.1.1991, 4–6.

[25] Proposal of 25 August 1989 for a Council Regulation: Statute for the European Company (S.E.), COM(89) 268 final, O.J. C 263, 16.10.1989, 41–68 och därtill Proposal of 25 August 1989 for a Council Directive complementing the Statute for a European company with regard to the involvment of employees in the European company, COM(89) 268 final, OJ C 263, 16.10.1989, 69–72.

[26] 77/91, O.J. L 26, 31.1.1977, 1–13.

[27] Se i t.ex. engelsk översättning O.J. L 26, 31.1.1977, på s. 1: "Whereas in order to ensure minimum equivalent protection for both shareholders and creditors of public limited liability companies /.../".

[28] Se föregående not och i den svenska översättningen av den s.k. preamble:n: "/.../ gemenskapsregler om att bevara det kapital som utgör borgenärernas säkerhet /.../".

I systematiskt hänseende innehåller det andra bolagsdirektivet bestämmelser om i huvudsak följande:[29]

(1) informationsskyldighet i stiftelseurkunden eller bolagsordningen rörande bl.a. aktiekapitalet och de tecknade aktiernas nominella belopp,[30]
(2) ansvaret för bolagets skulder före registreringen och konsekvensen av att samtliga aktier förenas på en hand,[31]
(3) aktiekapitalets storlek och inbetalning av aktiekapitalet samt om apport,[32]
(4) ökning av aktiekapitalet,[33]
(5) nedsättning av aktiekapitalet,[34]
(6) förvärv av egna aktier,[35]
(7) vinstutdelning m.m.,[36] och
(8) likhetsprincipen.[37]

3.5.1.3 Det andra bolagsdirektivet och vinstutdelningsreglerna

Det andra bolagsdirektivet ger uttryck för principen, att en utbetalning av vinstutdelning inte får inkräkta på det bundna egna kapitalet. Direktivet bygger på en kapitalkonstruktion där aktiekapitalet skall uppgå till ett visst minsta belopp och där aktiekapitalet skall tjäna som en slags säkerhet för bolagets borgenärer. Principen om skyddet för det bundna egna kapitalet[38] – som bundet eget kapital får betraktas bl.a.[39] aktiekapital

[29] Se härom i SOU 1992:83 s. 235ff.
[30] Artikel 2–3.
[31] Artikel 4–5.
[32] Artikel 6–14.
[33] Artikel 25–29.
[34] Artikel 30–39.
[35] Artikel 18–24.
[36] Artikel 15–17.
[37] Artikel 42.
[38] Termen bundet eget kapital använder jag på eget bevåg.
[39] Jfr balansräkningsschemat i art. 9 och 10 i det fjärde bolagsdirektivet. – Om nationell lagstiftning tillåter att kostnader för bolagsbildning aktiveras under "tillgångar" i balansräkningen, skall dessa kostnader avskrivas inom högst fem år. Innan kostnaderna för bolagsbildningen har avskrivits helt får någon utbetalning av vinstutdelning inte äga rum, om inte för utdelning tillgängliga reserver och balanserade vinstmedel från tidigare år är minst lika stora som de inte avskrivna kostnaderna. Se art. 34 p. 1 i det fjärde bolagsdirektivet och härom SOU 1994:17 Del I s. 369. Art. 34 skall även tillämpas på kostnader för forskning och utveckling, se art. 37 p. 1 och härom SOU 1994:17 Del I s. 231 och 371. (Redovisningskommittén synes tolka art. 37 p. 1 2 meningen som att en medlemsstat generellt kan underlåta att implementera berörda utdelningsbegränsningsregel, vilket knappast står i

eller andelskapital, överkursfond eller dylikt (överkurs vid emission),[40] lagstadgade reserver (ej utdelningsbara),[41] reserv för egna aktier eller andelar,[42] uppskrivningsfond,[43] och reserver enligt bestämmelser i bolagsordningen (ej utdelningsbara) – framgår i direktivet av artikel 15 p. 1 (a):[44]

> "Med undantag för det fallet att det tecknade kapitalet sätts ned får någon utdelning inte ske till aktieägarna, om enligt bolagets årsredovisning nettotillgångarna på bokslutsdagen för det senaste räkenskapsåret understiger eller till följd av utdelningen skulle komma att understiga det tecknade kapitalet och de reserver som enligt lag eller bolagsordning inte får delas ut."[45]

Således tillgodoses borgenärsskyddet genom att bolagets tillgångar måste överstiga skulder och bundet eget kapital, dvs. bolaget skall disponera över fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning. Utbetalningen måste motsvaras av årets vinst, balanserade vinstmedel och fria reserver. Se art. 15 p. 1 (c):

> "Det belopp som delas ut till aktieägarna får inte överstiga vinsten för det senast avslutade räkenskapsåret med tillägg för balanserad vinst och belopp från reserver som får användas för detta ändamål samt med avdrag för balanserad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning har avsatts till reserver."

Den senare regeln förstärker skyddet för det bundna egna kapitalet därigenom att från årets vinst m.m. måste avdrag göras för balanserad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning har avsatts till reserver. Utgångspunkten för *prövningen* av om en tänkt *utbetalning av vinstutdelning är lovlig eller ej* blir på grund av hur *art. 15 p. 1 (c) jämfört med art. 15 p. 1 (a)* har konstruerats vad som *utgör vinsten för det senaste*

överensstämmelse med ordalydelsen.) Bestämmelsen synes inte kräva att man vid beräkningen av utdelningsbara medel skall bortse från aktiverade kostnader för forskning och utveckling utan det är tillräckligt att sådana kostnader motsvaras av tillgängliga reserver och balanserade vinstmedel från tidigare år. En annan sak är att bestämmelsens funktion rimligtvis måste vara att aktiverade kostnader för forskning och utveckling inte får "användas" för utdelning. Notera härutöver art. 59 p. 6 (b) i det fjärde bolagsdirektivet och se SOU 1994:17 Del I s. 183f (kapitalandelsfond) samt härom avsnitt 2.3.3 ovan.

[40] Se art. 9 och art. 10 i det fjärde bolagsdirektivet och om överkursfonden i SOU 1994:17 Del I s. 194 och s. 305 samt om denna avsnitt 2.3.3 ovan.

[41] T.ex. reservfond.

[42] Art 22 p. 1 (b) i det andra bolagsdirektivet.

[43] Art 33 p. 2 (c) i det fjärde bolagsdirektivet.

[44] Se härom SOU 1992:83 s. 263f.

[45] Beträffande obetald del av aktiekapitalet får jag hänvisa till bestämmelsen i artikel 15 (b).

avslutade räkenskapsåret med tillägg för balanserade vinstmedel och fria reserver med avdrag för balanserad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning har avsatts[46] *till reserver.*[47] Se i fråga om hur art. 15 (a) respektive (c) har konstruerats nedan avsnitt 3.6.3 om den s.k. balance sheet surplus test respektive avsnitt 3.6.4 om den s.k earned surplus test samt i fråga om förhållandet mellan å ena sidan art. 15 p. 1 (a) och (c) och å andra sidan 12:2 ABL avsnitt 5.4.3.1 (finstilta partiet i slutet) och 12.3.2.1.[48]

ABL tillåter inte utbetalning av förskottsutdelning (vilket är något annat än utbetalning av interim utdelning[49]).[50] Det torde likväl vara möjligt att i efterhand godkänna en olovlig verkställd förskottsutdelning, vilken har företagits efter räkenskapsårets utgång men före det att bolagsstämman har fastställt balansräkningen, på den ordinarie bolagsstämman.[51] Det andra bolagsdirektivet stadgar i detta avseende inte annat. Enligt art. 15 p. 2 får medlemsstaterna dock tillåta utbetalning av interim utdelning (översatt som "förskottsutdelning"),[52] dvs. utbetalning av under det löpande räkenskapsåret intjänade vinstmedel, under förutsättning att två villkor är uppfyllda. Art. 15 p. 2 stadgar sålunda:

> "Om lagstiftningen i en medlemsstat tillåter förskottsutdelning av vinst skall minst följande villkor iakttas:
>
> (a) ett delårsbokslut skall upprättas som visar att tillräckliga medel finns tillgängliga för utdelningen;
>
> (b) det belopp som skall delas ut får inte överstiga den vinst som har uppkommit efter det senaste räkenskapsår för vilket årsbokslut upprättats, med tillägg för balanserad vinst och belopp från reserver som får användas för detta ändamål samt med avdrag för balanserad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning skall föras över till reserver."

Art 15 p. 1 (d) definierar begreppet "utdelning" som att därmed avses särskilt utbetalning av vinst eller ränta som hänför sig till aktierna. Sanktionen vid utbetalning av utdelning i strid mot art. 15 är i art. 16 angiven som att utdelningen skall återbetalas av de aktieägare som har mottagit denna, *om bolaget visar* att aktieägarna kände till att utdelningen var olaglig eller att de med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara

[46] Och – såvitt jag kan förstå – vad som under året enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till reserver.

[47] Art 15 p. 1 (a) skall sålunda närmast fungera som en "bakre" spärregel.

[48] Se om s.k. förvaltningsbolag art. 15 p. 4 och i SOU 1992:83 s. 265.

[49] Se om terminologin avsnitt 12.3.2.3 nedan.

[50] Se avsnitt 12.3.2.3.3 nedan.

[51] Se avsnitt 12.3.2.3.3 nedan.

[52] I engelsk översättning "interim dividens" och i tysk översättning "Abschlagszahlungen".

okunniga om det.[53] Jag återkommer till utdelningsbegreppet i avsnitt 6.2 resp. återbäringsskyldigheten och godtrosskyddet i avsnitt 11.2.

Av den i art. 42 stadgade likhetsprincipen följer att aktieägare i samma ställning har anspråk på ett lika stort belopp i utdelning per aktie som andra aktieägare.

Ett spörsmål som direktivet inte uttryckligen besvarar är vad som gäller beträffande förtäckt utbetalning av vinstutdelning.[54] För egen del tror jag att art. 15 är tillämplig vare sig utbetalning av vinstutdelning sker i öppen eller förtäckt form (jfr definitionen av begreppet "utdelning" i art. 15 p. 1 (d) och se härom avsnitt 6.2 nedan). På samma vis förhåller det sig med återbäringsskyldigheten i art. 16 och likhetsprincipen i art. 42 (se avsnitt 11.2). Det är däremot tveksamt om godtrosregeln i art. 16 skall tillämpas på utbetalning av utdelning i förtäckt form (se avsnitt 11.2).

Men innefattar EG:s bolagsdirektiv då ett generellt och ovillkorligt förbud mot förtäckt utbetalning av vinstutdelning? Werlauff synes mena att så är fallet.[55] Om aktieägarna under året vill tillgodogöra sig bolagets tillgångar måste detta ske med iakttagande av bestämmelsen i art. 15 p. 2 om utbetalning av interim utdelning och under förutsättning att den medlemsstat, vars bolagsrättsliga regler gäller för bolaget, i enlighet med art. 15 p. 2 har gjort sådan utbetalning av vinstutdelning möjlig.[56] Dock synes inte denna princip gälla om borgenärsskyddet i art. 15 är uppfyllt och samtliga aktieägare är ense.[57]

För egen del är jag mer tveksam till att EG:s bolagsdirektiv skulle innehålla ett ovillkorligt förbud mot förtäckt utbetalning av vinstutdelning; åtminstone i den meningen som förbudet har i exempelvis 57 § 1 st. 1 meningen och 58 § 5 st. AktG i tysk rätt (se avsnitt 3.5.2.2 nedan). Det råder inga som helst tvivel om att art. 15 p. 1 *förbjuder* utbetalning av vinstutdelning som inkräktar på bundet eget kapital och som tar i anspråk mer än vinsten för det senaste avslutade räkenskapsåret med tillägg för balanserad vinst och belopp från reserver som får användas för

[53] I tysk översättning har stadgandet följande lydelse: "Jede Ausschüttung, die entgegen Artikel 15 erfolgt, ist von den Aktionären, die sie empfangen haben, zurückzugewähren, wenn die Gesellschaft beweist daß diesen Aktionären die Unzulässigkeit der an sie enfolgten Ausschüttung bekannt war oder sie darüber nach dem Umständen nicht in Unkenntnis sein konnten." I engelsk översättning lyder art. 16 på följande vis: "Any distribution made contrary to Article 15 must be returned by shareholders who have received it if the company proves that these shareholders knew of the irregularity of the distributions made to them, or could not in view of the circumstances have been unaware of it."

[54] Se Werlauff 1992 s. 164ff.

[55] Werlauff 1992 s. 166.

[56] Werlauff 1992 s. 166.

[57] Jfr Werlauff 1992 s. 166f.

detta ändamål samt med avdrag för balanserad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till reserver. I förevarande avseende går det att tala om ett ovillkorligt – men samtidigt begränsat – förbud. Motsvarande gäller i fråga om bestämmelsen om utbetalning av interim utdelning i art. 15 p. 2. Till det sagda kommer att likhetsprincipen i art. 42 måste respekteras.

För övrigt kan enligt min uppfattning inte bestämmelserna i EG:s olika bolagsdirektiv sammantaget sägas innebära ett explicit förbud mot förtäckt utbetalning av vinstutdelning. Förvisso innehåller art. 50 i det fjärde bolagsdirektivet ett krav på att bolagen samtidigt med årsbokslutet och på samma sätt skall offentliggöra dels förslag till disposition av bolagets vinst eller förlust, dels dispositionen av bolagets vinst eller förlust.[58] Av börsnoterade bolag krävs det dessutom enligt art. 5 p. 4 i delårsrapporteringsdirektivet[59] att de – när de har betalat eller föreslår att betala interimsutdelning – i sifferuppgifterna i halvårsrapporten skall visa vinsten eller förlusten efter avdrag för skatt för sexmånadersperioden och den betalda eller föreslagna interimsutdelningen. I avsaknad av allmänt tillämpliga sanktionsregler torde dock den offentlighetsprincip som kommer till uttryck i direktiven inte kunna tillerkännas verkan som ett *självständigt hinder* (och förbud) mot förtäckt utbetalning av vinstutdelning.[60]

> Art 5 p. 1 i det tolfte bolagsdirektivet innehåller ett krav på att avtal mellan den enda bolagsmannen och det bolag som han företräder skall föras in i protokoll eller ges skriftlig form.[61] Genom denna bestämmelse säkras måhända de bevismässiga möjligheterna för att senare kunna dokumentera en eventuellt företagen (otillåten) förtäckt utbetalning av utdelning.[62] Enligt art. 5 p. 2 behöver emellertid medlemsstaterna inte tillämpa p. 1 i fråga om löpande transaktioner på normala villkor.[63] Problemet vid förtäckt utbetalning av utdelning synes ofta vara det att avtalet eller eljest rättshandlingen typiskt sett påstås vara transaktion, som täcks av undantagsregeln. Man kan därför undra om inte undantagsregeln i förevarande avseende motverkar huvudregeln.

[58] Se härom Thorell, EG:s redovisningsrätt s. 131 och SOU 1994:17 Del I s. 386.
[59] 82/121; O.J. L 48, 20.2.1982, 26–29.
[60] Jfr dock Werlauff 1992 s. 165ff.
[61] Se härom SOU 1992:83 s. 366ff och förslaget till ändring av 8:10 ABL på kommenterat på s. 161f samt prop. 1993/94:196 s. 167f. Se not 63 nedan.
[62] Werlauff 1992 s. 167.
[63] Jfr 8:10 2 st. ABL från den 1 januari 1995: "Om ett bolag har endast en aktieägare, skall ett avtal mellan denne och bolaget som inte avser löpande affärstransaktioner på sedvanliga villkor antecknas i eller fogas till styrelsens protokoll." Motivet till att undantagsregeln har implementerats synes vara att huvudregeln i onödan skulle kunna tynga arbetet i enmansbolag.

3.5.2 Tysk bolagsrätt – en kortfattad översikt, särskilt avseende vinstutdelning

3.5.2.1 Inledning

Tyskland har sedan 1861 haft en fullständig reglering av aktiebolaget – Aktiengesellschaft (AG). Bestämmelser om aktiebolaget gavs under åren 1861–1899 i den äldre motsvarigheten till HGB, den s.k. ADHGB (Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch). Regleringen av aktiebolaget överfördes till HGB, men utmönstrades i samband med en större reform på 1930-talet till Aktiengesetz 1937 (AktG 1937). AktG 1937 ersattes i sin tur av en ny Aktiengesetz 1965 (AktG).

Sedan 1892 existerar det ytterligare en bolagstyp där delägarna saknar personligt ansvar för bolagets skulder; nämligen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH; reglerat i GmbH-Gesetz 1892, vilken förkortas GmbHG). Skillnaden mellan bolagstyperna består däri att aktier i aktiebolag kan vara föremål för offentlig handel medan detta inte är fallet beträffande andelar i GmbH. GmbH – med min terminologi andelsbolaget – är den vanligaste typen av kapitalassociation i Tyskland.[64]

Aktiebolaget är i AktG mycket utförligt reglerat. Lagen omfattar allt som allt drygt 400 paragrafer.[65] Vad gäller bolagsorganen finns det både likheter och skillnader mellan svensk och tysk rätt. Liksom i svensk rätt ankommer förvaltningen av bolagets angelägenheter på styrelsen, det s.k. Vorstand.[66] Ett organ som saknas i svensk rätt är det s.k. Aufsichtsrat – i det följande betecknat förvaltningsrådet. Förvaltningsrådet har till uppgift att övervaka styrelsens förvaltning av bolaget.[67] Bolagsstämmans (Hauptversammlungs) beslutanderätt är till skillnad från vad som är fallet i svensk rätt inskränkt till sådana ärenden som uttryckligen följer av AktG eller av bolagsordningen.[68] Principen om bolagsstämmans begränsade kompetens, vilken härrör från AktG 1937,[69] påverkar i sin tur styrelsens kompetens och ger styrelsen en påtagligt självständig ställning gentemot stämman. Man bör dock inte överbetona denna princip då det fortfarande är stämman som t.ex. har att fatta beslut om vinstutdelning.[70]

[64] Per den 31/12 1989 fanns det 2508 AG och KGaA respektive 401 687 GmbH. Se Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 26 II Anm. 1 b (s. 640) respektive § 33 III Anm. 1 a (s. 824).

[65] Se därtill bl.a. 238 §ff HGB avseende bolagens redovisning m.m.

[66] 76 § 1 st. AktG.

[67] 111 § 1 st. AktG.

[68] 119 § AktG.

[69] 103 §.

[70] 119 § 1 st. p. 2 och 174 § AktG.

Vad angår aktiebolag har ett tvingande minimikrav beträffande aktiekapitalets storlek existerat alltsedan 1923[71] och för närvarande måste aktiekapitalet uppgå till minst 100000 DM.[72] Aktiekapitalets huvudsakliga funktion är att fungera som en slags säkerhet för bolagets borgenärer.[73]

En i jämförelse med AktG betydligt mindre omfattande reglering gäller beträffande andelsbolaget. GmbHG består av drygt 80 paragrafer. Den beslutande respektive verkställande makten är fördelad mellan två organ: "Gesamtheit der Gesellschaft" respektive "Geschäftsführer". Det förra organet motsvarar bolagsstämman och det senare närmast styrelsen (i viss mån också verkställande direktören). Ett förvaltningsråd *kan* inrättas i alla andelsbolag[74] och *skall* finnas om antalet arbetstagare uppgår till fler än 500.[75] Andelskapitalet – s.k. Stammkapital – skall enligt 5 § 1 st. GmbHG uppgå till minst 50000 DM.

3.5.2.2 Aktiebolag, vinstutdelning och utbetalningar till aktieägarna

Utbetalning av vinstutdelning och andra typer av utbetalningar är i AktG föremål för en i internationell jämförelse både omfattande och sträng reglering. De grundläggande bestämmelserna om utbetalningar till aktieägarna och kapitalskyddet återfinns i 57 § respektive 58 § 5 st. AktG (jfr 216 § 2 st. ADHGB, 213 § HGB och 52 § 1 meningen AktG 1937[76]).[77]

> "§ 57 (1) Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewährt werden. /.../
>
> (2) Den Aktionären dürfen Zinsen weder zugesagt noch ausgezahlt werden."

> "§ 58 (5) Vor Auflösung der Gesellschaft darf unter die Aktionäre nur der Bilanzgewinn verteilt werden."

[71] 17 § Goldbilanzverordnung 1923 och se härom Kraft i Kölner Komm 7 § RdNr 2.

[72] 7 § AktG och jfr art. 6 i det andra bolagsdirektivet.

[73] Se 272 § 1 st. 1 meningen HGB: "Gezeichnetes Kapital ist das Kapital, auf das die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Kapitalgesellschaft gegenüber der Gläubigern beschränkt ist." Se ock Kraft i Kölner Komm 1 § RdNr 29 och Meyer-Landrut i Grosskomm 1 § Anm. 22.

[74] 52 § GmbHG.

[75] 77 § 1 st. Betriebsverfassungsgesetz 1952 (BetrVG).

[76] Jfr därtill 54 § 1 st. AktG 1937.

[77] Jag bortser i framställningen från de rättsregler som rör den tyska koncernrätten i vid mening. Sålunda behandlas t.ex. inte regeln i 291 § 3 st. AktG, vilken undantar 57, 58 och 60 §§ AktG i visst fall och är praktiskt mycket betydelsefull.

Av nämnda bestämmelser får 57 § AktG betraktas som den mest centrala. 57 § AktG anses uppställd i såväl fordringsägarnas som aktieägarnas intresse[78]; dess syfte är dock främst att skydda bolagsborgenärerna[79]. Regeln i 1 st. 1 meningen – det s.k. Verbot der Einlagenrückgewähr – skall i gällande rätt förstås som ett ovillkorligt förbud mot utbetalningar till aktieägarna annat än efter de i AktG givna bestämmelserna om bl.a. vinstutdelning.[80] Den innebär alltså inte endast ett skydd för det bundna egna kapitalet eller motsvarande (jfr 12:2 1 st. ABL). I stället förbjuder 57 § 1 st. 1 meningen AktG i princip alla utbetalningar till aktieägarna som inte sker med iakttagande av bestämmelserna i AktG (jfr ordalydelsen i 12:1 1 st. ABL). Om ett bolag företar utbetalningar till aktieägarna annorledes – t.ex. i förtäckt form – än efter bestämmelserna i AktG inträder återbäringsskyldighet enligt 62 § AktG.[81] Utbetalningar i strid mot 57 § och 58 § 5 st. AktG är i princip ogiltiga enligt 134 § BGB: 57 § AktG skall betraktas som ett s.k. *gesetzliches Verbot* (legalt förbud).[82] 57 § AktG hindrar dock inte att aktieägarna t.ex. förvärvar egendom från bolaget mot marknadsmässig ersättning; förbudet binder följaktligen inte viss egendom till bolaget utan värdet därav[83].

> Förbudet i 57 § AktG innebär i och för sig inte att utbetalning av vinstutdelning enbart kan ske efter beslut på ordinarie bolagsstämman. Genom en bestämmelse i bolagsordningen kan styrelsen ges kompetens att under vissa betingelser besluta om och verkställa förskottsutdelning (Abschlagszahlung auf den Bilanzgewinn). Styrelsen måste för att kunna verkställa förskottsutdelning ha inhämtat förvaltningsrådets samtycke. Se närmare 59 § AktG.

Trots förbudet i 57 § AktG och trots att AktG och HGB bygger på en annan terminologi känns principen om skyddet för det bundna egna kapitalet igen i tysk aktiebolagsrätt.[84] Som bundet eget kapital får – efter min

[78] Se Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 2 och Mayer-Maly i Münchener Komm 134 § RdNr 61. Se härom Bommert s. 95ff.

[79] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 2.

[80] Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 4 med vidare hänvisningar och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 5f med vidare hänvisningar. Se också Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 29 II Anm. 2a (s. 744f).

[81] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 9 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 3. Se härom också Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 29 II Anm. 2 b (s. 745f).

[82] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 71ff och Lutter i Kölner Komm RdNr 57 § RdNr 62ff samt Mayer-Maly i Münchener Komm 134 § RdNr 61. Schmidt är kritisk till ogiltighetsläran; se Gesellschaftsrecht, § 29 II Anm. 2 aa f (s. 746ff). Återbäringsskyldigheten m.m. behandlas närmare i avsnitt 11.3.1–11.3.3 nedan.

[83] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 6 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 5. Se ock Ballerstedt s. 123.

[84] Jfr nedan om icke utdelningsbara poster och se t.ex. 272 § HGB.

bedömning[85] – enligt AktG och HGB betraktas följande (ej anspråk på uttömmande): tecknat kapital (Gezeichnetes Kapital),[86] "kapitalfond" (Kapitalrücklage),[87] reservfond (gesetzliche Rücklage),[88] "fond" för egna aktier (Rücklage für eigene Aktien),[89] och eventuella fonder (satzungsmäßige Rücklagen) vartill avsättning skall ske enligt bolagsordningen[90].

Det anförda innebär emellertid inte att aktieägarna på bolagsstämman kan disponera över den del av det egna kapitalet, som inte kan betraktas som bunden.[91] Förutsatt att styrelsen och förvaltningsrådet har att fastställa årsbokslutet[92] äger dessa organ självständigt företa omfattande avsättningar till "fria" fonder (s.k. anderen Gewinnrücklagen).[93] Maximalt får avsättning ske med 50% av det i resultaträkningen redovisade årsresultatet (Jahresüberschusses; se 58 § 2 st. AktG[94]).[95]

Det åligger styrelsen att upprätta årsbokslut[96] (Jahresabschluß),[97] som består av balansräkning och resultaträkning,[98] jämte "noter"[99]. Styrelsen

[85] Termen bundet eget kapital använder jag på eget bevåg för att beteckna icke utdelningsbara medel enligt AktG. Klassificeringen av posterna måste därför betraktas som osäker. Läsaren hänvisas till litteraturen för en egen bedömning; se t.ex. Claussen–Korth i Kölner Komm 266 § HGB RdNr 132 med närmare hänvisningar; författarna behandlar ingående de poster som ingår i eget kapital.

[86] Aktiekapitalets (inbetalt och tecknat sådant) beteckning i balansräkningen enligt 266 § 3 st. HGB (Grundkapital). Jfr vidare 272 § 1 st. HGB.

[87] Till posten förs bl.a. överkurs i samband med aktieemission; 272 § 2 st. p. 1 HGB. Se vidare om dess användning 150 § 3 och 4 st. AktG. Beträffande fondens funktion får jag hänvisa till Claussen–Korth i Kölner Komm 272 § HGB RdNr 30 och 32 och jfr Claussen–Korth i Kölner Komm 150 § AktG RdNr 17.

[88] Se närmare 150 § AktG om den lagstadgade avsättningsskyldigheten till reservfonden och om dess användning. Vad angår reservfondens funktion jfr Claussen–Korth i Kölner Komm 150 § AktG RdNr 17 och Kropff i AktG 150 § RdNr 3f.

[89] En post på passivsidan som motsvarar värdet av egna aktier upptagna på aktivsidan. Se 71 § 2 st. AktG och 272 § 4 st. HGB samt om dess funktion Claussen–Korth i Kölner Komm 272 § HGB RdNr 61. Se ock art. 22 1 st. (b) i andra bolagsdirektivet.

[90] Jfr balansräkningsschemat för eget kapital enligt 266 § 3 st. HGB. Huruvida medel motsvarande posten kan användas för utdelning eller ej torde vara beroende av bolagsordningens bestämmelser.

[91] 174 § jämfört med 58 § AktG.

[92] 172 § AktG. Jfr nedan. Se beträffande terminologin not 96.

[93] 58 § 2 st. AktG. Se om s.k. andere Gewinnrücklagen Claussen–Korth i Kölner Komm 272 § HGB RdNr 52.

[94] 275 § 2 st. p. 20 respektive 3 st. p. 19 HGB.

[95] Jfr även nedan.

[96] Jag har valt att använda termen "årsbokslut", eftersom denna synes vara en korrekt juridisk översättning. Möjligen hade termen "årsredovisning" dock varit mer adekvat.

[97] 242 § och 264 § 1 st. HGB.

[98] Balansräkningen och resultaträkningen betecknas som "Bilanz" respektive "Gewinn- und Verlustrechnung".

[99] "Anhang"; se härom 264 § HGB och 160 § 1 st. AktG samt 284–285 § HGB.

skall därutöver upprätta en förvaltningsberättelse.[100] Årsbokslutet och förvaltningsberättelsen skall granskas av bolagets revisor (Abschlußprüfer).[101] Omedelbart efter det att styrelsen har mottagit revisorns revisionsberättelse[102] skall förvaltningsrådet tillhandhållas bolagets årsbokslut, förvaltningsberättelsen och revisionsberättelsen samt styrelsens förslag till användning av bolagets vinst (170 § 1 och 2 st. AktG).

> Förlaget från styrelsen rörande användning av bolagets vinst skall enligt 170 § 2 st. AktG innehålla följande:
>
> "1. Verteilung an die Aktionäre
> 2. Einstellung in Gewinnrücklagen
> 3. Gewinnvortrag
> 4. Bilanzgewinn".
>
> I punkt 1 anges styrelsens förslag till utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna.[103] Punkt 2 rör eventuell avsättning till fria fonder på grundval av bolagsstämmans beslut (58 § 3 st. 1 meningen AktG).[104] Med "Gewinnvortrag" i punkt 3 förstås det belopp som varken skall utbetalas till aktieägarna eller avsättas till fria fonder.[105] Posten utgörs alltså närmast av det belopp som bolaget avser balansera in i följande års balansräkning. Den i punkt 4 upptagna posten "Bilanzgewinn" svarar mot samma post i bolagets balansräkning[106] och står till aktieägarnas förfogande enligt 58 § 3 st. AktG.[107]

Förvaltningsrådet skall granska årsbokslutet, förvaltningsberättelsen och förslaget till disposition av bolagets vinst och avge ett skriftligt yttrande till bolagsstämman (171 § 1 och 2 st. AktG). Om förvaltningsrådet godkänner årsbokslutet är detta fastställt (172 § AktG).[108] Endast om styrelsen och förvaltningsrådet beslutar överlämna frågan om fastställande av årsbokslutet till bolagsstämman eller om förvaltningsrådet inte godkänner årsbokslutet, ankommer det på bolagsstämman att fastställa detta (173 § 1 st. AktG). Således blir årsbokslutet normalt sett fastställt genom förvaltningsrådets godkännande av detsamma.

Bolagsstämman är enligt 174 § 1 st. AktG bunden av det fastställda årsbokslutet och har enbart att fatta beslut om användning av bolagets

[100] "Lagebericht"; se 264 § och 289 § HGB.
[101] 316 § HGB.
[102] "Prüfungsbericht"; se närmare 321 § HGB.
[103] Se närmare Claussen–Korth i Kölner Komm 170 § RdNr 8f.
[104] Se närmare Claussen–Korth i Kölner Komm 170 § RdNr 10f.
[105] Se närmare Claussen–Korth i Kölner Komm 170 § RdNr 12.
[106] Se 268 § 1 st. HGB.
[107] Se närmare Claussen–Korth i Kölner Komm 170 § RdNr 13. Jfr nedan.
[108] Noteras bör att 58 § 2 st. AktG formulerats på ett sätt som avviker från 172 § AktG.

vinst (Bilanzgewinn).[109] Bolagsstämmans beslutanderätt begränsas av att styrelsen och förvaltningsrådet utan stämmans medverkan kan ha bildat fria reserver enligt förutberörda 58 § 2 st. AktG.[110]

Skyddet för aktieägarna tillgodoses vid beslut om och verkställande av vinstutdelning bl.a. av den i 53 a § AktG stadgade likhetsprincipen, dvs. att aktieägare under lika förutsättningar skall behandlas lika.[111] (*Aktionäre sind unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.*) Ett stämmobeslut som strider mot likhetsprincipen är klanderbart enligt 243 § 1 st. AktG. En minoritet av aktieägare äger under vissa premisser klandra stämmobeslut om användning av bolagets vinst, varigenom majoriteten söker svälta ut minoriteten (se närmare 254 § AktG).

I och med att stämman har fattat beslut om vinstutdelning övergår det allmänna anspråk på rätt till andel i bolagets vinst som tillkommer aktieägare till att bli en rätt om att utfå ett visst belopp som utdelning:[112] Berörda aktieägare får en fordringsrätt gentemot bolaget.[113]

3.5.2.3 Andelsbolag, vinstutdelning och utbetalningar till andelsägarna

Utbetalning av vinstutdelning är i GmbHG underkastat en betydligt enklare reglering än vad som är fallet i AktG. De principer reglerna ger uttryck åt är också liberalare till sin natur. För en svensk jurist som är van vid ABL och dess grunder är det lätt att känna igen sig.

Utbetalningar till andelsägarna får enligt en allmän princip, och oberoende av samtliga delägares samtycke, inte inkräkta på andelskapitalet. Rättsgrundsatsen kommer till uttyck i 30 § 1 st. GmbHG (det s.k. Auszahlungsverbot):

> "Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden."

Således får andelsbolag inte helt eller delvis föra över tillgångar till andelsägarna så att värdet av bolagets tillgångar kommer att understiga skulder och andelskapitalet. Det begränsade utbetalningsförbudet innebär i och för sig inte något förbud mot utbetalningar till andelsägarna:[114] 30 § 1 st. GmbHG ger blott uttryck för en "Prinzip des Vermögensschut-

[109] Bolagsstämman är i och för sig inte bunden av styrelsens *förslag* till disposition över bolagets vinst. Se Claussen–Korth i Kölner Komm 174 § RdNr 6 och jfr 58 § 3 st. AktG.

[110] Bestämmelsen liknas i svensk doktrin ofta vid styrelsens vetorätt enligt 12:3 1 st. 2 meningen ABL.

[111] Se art. 42 i andra bolagsdirektivet.

[112] Lutter i Kölner Komm 58 § RdNr 80 och 96ff och 58 § 4 st. AktG.

[113] Lutter i Kölner Komm 58 § RdNr 97.

[114] Se Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 37 III Anm. 1 b (s. 941).

zes".[115] I motsats till vad som gäller enligt 57 § och 58 § 5 st. AktG är en förtäckt utbetalning enligt 30 § 1 st. GmbHG blott förbjuden om dispositionen inkräktar på andelskapitalet.[116] En förtäckt utbetalning kan dock även vara lagstridig såsom innefattande ett kompetensöverskridande av bolagets verkställande organ (Geschäftsführern)[117]. Förtäckta utbetalningar kan vidare stå i strid mot lojalitetsplikten (*Treuepflicht*)[118] eller likhetsgrundsatsen[119].

Om en utbetalning sker i strid mot 30 § GmbHG inträder återbäringsskyldighet enligt 31 § 1 st. Möjligen är utbetalningar i strid mot 30 § GmbHG under vissa förutsättningar ogiltiga enligt 134 § BGB (se närmare avsnitt 11.3.5 nedan).

> Som bundet eget kapital[120] (icke utdelningsbart eget kapital) får emellertid – alltså förutom andelskapitalet och åtminstone såvitt jag förstår GmbHG och HGB[121] – betraktas följande (ej anspråk på uttömmande): "fond" för egna aktier[122] och möjligen fonder vartill avsättning skall ske enligt bolagsordningen[123].[124] Någon lagstadgad avsättningsskyldighet till reservfond existerar inte. Det torde – mig veterligen – inte vara möjligt att tillämpa de i 31 § GmbHG angivna sanktionerna vid utbetalningar som inkräktar på andra bundna poster än andelskapitalet.

Årsbokslutet[125] består liksom fallet är beträffande aktiebolag av balans-

[115] Se Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 37 III Anm. 1 b (s. 941).

[116] Se Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 72 och 30 § RdNr 15f och Westermann i Scholz 30 § RdNr 3. Nämnas bör att en motsatt princip synes tillämpas i Österrike, där utbetalningar till andelsägarna är underkastade ett strängt utbetalningsförbud (jfr ovan om 57 § och 58 § 5 st. AktG i tysk rätt). Se om rättsläget i Österrike t.ex. Reich–Rohrwig s. 647ff.

[117] Se Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 75 och uförligt Tries s. 89ff (sistnämnde kritisk).

[118] Se Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 74 och utförligt Tries s. 140ff.

[119] Se Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 73 och utförligt Tries s. 148ff.

[120] Termen bundet eget kapital använder jag på eget bevåg. Klassificeringen av posterna måste beträffande GmbHG och HGB betraktas som högst osäker. Läsaren hänvisas till litteraturen för en egen bedömning; se t.ex. Schulze–Osterloh i Baumbach–Hueck 42 § RdNr 164ff.

[121] Skulle min klassificering vara korrekt är 30 § GmbHG ett delvis missvisande utbetalningsförbud, eftersom andelsägarna inte ens med styrelsens samtycke kan disponera över bolagets tillgångar motsvarande allt eget kapital utom andelskapitalet.

[122] Se 33 § 2 st. GmbHG och 272 § 4 st. HGB samt i litteraturen Goerdeler–Müller i Hachenburg 30 § RdNr 39.

[123] Se 266 § 3 st. HGB avseende balansräkningsschemat för eget kapital. Bolagsordningens bestämmelser torde vara avgörande för om tillgångar motsvarande sådana fonder kan användas för utdelning eller ej.

[124] Se i sammanhanget Emmerich i Scholz 29 § RdNr 72ff.

[125] Se beträffande min terminologi not 96 ovan.

räkning och resultaträkning. Därtill kommer "noter".[126] Skyldighet att upprätta årsbokslut och förvaltningsberättelse åvilar *Geschäftsführern*.[127] Årsbokslutet och förvaltningsberättelsen skall granskas av bolagets revisor.[128] Över revisionen skall revisorn avge en revisionsberättelse.[129]

Årsbokslutet och förvaltningsberättelsen skall tillställas andelsägarna tillsammans med revisionsberättelsen (se närmare 42a § 1 st. GmbHG). Andelsägarna har att fatta beslut om fastställelse av årsbokslutet och om användning av bolagets vinst (46 § p. 1 GmbHG).

Den centrala regleringen om användning av andelsbolagens vinst finns i 29 § GmbHG. Lagrummet erhöll en helt ny lydelse genom en reform på 1980-talet. Enligt 29 § i dess äldre lydelse hade andelsägarna anspråk på att utfå bolagets hela vinst (s.k. *Vollausschüttungsgebot*).[130] Anspråket ansågs inte annat än med samtliga andelsägares samtycke[131] kunna förminskas genom avsättning till fria fonder (*offene Rücklagen*).[132]

Enligt den nya lydelsen av 29 § GmbHG gäller att andelsägarna har anspråk på att utfå bolagets vinst, om inte annat följer av bl.a. lag eller bolagsordning. En enkel majoritet kan enligt 29 § 2 st., och i motsats till vad som var fallet tidigare, besluta om avsättning till fria fonder.[133] Och detsamma gäller beträffande vinst som andelsägarna önskar balansera till nästkommande år.[134]

En väsentlig svaghet med 29 § GmbHG i den nu gällande lydelsen är att bestämmelsen inte innefattar något skydd för minoriteten. En majoritet av andelsägarna kan tänkas svälta ut minoriteten genom t.ex. avsättning till fria fonder.[135] Slutligen bör – som antytts i det föregående – nämnas att beslut om och verkställande av vinstutdelning till andelsägarna måste stå i överenstämmelse med bl.a. likhetsprincipen.[136]

[126] 242 § och 264 § 1 st. HGB.

[127] 41 § GmbHG.

[128] Se närmare 316 § 1 st. HGB.

[129] Se närmare321 § HGB.

[130] 29 § 1 st. GmbHG hade följande lydelse:"Die Gesellschafter haben Anspruch auf den nach der Jährlichen Bilanz sich ergebenden Reingewinn, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist."

[131] Såsom enhälligt stämmobeslut; se Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 37 VI Anm. 2 b (s. 982).

[132] Se närmare Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 37 VI Anm 2 b (s. 981f) med vidare hänvisningar.

[133] Emmerich i Scholz 29 § RdNr 114 och 122.

[134] Emmerich i Scholz 29 § RdNr 114 och 125.

[135] Se härom Emmerich i Scholz 29 § RdNr 122ff och beträffande balanserad vinst Emmerich i Scholz 29 § RdNr 126.

[136] 29 § 3 st. 1 meningen GmbHG och se närmare Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 51. Om ogiltiga stämmobeslut, se t.ex. Zöllner i Baumbach–Hueck Anh 47 § RdNr 1ff och särskilt RdNr 48 om likhetsprincipen.

3.5.3 Dansk bolagsrätt – en kortfattad översikt, särskilt avseende vinstutdelning

3.5.3.1 Inledning

Lagstiftning om aktiebolag infördes för första gången i Danmark så sent som 1917.[137] Till skillnad från i gällande rätt, där det finns två bolagstyper vari delägarna saknar personligt betalningsansvar för företagets skulder, fanns det bara en bolagstyp: aktieselskabet (A/S). Aktiebolaget blev på nytt reglerat i Aktieselskabsloven af 15 april 1930, som 43 år senare ersattes av den nu gällande aktieselskabsloven nr 370 af 13 juni 1973 (AL). Med EG-medlemskapet i början av 1970-talet anpassades dansk bolagsrätt till det i de kontinentaleuropeiska staterna förhärskande dualistiska systemet med två bolagstyper. Andelsbolaget – anpartsselskab (ApS) – introducerades genom lov om anpartsselskaber nr 371 af 13 juni 1973 (ApL). Skillnaden mellan bolagstyperna består i att aktier i aktiebolag skall kunna omsättas på börsen. Motsatsvis är så inte fallet beträffande andelar i andelsbolag.

I aktiebolaget skall det finnas en "bestyrelse" och en "direktion". (Jag använder dessa termer i det följande.) Enligt 54 § 1 st. 1 meningen AL förestår "bestyrelsen" *och* "direktionen" ledningen av bolagets angelägenheter. I bolagsordningen kan intas bestämmelser om ytterligare ett bolagsorgan – "repræsentantskabet" – som liknar det tyska förvaltningsrådet.[138] (Jag använder termen "repræsentantskab" i det följande.) "Repræsentantskabet" väljs av bolagsstämman och skall utöva tillsyn över "bestyrelsens" och "direktionens" förvaltning.[139] Bolagsstämman är det högsta beslutande organet i bolaget.[140]

Aktiekapitalet måste enligt 1 § 3 st. AL uppgå till 500000 kr i aktiebolag. I andelsbolag är kapitalkravet väsentligt lägre, närmare bestämt 200000 kr (1 § 3 st. ApL).[141]

Andelsbolag leds av en "direktion" bestående av en eller flera personer och en "bestyrelse", vilken måste bestå av minst tre personer.[142] "Direktionen" har hand om den dagliga skötseln av företaget och skall

[137] Lov om aktieselskaber af 29 september 1917.

[138] 59 § 1 st. 1 meningen AL.

[139] 59 § 1 och 3 st. AL.

[140] Se t.ex. Andersen s. 220.

[141] Om borgenärsskyddet, se särskilt Andersen s. 31f.

[142] 31 § 1 st. 1 meningen ApL. Jfr dock 2 st. i samma §. I mindre bolag kan det föreskrivas i bolagsordningen att bolaget skall sakna "bestyrelse" alternativt att den skall bestå av mindre än tre ledamöter.

därvid följa de riktlinjer och anvisningar som "bestyrelsen" har meddelat.[143] ApL innehåller inte någon reglering av "repræsentantskabet".

3.5.3.2 Aktiebolag, vinstutdelning och utbetalningar till aktieägarna

Innehållet i 13 kapitlet AL om vinstutdelning skiljer sig inte särskilt mycket från 12 kapitlet ABL. Portalbestämmelsen i 109 § korresponderar mot det s.k. utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL:

> "Uddeling af selskabets midler til aktionærerne må kun finde sted som udbytte på grundlag af det seneste godkendte årsregnskab eller som udlodning i forbindelse med nedsættelse af aktiekapitalen eller overkursfonden eller i forbindelse med selskabets opløsning."

109 § synes förstås som ett förbud mot utbetalningar till aktieägarna annat än efter reglerna i AL om utdelning av vinst, om utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller "overkursfonden" och om utbetalning vid likvidation.[144] Beslut om vinstutdelning måste fattas vid den ordinarie bolagsstämman och då enbart i samband med godkännande av årsredovisningen (jfr 69 § 2 st. p. 1 och 2, 109 § och 112 § 1 meningen AL).[145] Sålunda synes utbetalning av efterskottsutdelning på grundval av ett beslut som har fattats vid en extra bolagsstämma inte kunna ske.[146] Inte heller förefaller utbetalning av "förskottsutdelning"[147] (acontoudbytte) vara tillåtet.[148] I enlighet med dessa principer står förtäckt utbetalning av vinstutdelning troligtvis i strid mot AL.[149] Det är emellertid inte säkert att bolagets organ i sistnämnda situation reagerar mot det rättsstridiga handlandet (*typiskt sett* förtäckt utbetalning av vinstutdelning som enbart strider mot regler uppställda i aktieägarnas intresse).[150]

[143] 36 § 1 st. 1 meningen ApL.

[144] Jfr Gomard III s. 277 och särskilt Werlauff 1989 s. 210f.

[145] Se Andersen s. 157 och Gomard III s. 277 samt Sneholt–Thomsen s. 346.

[146] Se Andersen s. 157, Gomard III s. 277 och Sneholt–Thomsen s. 346. Men annorlunda Werlauff 1983 s. 192f.

[147] I litteraturen synes man diskutera utbetalning av förskottsutdelning, vilket är något annat än utbetalning av interim utdelning (jfr ovan avseende art. 15 p. 2 i det andra bolagsdirektivet). Det synes dock inte som om man i dansk litteratur upprätthåller en skarp distinktion mellan dessa två "kategorier" av utbetalning av vinstutdelning. Jag utgår följaktligen från att båda omfattas av i följande not åberopade uttalanden i litteraturen.

[148] Se Andersen s. 157 och Werlauff 1989 s. 187 med vidare hänvisningar (se utförligt om frågan Werlauff i R & R 1987:1 s. 40ff) samt Sneholt–Thomsen s. 345. Frågan är omstridd och se för en annan uppfattning Gomard III s. 277f. Se beträffande älde rätt Gomard I s. 379f och Werlauff i R & R 1987:1 s. 40.

[149] Andersen s. 160 och Werlauff 1989 s. 210 samt Werlauff 1991 s. 348. Jfr dock formuleringen av Sneholt–Thomsen s. 345.

[150] Se Werlauff 1989 s. 210f och jfr Werlauff 1991 s. 348.

För varje räkenskapsår skall "bestyrelsen" och "direktionen" upprätta årsredovisning bestående av resultaträkning, balansräkning och noter.[151] "Bestyrelsen" och "direktionen" måste också upprätta en förvaltningsberättelse.[152] Förvaltningsberättelsen skall innehålla "bestyrelsens" förslag till beslut rörande användning av bolagets vinst eller täckning av förlust.[153] Årsredovisningen måste tillsammans med förvaltningsberättelsen framläggas vid den ordinarie bolagsstämman.[154]

Bolagsstämman får inte fatta beslut om vinstutdelning med ett större belopp än vad "bestyrelsen" föreslagit eller godkänt (112 § 2 meningen AL). På samma sätt som i svensk rätt har följaktligen "bestyrelsen" vetorätt. I motsats till vad som gäller enligt ABL saknas det en minoritetsskyddsregel mot utsvältning.[155]

Disponibla medel för utbetalning av vinstutdelning är årets vinst, balanserad vinst och fria reserver (110 § 1 st. AL).[156] Utbetalning av vinstutdelning får inte inkräkta på bundet eget kapital[157]. Som bundet eget kapital får betraktas följande (ej anspråk på uttömmande): aktiekapital, överkursfond,[158] uppskrivningsfond,[159] "fond" för egna aktier[160] och fonder vartill avsättning skall ske enligt bolagsordningen[161].[162] Före den 1 april 1991 fanns det en lagstadgad avsättningsskyldighet till reservfond. Numera är reservfondsavsättningsskyldigheten ersatt av en allmän skyldighet att avsätta så mycket som med hänsyn till bolagets ekonomiska ställning är nödvändigt (111 § 1 st. AL).[163]

Vid sidan av principen om skyddet för det bundna egna kapitalet gäller

[151] 2 § 1 st. 1 meningen lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab mv (årsregnskabsloven).

[152] 2 § 1 st. 3 meningen årsregnskabsloven.

[153] 56 § 4 st. årsregnskabsloven. Förslaget kan alternativt placeras i anslutning till resultaträkningen och balansräkningen, se 56 § 4 st. årsregnskabsloven.

[154] 69 § 1 st. 2 meningen AL.

[155] Detta innebär inte att utsvältning av minoriteten i och för sig är tillåtet; se Sneholt–Thomsen s. 351 med vidare hänvisningar.

[156] Se Gomard III s. 278ff och Werlauff 1989 s. 186.

[157] Termen använder jag på eget bevåg.

[158] 111 § 2 st. AL. Till fonden hör bl.a. belopp som betalas in till bolaget som överkurs vid aktieteckning; se närmare 111 § 2 st. AL.

[159] "opskrivningshenlæggelse". Se 30 § årsregnskabsloven.

[160] Se 39 § årsregnskabsloven och 22 § 1 st. (b) andra bolagsdirektivet.

[161] 110 § AL. Se Gomard III s. 279 och Werlauff 1989 s. 186.

[162] Jfr 110 § AL. Se Gomard III s. 278ff och jfr Werlauff 1989 s. 186f. Före den 1 april 1991 var dessutom den då lagstadgade reservfonden att anse som en bunden post; se t.ex. Gomard II s. 222f.

[163] Jfr härvidlag även 54 § 3 st. 1 meningen AL: "Bestyrelsen skal tage stilling til, om selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt i forhold til selskabets drift."

att utbetalning av vinstutdelning inte får stå i strid mot försiktighetsregeln i 110 § 2 st. AL:[164]

> "Udbyttet må icke overstige, hvad der er forsvarligt under hensyn til selskabets og, i moderselskaber, koncernens økonomiske stilling."

Om aktieägarna disponerar över bolagets egendom i strid mot AL uppkommer återbäringsskyldighet enligt 113 § 1 st. 1 meningen AL. En aktieägare som i god tro uppburit en utbetalning från bolaget som utdelning undgår dock återbäringsskyldighet (113 § 1 st. 2 meningen AL).[165] För brist som uppkommer vid återbäringen ansvarar de som medverkat till beslutet om utbetalningen eller genomförandet av denna eller upprättandet eller godkännandet av den oriktiga årsredovisningen[166] (113 § 2 st. AL).[167] Se härom avsnitt 11.4 nedan.

Aktiebolag får enligt 115 § AL inte lämna lån eller ställa säkerhet till aktieägare m.fl. Inte heller får ett aktiebolag lämna lån i syfte att finansiera förvärv av bolagets egna aktier. Ett säkerställande av bolagets tillgångar i strid mot förbudet är dock giltigt, om medkontrahenten var i god tro. Se närmare 115 § AL.

3.5.3.3 Andelsbolag, vinstutdelning och utbetalningar till andelsägarna

ApL innehåller i 79 § ett utbetalningsförbud som korresponderar mot det i 109 § AL. Det förefaller därför vara troligt att förbuden skall förstås på samma vis. Beslut om vinstutdelning måste fattas på den ordinarie bolagsstämman[168] och varken utbetalning av efterskottsutdelning eller utbetalning av förskottsutdelning torde vara tillåtet[169]. Förtäckt utbetalning av vinstutdelning kan inte ske lagligen; en princip som dock inte behöver innebära att bolagsorganen kräver tillbaka vad som olovligen utbetalats.[170]

Förvaltningsberättelsen skall innehålla "Bestyrelsens" förslag till beslut rörande användning av bolagets vinst eller täckning av förlust.[171] Enligt ApL saknar "bestyrelsen" vetorätt och bolagsstämman äger följ-

[164] Jfr föregående not.

[165] Godtrosskyddet gäller inte vid olovlig utbetalning i samband med nedsättning av aktiekapitalet eller overkursfonden respektive i samband med bolagets likvidation; se Sneholt–Thomsen s. 353.

[166] Begreppet "regnskabsopgørelse" används i lagtexten men jfr 69 § 2 st. p. 1 AL.

[167] Jfr 140–143 §§ AL. Se härom utförligt avsnitt 11.4.3 nedan.

[168] Jfr 50 § 2 st. p. 1 och 2, 79 § och 81 § ApL. Se ock Thomsen s. 277 samt hänvisningar i not 145.

[169] Thomsen s. 277 och se vidare hänvisningar i not 146 och 148 ovan.

[170] Se hänvisningar i not 149 och 150 ovan. Jfr Thomsen s. 276.

[171] 56 § 4 st. årsregnskabsloven. Förslaget kan alternativt placeras i anslutning till resultaträkningen och balansräkningen, se 56 § 4 st. årsregnskabsloven.

aktligen fatta beslut om vinstutdelning motsvarande i princip hela det fria egna kapitalet (jfr dock nedan). Som bundet eget kapital[172] får betraktas följande (ej anspråk på uttömmande): andelskapital (indskudskapital eller anpartskapital), uppskrivningsfond, "fond" för egna andelar och fonder vartill avsättning skall ske enligt bolagsordningen.[173] I praktiken torde bolagsstämman ändock inte kunna disponera över hela det fria egna kapitalet på grund av försiktighetsregeln i 80 § 2 st. ApL (samma lydelse som 110 § 2 st. AL).

Vid olovliga utbetalningar gäller enligt ApL både ett återbäringsansvar och ett bristtäckningsansvar efter samma principer som i AL (se 82 § ApL och ytterligare avsnitt 11.4.4 nedan). Det stadgas också ett låneförbud i ApL.[174]

3.5.4 Engelsk bolagsrätt – en kortfattad översikt, särskilt avseende vinstutdelning

3.5.4.1 Inledning

Aktiebolaget har sedan 1844 varit lagreglerat i engelsk rätt.[175] Principen om att aktieägarna generellt saknar personligt betalningsansvar för bolagets skulder infördes dock först 1855.[176] Från senare hälften av 1800-talet fram till början av innevarande sekel tillkom en omfattande lagstiftning på området,[177] vilken sammanfördes i Companies (Consolidation) Act 1908.[178] Ytterligare lagstiftning de följande 40 åren ledde till Companies Act 1948.[179] Nu gällande Companies Act är från 1985 (CA 1985)[180] och är en kodifikation av lagstiftning från 1967, 1976, 1980 och 1981 samt Companies Act 1948.[181] Betydande ändringar och tillägg till CA 1985 infördes genom Companies Act 1989 (CA 1989).[182]

[172] Termen använder jag på eget bevåg.

[173] Jfr 80 § 1 st. ApL. Se Gomard III s. 278ff, Thomsen s. 279 och Werlauff 1989 s. 186. Notera att belopp som betalas in till bolaget som överkurs vid aktieteckning inte behöver avsättas till en överkursfond. Se Gomard III s. 279.

[174] 84 § ApL.

[175] Joint Stock Companies Act 1844. Jfr Chartered Companies Act 1837.

[176] Limited Liability Act.

[177] Se Gore–Browne, V 1, 1986, § 1.1 (s. 1.001).

[178] Companies (Consolidation) Act 1908.

[179] Companies Act 1948.

[180] Därtill kommer Companies Consolidation (Consequential Provisions) Act 1985.

[181] Companies Act 1967, Companies Act 1976 och Companies Act 1980 samt Companies Act 1981. Companies Act 1980 implementerade det andra bolagsdirektivet.

[182] CA 1989 införde bl.a. sjunde och åttonde bolagsdirektiven. Vid sidan av CA 1985 och 1989 finns en rad andra lagar av bolagsrättslig karaktär. Se t.ex. Insolvency Act 1986.

Publika aktiebolag motsvaras i Storbritannien av *public limited companies* (by shares; plc). Privata aktiebolag motsvaras av *private limited companies* (by shares; ltd).[183] Båda bolagskategorierna är reglerade i CA 1985. Flertalet bestämmelser i CA 1985 är tillämpliga på båda bolagskategorierna.

> Det för aktieägarna begränsade ansvaret för bolagets skulder intill aktiernas belopp[184] kan alternativt vara begränsat genom en garanti.[185] Härutöver kan ansvaret för bolagets skulder i privata aktiebolag vara obegränsat.[186]

Styrelsen motsvaras av det s.k. *board of directors*. Någon lagstadgad verkställande direktör finns inte, men en sådan funktion fylls i praktiken av en "managing director".[187] Bolagsstämman betecknas som "general meeting".

I äldre lagstiftning stadgades inte något krav på ett aktiekapital av viss minsta storlek. Aktiekapitalets storlek och aktiernas nominella belopp skulle anges i stiftelseurkunden (s.k. *memorandum*) samtidigt som aktiekapitalet kunde uppgå till exempelvis £10. Numera skiljer sig bestämmelserna väsentligen åt beträffande å ena sidan publika bolag och å den andra privata bolag. Lagstiftningen har i enlighet med det andra bolagsdirektivet skärpts betydligt för publika bolag; kanske mest bland medlemsstaterna i den europeiska gemenskapen. För privata bolag är rättsläget i stort sett detsamma som tidigare.

Vad gäller publika bolag skall aktiekapitalet uppgå till minst £50000.[188] Av aktiernas nominella belopp måste minst en fjärdedel jämte hela överkursen betalas in till bolaget i samband med att aktierna ges ut.[189] För privata aktiebolag saknas det ett krav på att aktiekapitalet måste uppgå till en viss minsta storlek och aktietecknarna kan t.ex. erlägga en mycket liten del av aktiernas nominella belopp samtidigt som de ges ut. Det kan i följd härav ifrågasättas, om aktiekapitalet i privata aktiebolag över huvud taget – *ens hypotetiskt* – bereder bolagets borgenärer något skydd.[190]

[183] S 1 (3) CA 85. Jag använder i det följande engelsk hänvisningsteknik.
[184] S 1 (2) (a) CA 1985.
[185] S 1 (2) (b) CA 1985.
[186] S 1 (2) (c) CA 1985.
[187] Jfr The Companies (Tables A to F) Regulations 1985, (SI 1985 No 805), Schedule, Table A, art. 72. Table A innehåller en dispositiv "modellbolagsordning".
[188] S 118 (1) CA 1985.
[189] S 101 (1) CA 1985 och se art. 9 p. 1 i det andra bolagsdirektivet.
[190] Jfr kritiken i Gower I s. 122f (en del av kritiken saknar numera bärkraft).

3.5.4.2 Publika och privata aktiebolag, vinstutdelning och utbetalningar till aktieägarna

Det andra bolagsdirektivet ledde till en betydande reform av den engelska regleringen av vinstutdelning. I äldre rätt uppmuntrade och hindrade regelsystemet på en och samma gång utbetalning av vinstutdelning.[191] En rättsgrundsats var att aktiebolag vid tidpunkten för utbetalning av vinstutdelning inte fick vara – eller genom dispositionen fick bli – insolventa.[192] En annan princip var att inbetalt aktiekapital skulle komma till användning inom ramen för bolagets verksamhetsförmål och inte kunna återbetalas till aktieägarna annat än med samtycke av domstol.[193] Aktiekapitalets funktion ansågs redan då vara att bereda bolagsborgenärerna skydd.[194]

Utbetalningar till aktieägarna förutsatte vinst utan att begreppet "vinst" fanns definierat i lagstiftningen.[195] Hela vinsten för ett räkenskapsår kunde användas för utbetalning av vinstutdelning oavsett om bolaget hade balanserat förluster från tidigare år.[196] Någon avskrivning på anläggningstillgångar behövde inte ske[197] och belopp varmed anläggningstillgångar skrivits upp kunde användas för vinstutdelning[198].[199] De i äldre engelsk rätt tillämpade reglerna för att begränsa det utdelningsbara beloppet motsvarade en s.k. *current earnings test*,[200] dvs. det utdelningsbara beloppet utgjordes av rörelsens intäkter under ett räktenskapsår med avdrag för kostnaderna utan hänsyn tagen till förluster som hänförde sig till tidigare räkenskapsår.

För såväl privata som publika aktiebolag gäller numera följande huvudregel enligt s. 263 (1) och (3) CA 1985:[201]

[191] Jfr Farrar I s. 174: "The policy in the cases was an unsatisfactory blend of capital maintenance (essentially a restrictive doctrine) and a laissez-faire approach by the courts not wishing to move into an area which was thougt to be better left to business judgement."

[192] Se Farrar I s. 173 med vidare hänvisningar och French i Evolution of the Dividend Law, s. 319ff.

[193] Farrar I a.st. med vidare hänvisningar.

[194] Farrar I a.st. med vidare hänvisningar.

[195] Farrar I a.st. med vidare hänvisningar. Jfr Buckley, On the Companies Acts, 14 uppl. 1981, V 1, s. 1032 rörande First Schedule, Table A, art. 116 till Companies Act 1948; äldre "modellbolagsordning".

[196] Farrar I a.st. med vidare hänvisningar.

[197] Farrar I a.st. med vidare hänvisningar.

[198] Farrar I a.st. med vidare hänvisningar.

[199] Se utförligare om äldre regler t.ex. Farrar I s. 173f, Pennington I s. 357ff och Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.14.2 (s. 13.043f).

[200] Jfr Pennington II s. 452. Se närmare om "current earnings" modellen nedan avsnitt 3.6.4.

[201] Jfr art. 15 p. 1 (c) i det andra bolagsdirektivet.

"(1) A company shall not make a distibution except out of profits available for the purpose. /.../

(3) For purposes of this Part, a company's profits available for distribution are its accumulated, realised profits, so far as not previously utilised by distribution or capitalisation, less its accumulated, realised losses, so far as not previously written off in a reduction or reorganisation of capital duly made."

Huvudregeln innebär att det utdelningsbara beloppet i ett bolag består av dess ackumulerade realiserade vinster till den del vinsterna inte tidigare år har använts för utbetalning av vinstutdelning eller ökning av aktiekapitalet[202] reducerat med ackumulerade realiserade förluster[203] till den del förlusterna inte tidigare år har täckts genom nedsättning eller rekonstruktion av det egna kapitalet.[204] Sammanfattningsvis vilar vinstutdelningsreglerna i engelsk rätt numera på en s.k. earned surplus test;[205] låt vara att den endast är konsekvent genomförd för publika aktiebolag (jfr nedan avsnitt 3.6.4).

Det bör beträffande privata bolag särskilt framhållas,[206] att utbetalning av vinstutdelning inte får inkräkta på aktiekapitalet.[207] Denna princip är dock av begränsad betydelse, eftersom det – som jag redan har framhållit – inte finns något lagstadgat lägsta tillåtna aktiekapital.

Enligt min uppfattning kan det ifrågasättas, om inte i privata bolag ett antal poster förutom aktiekapitalet måste betraktas som bundna – dvs. som bundet eget kapital[208] – i den meningen att tillgångar motsvarande dessa poster inte kan bli föremål för utbetalning av vinstutdelning. Som exempel må

[202] Se närmare s. 280 CA 1985. Medel kan genom "capitalisation" dessutom avsättas till en s.k. capital redemption reserve.

[203] Ej orealiserade förluster. Däremot är detta fallet beträffande publika bolag. Se s. 264 (1) och (3) (c) CA 1985.

[204] Se utförligt Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.14.3ff (s. 13.044ff) och Charlesworth & Morse s. 629ff.

[205] Jfr Pennington III s. 421 och se närmare om "earned surplus" modellen nedan avsnitt 3.6.4.

[206] Jag betraktar inte principen om skyddet för det bundna egna kapitalet som "självklar", eftersom den kommer till uttryck i s. 264 (1) CA 1985 (nedan), vilken – märkligt nog – blott är tillämpliga på publika aktiebolag.

[207] Se Farrar I s. 175 jämfört med s. 173. Jfr s. 263 (2) CA 1985 och definitionen av termen "distribution" ("out of profits"), vilken inte täcker nedsättning av aktiekapital (s. 263 [2] [c] CA 1985). Jfr även s. 135ff CA 1985 om nedsättning av aktiekapitalet. Sålunda måste en "distribution" innefattande tillgångar motsvarande aktiekapitalet betraktas som ett otillåtet förfogande (återbäringsansvar enligt s. 277 CA 1985). Jfr ock s. 281 CA 1985. För övrigt gäller förmodligen fortfarande att bolaget vid tidpunkten för utbetalningen av utdelningen inte får vara insolvent eller genom utbetalningen bli insolvent; se Farrar I s. 175 jämfört med s. 173 och s. 281 CA 1985.

[208] Termen använder jag på eget bevåg.

nämnas s.k. *share premium account*[209] och s.k. *capital redemption reserve*[210]. Ytterligare ett exempel är fonder vartill avsättning skall ske enligt bolagsordningen och vilka inte får användas för vinstutdelning till aktieägarna.[211] Skulle min analys vara korrekt är skillnaden mellan vinstutdelningsreglerna för privata aktiebolag respektive publika aktiebolag mindre än vad lagtexten tyder på (jfr s. 264 CA 1985 nedan).

Enligt s. 264 (1) CA 1985 gäller ytterligare en begränsning för publika bolag vad beträffar det utdelningsbara beloppets storlek:[212]

> "(1) A public company may only make a distibution at any time –
> (a) if at that time the amount of its net assets is not less than the aggregate of its called-up share capital and undistributable reserves, and
> (b) if, and to the extent that, the distribution does not reduce the amount of those assets to less than that aggregate."

En jämförelse mellan s. 263 (1) och (3) och s. 264 (1) CA 1985 visar att den *till synes* huvudsakliga skillnaden – språkligt sett – mellan privata och publika aktiebolag vad gäller beloppsgränsen är att publika aktiebolag inte får företa utbetalning av vinstutdelning som inkräktar på aktiekapitalet och andra bundna poster i balansräkningen (men jfr ovan).[213]

> Som bundet eget kapital[214] får förutom aktiekapitalet betraktas bl.a. följande: *share premium account*,[215] *capital redemption reserve*[216] samt fonder vartill avsättning skall ske enligt bolagsordningen och vilka inte får bli föremål för vinstutdelning[217]. Se definitionen s. 264 (3) CA 1985.

Utbetalning av utdelning i strid mot nämnda regler kan återkrävas av ondtroende mottagare; se s. 277 (1) CA 1985. Återbäringsskyldighet kan även följa av allmänna principer (se härom avsnitt 11.5.1 nedan).[218]

Utbetalning av vinstutdelning förutsätter att bolagets styrelse har upp-

[209] Till posten förs överkurs i samband med emission av aktier; s. 130 (1) CA 1985.

[210] Till posten förs den del av bolagets vinst som tas i anspråk vid bl.a. förvärv av egna aktier och motsvarar det belopp varmed bolagets aktiekapital minskar; se närmare s. 170 (1) CA 1985.

[211] Jfr s. 281 CA 1985.

[212] Se art. 15 p. 1 (a) andra bolagsdirektivet. Se beträffande utdelningsregler för investment companies s. 265f CA 1985.

[213] Se not 203 ovan beträffande orealiserade förluster.

[214] Termen använder jag på eget bevåg.

[215] Se not 209.

[216] Se not 210.

[217] Se not 211.

[218] Jfr Precision Dippings Ltd v Precision Dippings Marketing Ltd [1985] 3 WLR 812 på s. 817f och s. 277 (2) CA 1985 samt se Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.15 (s. 13.050). Se vidare avsnitt 11.5.1 nedan.

rättat årsredovisning. Årsredovisningen skall bestå av resultaträkning, balansräkning och noter.[219] Om ett publikt bolag under det första räkenskapsåret skall företa utbetalning av vinstutdelning måste särskilda räkenskaper upprättas.[220] Särskilda räkenskaper måste ock upprättas, om ett publikt bolag skall företa utbetalning av interim utdelning.[221]

Enligt huvudregeln, och om inget annat följer av bolagsordningen, skall beslut om vinstutdelning fattas av bolagsstämman (jfr nedan).[222] Det är normalt sett den ordinarie bolagsstämman som har att fatta beslut om vinstutdelning,[223] men inget synes hindra att ett dylikt beslut fattas på en extra bolagsstämma[224].

En begränsning av bolagsstämmans möjligheter att fatta beslut om vinstutdelning följer av art. 102, Table A, i den "modellbolagsordning" som hör till CA 1985.[225] Bolagsstämman äger inte fatta beslut om vinstutdelning med ett större belopp än vad styrelsen föreslagit (*/.../ no dividend shall exceed the amount recommended by the directors*). Det bör vidare nämnas att styrelsen enligt art. 103, Table A, har kompetens att fatta beslut om "interim utdelning". Styrelsen kan i bolagsordningen till och med tillerkännas en exklusiv beslutanderätt i fråga om vinstutdelning.[226]

I överensstämmelse med vad som gäller i t.ex. Sverige är vid beslut om och verkställande av vinstutdelning varje aktie berättigad till ett lika stort belopp som annan aktie.[227] En annan fördelningsprincip, såsom i form av preferensaktier, kan följa av bolagsordningen. Aktieägarnas anspråk på utdelning förfaller till betalning när bolagsstämman har fattat ett giltigt stämmobeslut om vinstutdelning.[228]

Minoritetsskyddet i engelsk bolagsrätt kan allmänt sett karaktiseras

[219] Se närmare s. 262 (1) jämfört med s. 226–227 CA 1985 ändrad genom CA 1989.
[220] S 270 (4) (b) och s. 273 CA 1985.
[221] S 270 (3–4) jämfört med s. 272 CA 1985 och jfr art. 15 p. 2 i det andra bolagsdirektivet. Om ett publikt eller privat bolag avser företa efterskottsutdelning gäller en särskild sammanläggningsregel innebärande att tidigare företagen utdelning skall beaktas jämte den föreslagna; se s. 270 (3–4) jämfört med s. 274 CA 1985.
[222] Se Companies (Tables A–F) Regulations 1985, (SI 1985 No 805), Schedule, Table A, art. 102 och Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.18 (s. 13.052Aff) samt Pennington III s. 366f.
[223] Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.18 (s. 13.052A not 4) och Pennington III s. 367.
[224] Jfr Table A, art. 102 ovan och Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.18 (s. 13.052A) samt Pennington III s. 367. Ett förbud mot att beslut om utdelning fattas på extra bolagsstämma kan stadgas i bolagsordningen.
[225] Se hänvisningen i not 222 ovan.
[226] Pennington III s. 366f.
[227] Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.18 (s. 13.053).
[228] Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.18 (s. 13.052Af) och Charlesworth & Morse s. 626.

som tämligen underutvecklat.[229] CA 1985 innehåller t.ex. inga regler som syftar till att förhindra utsvältning. Åsidosatta aktieägare kan dock alltid åberopa bestämmelserna om tvångslikvidation.[230] Det finns även ett skydd för aktieägare mot s.k. *unfair prejudice* (en slags generalklausul).[231] En grupp av aktieägare som har goda möjligheter att komma till rätta med diskriminerande utbetalning av vinstutdelning är, såvitt jag kan förstå, innehavare av preferensaktier.[232]

3.5.5 Norsk bolagsrätt – en kortfattad översikt, särskilt avseende vinstutdelning

3.5.5.1 Inledning

Norge införde lagstiftning om aktiebolag (aksjeselskap) så sent som 1910.[233] 1910 års lag blev bestående i nära femtio år intill dess att den ersattes av lov om aksjeselskaber av den 6 juli 1957. 1957 års lag innehöll flera nyheter jämfört med 1910 års lag. Inte minst höjdes lägsta tillåtna aktiekapital från 3000 kr till 10000 kr.[234]

Gällande rätt bygger på en aktiebolagslag från 1976 (lov om aksjeselskaper av 4 juni 1976 nr 59; ASL), som ersatte 1957 års aktiebolagslag. Aktiekapitalet måste enligt § 1-1 3 st. ASL uppgå till minst 50000 kr.[235]

Aktiebolag skall ha en styrelse bestående av minst tre personer. I bolag vars aktiekapital uppgår till mindre än en miljon kr kan styrelsen i stället bestå av en eller två ledamöter (§ 8-1 ASL). Aktiebolag med ett aktiekapital uppgående till minst en miljon kr måste förutom en styrelse bestående av tre ledamöter ha en verkställande direktör (*administrerende direktør*; även kallad *forretningsfører, disponent*); se § 8-4 ASL. Verkställande direktör kan förekomma på frivillig basis i mindre bolag. På ett

[229] Ett annat sätt att se på saken är emellertid att hänvisa till reglernas kommersiellt praktiska utformning; ett inte invändningsfritt argument.

[230] Se s. 122 (1) (g) Insolvency Act 1986: "...just and equitable that the company should be wound up." Se Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.18 (s. 13.052A not 3) med vidare hänvisningar.

[231] Se s. 459ff CA 1985 och Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.18 (s. 13.052A not 3) med vidare hänvisningar. Märk särskilt s. 459 (1) jämfört med s. 461 CA 1985. Innebär sistnämnda bestämmelse måhända att minoriteten kan kräva utdelning med ett visst minsta belopp och få ett domstolsutslag med detta innehåll?

[232] Jfr Charlesworth & Morse s. 641.

[233] Lov om aksjeselskaber og kommanditaktieselskaber av 19 juli 1910.

[234] I 1910 års lag uppställdes från början bara krav på ett minsta aktiekapital om 30 kr. Tjugo år efter lagens tillkomst höjdes kravet till 3000 kr.

[235] Jag begagnar i det följande norsk hänvisningsteknik.

i jämförelse med Danmark och Tyskland liknande vis skall det under vissa förutsättningar finnas ett förvaltningsråd. Enligt § 8-18 ASL 1 st. (men se 2 st. och § 8-17) är aktiebolag, som under de tre senaste räkenskapsåren i genomsnitt har haft fler än 200 anställda, skyldiga att inrätta en s.k. *bedriftsforsamling* bestående av 12 medlemmar eller fler (delbart med tre).[236] (Termen "bedriftsforsamling" används i det följande.) Syftet med "bedriftsforsamlingen" synes främst vara att garantera de anställda inflytande över verksamheten (jfr § 8-18 och § 8-20 ASL).

Ledamöter till "bedriftsforsamlingen" väljs till två tredjedelar av bolagsstämman. En tredjedel väljs av och bland de anställda. Till "bedriftsforsamlingens" arbetsuppgifter hör att välja medlemmar till styrelsen och styrelseordförande samt att löpande utöva tillsyn över styrelsens och verkställande direktörens förvaltning av bolaget. Det åligger "bedriftsforsamlingen" att till bolagsstämman uttala sig om stämman bör godkänna styrelsens förslag till resultaträkning och balansräkning samt eventuell koncernresultaträkning och koncernbalansräkning. "Bedriftsforsamlingen" skall vidare uttala sig om styrelsens förslag till dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust. Se närmare § 8-20 ASL.

I aktiebolag som saknar "bedriftsforsamling" kan det i bolagsordningen intas bestämmelser om att bolaget skall ha ett s.k. *representantskap*. Se om "representantskapet" § 8-23 ASL.

> En ny lagstiftning för aktiebolag har föreslagits i NOU 1992:29. Förslaget är främst föranlett av EES-avtalet och EG:s bolagsdirektiv. I utredningen föreslås dock även en rad ändringar som inte följer av harmoniseringsarbetet.
>
> Ett av de viktigaste förslagen i utredningen är införandet av två bolagskategorier: "offentlige aksjeselskap" och "private aksjeselskap". (Jag begagnar termen publika aktiebolag för "offentlige aksjeselskap".) För privata aktiebolag föreslås att lägsta tillåtna aktiekapital skall vara 150000 kr och för publika aktiebolag 1 milj kr. Se § 3-2 i förslaget.
>
> Det norska lagförslaget innehåller en regel, som enligt min mening återspeglar en både välgenomtänkt och nydanade syn på aktiebolagsrättliga bestämmelser rörande det egna kapitalet och deras funktion. Regeln återfinns i § 3-3 2 st. och lyder på följande vis:[237]
>
> "Egenkapitalen skal til enhver tid være forsvarlig ut fra risikoen ved den virksomhet som selskapet driver."
>
> Syftet med regeln är att konkretisera och skärpa de verkställande organens plikt att sörja för att bolaget har ett tillräckligt stort eget kapital, och tanken

[236] I andra bolag kan bedriftsforsamling inrättas genom bestämmelse i bolagsordningen. Se § 8-22 ASL.

[237] Jfr i dansk rätt 54 § 3 st. 1 meningen AL, citerat i not 163 ovan.

synes vara att den bl.a. skall tillmätas betydelse vid aktsamhetsbedömningen vid tillämpningen av de skadeståndsrättsliga bestämmelserna.[238]

För övrigt märks i förslaget implementeringen av art. 9 i det första bolagsdirektivet (§ 9-22 i förslaget) och ett nytt kapitel (15) rörande fission (delning av aktiebolag). Härutöver bör nämnas att utredningen vill avskaffa bestämmelserna om "bedriftsforsamlingen" och "representantskapet". Jag återkommer till de av utredningen föreslagna ändringarna av vinstutdelningsreglerna i följande avsnitt.

Ovan nämnda utredning har sedermera resulterat i att en proposition har förelagts den norska riksdagen, närmare bestämt Ot.prp. 1993-94 nr 36. Den föreslagna aktiebolagslagen har dock blivit tämligen hårt kritiserad. I jämförelse med utredningen märks bl.a. följande ändringar eller justeringar:

Enligt § 3-1 1 st. skall lägsta tillåtna aktiekapital för privata aktiebolag vara 100000 kr och för offentliga aktiebolag 1 miljon kr.

Regeln om krav på försvarligt egenkapital återfinns i propositionen i § 3-5 2 st. och har följande lydelse:

"Egenkapitalen skal til enhver tid være forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av den virksomhet som selskapet driver."

Departementet framhåller att ett generellt och skönsmässigt krav om att bolaget skall ha ett försvarligt eget kapital har betydelse i flera avseenden. Det kanske viktigaste förefaller vara att en sådan rättslig standard – såvitt jag kan förstå – innebär en uppfordran till bolagsledningen att fortlöpande företa värderingar av bolagets ekonomiska ställning, och till att iscensätta nödvändiga åtgärder. Vidare kommer en dylik regel, som klarare betonar att det är en del av bolagsledningens plikter att sörja för att bolaget har ett försvarligt eget kapital, troligtvis att medföra att skadeståndsanspråk mot bolagsledningen lättare vinner framgång. För att regeln skall ge upphov till ersättningsansvar synes dock departementet mena att det egna kapitalet rent faktiskt skall ha varit oförsvarligt lågt, och därtill måste bolagsledningens värdering av situationen ha varit oaktsam. De osäkerhetsfaktorer som gör sig gällande vid värderingen av om det egna kapitalet är försvarligt, talar för att bolagsledningen får ett visst spelrum och att ansvar bara ifrågakommer vid grövre överträdelser.[239]

När det gäller det närmare innehållet av bestämmelsen, bör värderingen av vad som vid ett givet tillfälle är ett försvarligt eget kapital ske konkret med utgångspunkt i förhållandena i det enskilda bolaget. Exempel på faktorer som bör beaktas är bl.a. om bolaget är nystartat eller bedriver en existerande verksamhet och de kapitalkrav som är aktuella i respektive fall, verksamhetens art och omfång samt den risk som är förknippad med verksamheten.[240]

[238] NOU 1992:83 s. 38. Jfr ock § 3-4 i förslaget som liknar 13:2 ABL. Men se § 3-6 i Ot.prp. 1993–94 nr 36 om en betydligt beskedligare "13:2" regel.

[239] Se närmare Ot.prp. 1993–94 nr 36 s. 68.

[240] Se närmare Ot.prp. 1993–94 nr 36 s. 68.

Art 9 i det första bolagsdirektivet föreslås i propositionen bli implementerad genom § 7-22. Bestämmelser om fission finns intagna i 14 kapitlet (tillsammans med bestämmelser om fusion).

I motsats till utredningens förslag föreslås i propositionen att bestämmelserna om "bedriftsforsamlingen" skall vara kvar. Däremot är detta – och i likhet med utredningens förslag – inte fallet i fråga om bestämmelserna om "representantskapet". Jag behandlar de i propositionen föreslagna ändringarna av vinstutdelningsreglerna i följande avsnitt.

3.5.5.2 Aktiebolag, vinstutdelning och utbetalningar till aktieägarna

Regleringen av vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom i 12 kapitlet ASL är frånsett systematiken i många avseenden lik den i 12 kapitlet ABL. Kapitlet inleds med bestämmelser om reservfondsavsättning i 1 till 3 §§, varefter följer regler om vinstutdelning i 4 till 8 §§, gåvor av bolagets medel i 9 § och ett "partiellt" låneförbud i 10 §.

Den norska motsvarigheten till utbetalningsförbudet återfinns i § 12-4 1 st. 1 meningen ASL.[241]

> "Utbetaling på aksjer som ikke skjer etter reglene om tilbakebetaling etter oppløsning eller kapitalnedsettelse, kan bare skje etter reglene om utdeling av utbytte."

Utbetalningar till aktieägarna måste sålunda ske i enlighet med antingen bestämmelserna om återbetalning vid bolagets upplösning, återbetalning vid kapitalnedsättning eller utdelning av vinst. Beslut om vinstutdelning skall fattas på den ordinarie bolagsstämman på grundval av fastställd resultaträkning och fastställd balansräkning och beslutet måste stå i överensstämmelse med styrelsens förslag till vinstutdelning vad avser beloppets maximala storlek såvida inte styrelsen godkänner ett större belopp (§ 12-6 1 st. 1 och 3 meningen och jfr § 9-5 2 st. p. 1 ASL).[242] Att beslut om vinstutdelning skall tas på den ordinarie bolagsstämman torde inte utgöra något hinder mot att en extra bolagsstämma fattar beslut om ytterligare vinstutdelning.[243] Utbetalning av förskottsutdelning synes inte vara tillåtet.[244]

Förtäckt utbetalning av utdelning omfattas av utbetalningsförbudet i

[241] Av 2 st. följer att det som är bestämt om vinstudelning i kapitlet också gäller för koncernbidrag (med en särskild tillämpning av bestämmelserna om reservfondsavsättning).

[242] Beslutanderätten kan genom bestämmelse i bolagsordningen tilläggas "bedriftsforsamlingen" eller "representantskapet"; se § 12-6 1 st. 2 meningen ASL.

[243] Marthinussen–Aarbakke s. 449 och jfr Andenæs s. 343. Det förutsätts att de tidigare fastställda räkenskaperna utvisar utdelningsbara medel i erforderlig omfattning.

[244] Jfr § 12-5 ASL och se Andenæs s. 343.

§ 12-4 1 st. 1 meningen ASL[245] och ger i princip upphov till återbäringsskyldighet enligt § 12-8 1 st. 1 meningen ASL[246]. Med samtycke av samtliga aktieägare torde förtäckta utbetalningar dock kunna ske i strid mot bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse såsom generalklausulerna (§ 8-14 1 st. och § 9-16 ASL).[247] Återbäringsskyldighet torde alltid komma i fråga vid utbetalningar i strid mot bestämmelser uppställda i borgenärernas intresse, t.ex. en utbetalning som inkräktar på bundet eget kapital.[248]

För varje räkenskapsår skall bolagets styrelse till "bedriftsforsamlingen" (eventuellt "representantskapet") och bolagsstämman avge "årsoppgjør", vilken består av resultaträkning, balansräkning och förvaltningsberättelse (jfr § 11-1 med § 8-7, § 8-20, § 8-23 och § 9-5 ASL). Förvaltningsberättelsen skall innehålla förslag till dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust (§ 11:12 4 st. ASL). Bolagsstämman eller – om det följer av bolagsordningen – "bedriftsforsamlingen" alternativt "representantskapet" har att fatta beslut om vinstutdelning (§ 12-6 1 st. 1 och 2 meningen ASL). Det bolagsorgan som tillagts beslutanderätten får, som redan framgått, inte fatta beslut om vinstutdelning med ett större belopp än vad styrelsen föreslagit eller godkänt (§ 12-6 1 st. 3 meningen ASL). Utbetalningsdagen, dvs. förfallodagen, får inte sättas senare än 6 månader från dagen då beslutet om vinstutdelning fattades (§ 12-7 2 st. ASL).[249]

Medel disponibla för utbetalning av vinstutdelning utgörs av årets överskott, odisponerat överskott från tidigare år och fria fonder med avdrag för dels redovisad (udekket), förlust, dels den del av årsöverskottet som i enlighet med lag eller bolagsordning skall avsättas till reservfond eller inte får användas för utdelning; se § 12-5 1 meningen ASL. § 12-5 1 meningen ASL ger alltså uttryck för principen om skyddet för det bundna egna kapitalet (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden).[250] Som bundet eget kapital får betraktas följande (ej anspråk på

[245] Jfr § 12-4 1 st. 2 meningen ASL och i litteraturen Andenæs s. 339ff, Marthinussen–Aarbakke s. 443ff och Skåre–Knudsen s. 310f.

[246] Jfr Marthinussen–Aarbacke 444. Jfr ock Andenæs s. 350f, Skåre–Knudsen s. 315f samt Innstilling s. 173.

[247] Ett uttryckligt stöd för detta har jag inte kunnat finna i norsk litteratur men synes följa av allmänna principer; jfr Andenæs s. 347 men se s. 350.

[248] Inte heller för denna slutsats har jag kunnat finnat ett uttryckligt stöd i norsk litteratur, men den borde följa av allmänna principer; jfr Andenæs s. 350 och § 9-17 3 st. p. 1 ASL om att ogiltiga stämmobeslut i strid mot borgenärsskyddet är att betrakta som nulliteter (jfr Skåre–Knudsen s. 234).

[249] Saknas förfallodag torde beloppet förfalla till betalning omedelbart.

[250] Jfr Skåre–Knudsen s. 312.

uttömmande): aktiekapital, reservfond,[251] uppskrivningsfond[252] och andra fonder som enligt bolagsordningen inte får användas för utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna[253].[254]

Avsättning till reservfond skall enligt § 12-1 ASL ske med tio procent av årsöverskottet jämte ett belopp som motsvarar vad bolaget beslutar utdela till aktieägarna utöver tio procent av aktiekapitalet, reservfond och uppskrivningsfond intill dess att reservfonden uppgår till tjugo procent av aktiekapitalet. Om reservfonden uppgår till tjugo procent av aktiekapitalet, men tillsammans med aktiekapitalet och uppskrivningsfonden inte motsvarar bolagets skulder, skall bolaget avsätta medel till reservfonden intill dess att dessa poster tillsammans motsvarar bolagets skulder.[255]

Principen om skyddet för det bundna egna kapitalet sådan den kommer till uttryck i § 12-5 1 meningen ASL kompletteras av en allmän försiktighetsregel i § 12-5 2 meningen ASL:

> "Det kan ikke i noe høve besluttes utdelt mer enn forenlig med forsiktig og god forretningsskikk under tillbørlig hensyn til tap som måtte være inntruffet etter balansedagen, eller som må forutsettes å ville inntreffe".

Sker utbetalning till aktieägare i strid mot ASL är mottagaren skyldig att återbära vad han uppburit (§ 12-8 1 st. 1 meningen ASL). En aktieägare undgår återbäringsskyldighet, om utbetalningen har skett som utdelning och aktieägaren, då han mottog denna, varken insåg eller borde ha insett att utbetalningen var olovlig (§ 12-8 1 st. 2 meningen ASL). Den som av uppsåt eller oaktsamhet medverkar till beslut om eller verkställande av en utbetalning i strid mot ASL ansvarar för den förlust som åsamkas bolaget på grund av att någon återbetalning inte kommer till stånd (§ 12-8 2 st. ASL). Se härom närmare avsnitt 11.6 nedan.

ASL tillåter penninglån till aktieägare under förutsättning att bolaget enligt den senaste fastställda balansräkningen disponerar över fritt eget kapital som minst motsvarar lånebeloppet och att det för lånet ställs betryggande säkerhet.[256] Se närmare § 12-10 ASL.

[251] Jfr § 11-6 2 st. p. 2.4.1.2 med § 12-1 – § 12-3 ASL. Undantag måste göras för belopp som enligt § 12-2 2 st. ASL fritt får disponeras för bl.a. utdelning; se Marthinussen–Aarbakke s. 446.

[252] Se § 11-6 2 st. p. 2.4.1.3 och § 11-10 4 st. p. 4 ASL.

[253] Jfr § 12-5 1 st. 1 meningen ASL och se Marthinussen–Aarbakke s. 446.

[254] Jfr § 11-6 2 st. p. 2.4.1 (ej uttömmande) och se Marthinussen–Aarbakke s. 446 och Skåre–Knudsen s. 312.

[255] Jfr för Sveriges del 71–72 §§ 1944 års lag, ovan avsnitt 2.2.

[256] Och motsvarande villkor gäller om ett bolag ställer säkerhet för aktieägares skulder.

I NOU 1992:29 föreslås ett nytt 3:e kapitel, vilket skall innehålla de centrala bestämmelserna – aktiebolagsrättsliga principerna – om aktieägarnas ansvar för bolagets skulder, aktiekapital, eget kapital, tillskott och vinstutdelning. "Utbetalningsförbudet" i 12-4 1 st. ASL skall enligt förslaget flyttas till § 3-17. Utredningen föreslår också vissa ändringar i denna bestämmelse, som därmed skulle komma att lyda på följande vis (utbetalningar i samband med fusion och fission har tillkommit):

"Utdeling fra aksjeselskap kan bare skje etter reglene om tilbakebetaling etter oppløsning, kapitalnedsetting, utbytte, fusjon og fisjon. Som utdeling regnes enhver overføring som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren tilgode."

Bestämmelsen om återbäringsskyldighet, godtrosskydd (utvidgat till att omfatta alla typer av lagstridiga utbetalningar) och bristtäckningsskyldighet föreslås bli flyttad till § 3-18 ASL.

De närmare bestämmelserna om vinstutdelning återfinns enligt förslaget i 13 kapitlet ASL. I materiellt hänseende föreslår utredningen flera ändringar. Avsättningsskyldigheten till reservfonden föreslås bli 20% av årsöverskottet mot nuvarande 10% intill dess att reservfonden tillsammans med aktiekapitalet och uppskrivningsfonden motsvarar bolagets skulder vid utgången av räkenskapsåret (§ 13-1 1 st. p. 1 i förslaget).[257] Förutom denna för alla bolag generella regel och övriga fall där medel skall tillföras reservfonden, vilka tillsammans syftar till att säkra ett *minimum av eget kapital* i alla aktiebolag,[258] gäller att i fall där detta inte är tillräckligt med hänsyn till *bolagets reella behov* av eget kapital skall ske den ytterligare avsättning som är nödvändig med utgångspunkt i bolagets ekonomiska ställning;[259] se § 13-1 1 st. p. 5 och jfr § 3-3 2 st. i förslaget (se om § 3-3 2 st. ovan). Det bör vidare nämnas att formuleringen "forsiktig og god forretningsskikk" i försiktighetsregeln (§ 12-5 2 meningen ovan och jfr beträffande svensk rätt "god affärssed" i 12:2 2 st. 1 meningen ABL) föreslås bli ersatt med uttrycket "selskapets stilling" (§ 13-5 2 st. 1 meningen i förslaget)[260] och att en särskild försiktighetsregel införs för moderbolag i koncerner (§ 13-5 2 st. 2 meningen i förslaget).[261]

De i utredningen föreslagna ändringarna av vinstutdelningsreglerna synes

[257] Enligt utredningen ger den nuvarande bestämmelsen om att reservfonden skall utgöra 20% av aktiekapitalet (jfr 12:4 1 st. p. 1 ABL) inte någon vägledning vad avser behovet av eget kapital. Se NOU 1992:29 s. 176.

[258] SOU 1992:29 s. 173f och s. 176.

[259] NOU 1992:29 s. 176.

[260] Därtill kommer redaktionella ändringar.

[261] Se därtill reformen av det särskilda (utvidgade) förbudet mot att ett bolag ställer medel till förfogande (stille midler til rådighet) – såsom att det lämnar kredit eller ställer säkerhet – i förbindelse med förvärv av aktier i bolaget eller aktier i annat bolag inom samma koncern. (Se närmare § 13-12 i förslaget och § 10-8 i Ot.prp. 1993–94 nr 36 samt jfr den nu gällande regeln i § 12-10 6 st. ASL.)

i huvudsak ha godtagits i propositionen. Följande ändringar eller justeringar bör dock nämnas:

"Utbetalningsförbudet" har flyttats till § 3-19 (med ovan nämnda ändringar) och bestämmelsen om återbäringsskyldighet, godtrosskydd (som ovan) och bristtäckningsskyldighet till § 3-20.

De materiella vinstutdelningsreglerna stadgas i kapitel 10. Vad gäller avsättningsskyldigheten till reservfonden, som återfinns i 3 kapitlet, stadgas i § 3-2 bl.a. att varje bolag skall företa avsättningar till en reservfond med minst (1) 20% av årsöverskottet intill dess reservfonden tillsammans med bolagets aktiekapital och uppskrivningsfond motsvarar bolagets skulder vid utgången av räkenskapsåret och (2) så mycket som bolaget beslutar utdela av vinsten utöver 10% av aktiekapital, uppskrivningsfond och reservfonden vid räkenskapsårets början (jfr både gällande rätt och utredningens förslag). § 3-5 2 st. synes emellertid kunna innebära en skyldighet att företa ytterligare avsättningar till reservfonden;[262] någon särskild bestämmelse om detta föreslås inte i propositionen (annorlunda i utredningens förslag ovan). Försiktighetsregeln återfinns i § 10-1 2 st. med i princip samma innehåll som den nu gällande regeln (se ovan).

3.5.6 USA – en kortfattad översikt, särskilt avseende vinstutdelning

3.5.6.1 Inledning

Lagstiftning på aktiebolagsrättens område har i USA funnits alltsedan slutet av 1700-talet och början av 1800-talet.[263] Delstaten Connecticut införde redan 1837 lagstiftning som innebar att ett bolag kunde bildas för "any lawful purpose".[264] I mitten av 1800-talet fanns det bolagslagar i flera delstater såsom Delaware och New York.[265]

Delstaten Delaware har i modern tid haft stor betydelse för den bolagsrättsliga utvecklingen i USA. Det främsta skälet till Delawares inflytande synes vara att en majoritet av de bolag som är inregistrerade på börsen i New York (New York Stock Exchange) har bildats i enlighet med lagstiftningen i denna delstat. Två andra delstater vars aktiebolagsrättsliga lagstiftning får betraktas som ledande är Kalifornien och New York.

Av större *principiell betydelse* för den bolagsrättsliga utvecklingen är

[262] Jfr Ot.prp. 1993–94 nr 36 s. 58.

[263] North Carolina 1795, Massachussets 1799 och New York 1811. Se Henn–Alexander 1983 s. 25f.

[264] Se Henn–Alexander s. 25 not 12.

[265] Oftast var möjligheten till bolagsbildning dock begränsad till vissa verksamhetsföremål – branscher; jfr Henn–Alexander s. 25f.

det arbete som bedrivs av "Committee on Corporate Laws" knutet till "American Bar Association" och vilket har resulterat i en s.k. modellakt. Första versionen av denna modellakt – den s.k. Model Business Corporation Act (MBCA) – publicerades 1950.[266] Modellakten har sedan dess reviderats vid flera tillfällen[267]. [268] Efter den senaste större revideringen, som publicerades 1984, betecknas modellakten som "Revised Model Business Corporation Act (1984)"; i det följande RMBCA 1984.

3.5.6.2 Allmänt om aktiebolagen i USA

I USA betecknas motsvarigheten till den ordinarie bolagsstämman som *"annual shareholders meeting"*.[269] Vid denna skall aktieägarna först och främst välja ledamöter till bolagets styrelse.[270] Liksom eljest är det bolagets styrelse – det s.k. *board of directors* – som ansvarar för förvaltningen av bolagets angelägenheter.[271] Den löpande förvaltningen handhas av en s.k. *president*.

Inställningen i USA till aktiekapitalets funktion som en slags säkerhet för bolagets borgenärer avviker avsevärt från den rådande uppfattningen i Europa. En överväldigande majoritet av delstaterna saknar numera ett krav på att aktiekapitalet skall uppgå till ett visst minsta belopp.[272]

Teorin bakom denna ur europeisk synvinkel radikala lösning är att varje lagstadgat krav på lägsta tillåtna aktiekapital måste konstrueras godtyckligt,[273] inte tar hänsyn till det enskilda bolagets behov av eget

[266] Se Hackney, The Financial Provisions of the Model Business Corporation Act, 70 Harv L Rev 1357 (1957) på s. 1357 not 1. Till "modell" för modellakten låg Illinois Business Corporation Act, som i sin tur baserade sig på "Uniform Business Corporation Act" från 1928. Se om sistnämnda modellakt not 268 nedan.

[267] Särskilt bör nämnas 1969 års modellakt.

[268] I äldre litteratur hänvisas stundom till en annan "modellakt" varmed egentligen avses den s.k. Uniform Business Corporation Act. Modellakten grundade sig på en studie av "the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws" som publicerades 1928. Modellakten fick aldrig någon generell genomslagskraft men påverkade lagstiftningen i delstater såsom Kalifornien, Minnesota och Illinois (och genom sistnämnda delstat indirekt MBCA 1950; se not 266 ovan). Se härom Hackney, The Financial Provisions of the Model Business Corporation Act, 70 Harv L Rev 1357 (1957) på s. 1357 not 1 och Henn–Alexander s. 27.

[269] S.k. special shareholders meeting motsvarar extra bolagsstämma.

[270] Jfr § 7.01 med § 8.03 RMBCA 1984. Se RMBCA-annotated, V 2, § 7.01 under "Official Comment" (s. 514), Henn–Alexander s. 503 och Hamilton s. 176.

[271] § 8.01 (b) RMBCA 1984. Se Hamilton s. 161.

[272] Se RMBCA-annotated, V 1, § 2.02 under "History" (s. 115) och § 2.03 under "Statutory Comparison" (s. 128f).

[273] Ett illustrativt – men måhända verklighetsfrämmande – exempel är att ett svenskt bolag med ett aktiekapital om 100000 kr skulle driva ett kärnkraftverk (antag hypotetiskt att bolaget tecknat otillräckliga försäkringar).

kapital i förhållande till rörelsen,[274] och att bolagets borgenärer vid kreditgivning snarare förlitar sig på kreditupplysningar och dylikt än på storleken på aktiekapitalet.[275] Den omständigheten, att penningvärdet kontinuerligt försämras i en inflationistisk ekonomi, reducerar också värdet av ett lagstadgat lägsta tillåtna aktiekapital.[276] Sammantaget innebär ett lagstadgat lägsta aktiekapital inte något meningsfullt skydd för bolagets borgenärer.[277]

> "Basically, the protection sought to be achieved by minimum capital was illusory and the provisions were eliminated since they served little or no substantive purpose."[278]

MBCA stadgade före 1969 ett minimumkrav om $1000 beträffande aktiekapitalets storlek.[279] Modellakten saknar sedan 1969 ett sådant kapitalkrav.[280] Några få delstater synes fortfarande upprätthålla ett krav på att aktiekapitalet skall uppgå till ett visst minsta belopp. Dessa delstater kräver att aktiekapitalet skall uppgå till minst blygsamma $500 eller $1000.[281]

3.5.6.3 Aktiebolag, vinstutdelning och utbetalningar till aktieägarna

3.5.6.3.1 Inledning

Det är varje enskild delstat i USA som ansvarar för den aktiebolagsrättsliga lagstiftningens utformning och innehåll. Av denna orsak varierar lagstiftningen – t.ex. beträffande vinstutdelning – från en delstat till en annan. Samtidigt finns det dock många exempel på att delstaterna löst rättsfrågorna på samma vis och då inte sällan efter modellaktens regler. I studiet av rättsläget i USA vad gäller vinstutdelning har jag försökt beakta dessa sinsemellan delvis motstridiga tendenser i rättsutvecklingen.

Jag inleder med att i avsnitt 3.5.6.3.2 presentera den *modell* som i RMBCA 1984 ligger till grund för att *bestämma det utdelningsbara beloppets storlek* – alltså beloppsgränsen. Redogörelsen är utformad som en

[274] Jfr liknande tankegångar i Norge ovan avsnitt 3.5.5.1 och den föreslagna regeln i § 3–5 2 st. ASL.
[275] Se Hamilton s. 44 och jfr RMBCA-annotated, V 1, § 2.02 under "History" (s. 114f).
[276] Se Hamilton s. 44 och RMBCA-annotated, V I, § 2.02 under "History" s. 114f.
[277] Hamilton s. 44.
[278] RMBCA-annotated, V I, § 2.02 under "History" (s. 115).
[279] Se RMBCA-annotated, V I, § 2.02 under "History" (s. 114).
[280] Jfr RMBCA-annotated, V I, § 2.02 under "History" (s. 114f).
[281] Jfr RMBCA-annotated, V I, § 2.03 under "Statutory Comparison" (s. 128f).

kortfattad översikt med ett mindre antal hänvisningar till delstater vilka använder sig av modellaktens lösning. Avslutningsvis redogör jag för motsvarande regler i de betydelsefulla delstaterna Delaware, Kalifornien och New York. Nämnda delstater använder sig i huvudsak av två modeller för att bestämma det utdelningsbara beloppets storlek som båda avviker från den i RMBCA 1984. Avsnitt 3.5.6.3.3 syftar till att översiktligt beskriva andra rättsregler och principer avseende vinstutdelning, dvs. rättsregler och principer som inte berör det utdelningsbara beloppets storlek.

3.5.6.3.2 Det utdelningsbara beloppets storlek – alternativa synsätt

Om europeisk rätt i såväl EG:s andra bolagsdirektiv som nationell rätt typiskt sett begränsar utbetalning av vinstutdelning till fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning, och i bolagsborgenärernas intresse upprätthåller rättsgrundsatsen om skyddet för det bundna egna kapitalet, är utgångspunkten en helt annan enligt RMBCA 1984. Så har emellertid inte alltid varit fallet. Med början i MBCA 1950 och senare i en omarbetad version 1969 rekommenderades den "europeiska" modellen – en s.k. *earned surplus test*[282].[283] Den nu förordade modellen, vilken härör från 1980 och i tämligen hög grad synes ha påverkat de delstatliga lagstiftarna,[284] återfinns i § 6.40 (c) RMBCA 1984.[285] § 6.40 (c) RMBCA 1984 stadgar följande:

> "No distribution may be made if, after giving it effect:
>
> (1) the corporation would not be able to to pay its debts as they become due in the usual course of business; or
>
> (2) the corporation's total assets would be less than the sum of its total liabilities plus (unless the articles of incorporation permit otherwise) the amount that would be needed, if the corporation were to be dissolved at the time of the distribution, to satisfy the preferential rights upon dissolution of

[282] Se beträffande detta uttryck och dess innebörd i förevarande framställning avsnitt 3.6.2 och 3.6.4 nedan. Se i nämnda avsnitt även beträffande den skiftande och ofta förvirrande terminologin.

[283] Märk väl att denna stundom betecknas som en *balance sheet* (surplus) modell. Jfr föregående not och avsnitt 3.6.2 nedan.

[284] Se t.ex. Georgia Business Corporation Code § 22-640 (c), Tennessee Business Corporation Act § 48-16-401 (c) och Washington Business Corporation Act § 23B.06.400 (2). Se i frågan jämförelsen i RMBCA-annotated, V 1, § 6.40 under avsnittet "Statutory Comparison" (s. 489ff). Ett antal delstater tillämpar dock fortfarande äldre lösningar; se RMBCA-annotated V I § 6.40 under avsnittet "Statutory Comparison" (s. 489ff) och Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5329.1 (s. 778ff) med vidare hänvisningar till delstatlig lagstiftning.

[285] Märk väl att den svenska distinktionen mellan utbetalning och utdelning i USA har sin motsvarighet i "distribution" och "dividend". Terminologiskillnaden saknar betydelse för § 6.40 RMBCA 1984 då begreppet "distribution" bl.a. innefattar "dividend"; se § 1.40 (6) RMBCA 1984. Se vidare om begreppen avsnitt 6.1.7f nedan.

shareholders whose preferential rights are superior to those receiving the distribution."[286]

§ 6.40 (c) (1)–(2) RMBCA 1984 stadgar alltså en tvåfaldig test, som innebär att en *utbetalning till aktieägarna inte är tillåten* under angivna förutsättningar. Utbetalning till aktieägare får inte ske om bolaget är, eller på grund av utbetalningen skulle bli, antingen insolvent[287] (bolaget inte rätteligen kan betala sina skulder allteftersom de förfaller; s.k. *insolvency in the equity sense*) eller insufficient (skulderna överstiger tillgångarna; s.k. *insolvency in the bancruptcy sense*). Vid tillämpningen av § 6.40 (c) har kapitalkonstruktionen *enbart* betydelse om bolaget har gett ut preferensaktier med företräde till bolagets tillgångar vid likvidation.

Motivet till den nuvarande utformningen av § 6.40 (c) angavs av "Committee on Corporate Laws" som att de tidigare reglerna gav ett bristfälligt skydd för bolagets borgenärer och ägare till preferensaktier (s.k. *senior security holders*):[288]

> "It has long been recognized by practictioners and legal scholars that the pervasive statutory structure in which "par value" and "stated capital" are basic to the state corporation statutes does not today serve the original purpose of protecting creditors and senior security holders from payments to junior security holders, and may, to the extent security holders are led to believe that it provides some protection, tend to be misleading."

Att bestämmelser avseende det utdelningsbara beloppets storlek som grundar sig på principen om skyddet för aktiekapitalet inte fyller någon funktion som innebärande ett skydd för bolagets borgenärer har främst poängterats i litteraturen.[289] Kummert har t.ex. i en uppsats rörande bl.a. § 6.40 RMBCA 1984 beskrivit detta på följande vis: "/.../statutory systems founded om legal capital were essentially misleading insofar as they led creditors and senior security shareholders to believe that such systems operated to protect their interests".[290]

[286] Se närmare om bestämmelsen RMBCA-annotated, V 1, § 6.40 (s. 475ff).

[287] Denna begränsning är dock inte ny. Se RMBCA-annotated, V 1, § 6.40 under "Official Comment" (s. 476).

[288] A Report of Committee on Corporate Laws, Changes in the Model Business Corporation Act – Amendments to Financial Provisions, publicerat i 34 Bus Law 1867 (1979) på s. 1867. Jfr ock RMBCA-annotated, V 1, § 6.21 under "Official Comment" (s. 357) och § 6.40 under "Official Comment" (s. 475).

[289] Jfr ock ovan beträffande lagstadgat krav på lägsta tillåtna aktiekapital.

[290] Kummert, State Statutory Restrictions on Financial Distributions by Corporations to Shareholders, 59 Wash L Rev 185 (1984) på s. 283 och se därtill för en mycket läsvärd, men numera något föråldrad, uppsats av Clark, The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, 90 Harv L Rev 505 (1977) på s. 554ff, särskilt s. 556 rörande MBCA:s äldre lydelse i § 45 (a) (jfr ovan): "/.../ the restraints are virtually meaningless /.../".

I delstaten New York återfinns en traditionell reglering av det utdelningsbara beloppets storlek. Utbetalning av vinstutdelning får inte ske med annat än bolagets "surplus", varmed avses att "the net assets of the corporation remaining after such /.../ distribution shall at least equal the amount of its stated capital" (§ 510 [b] Business Corporation Law). Sålunda bygger lagstiftningen på en kapitalkonstruktion: Utbetalning av vinstutdelning får ske med tillgångar som motsvarar allt eget kapital utom aktiekapitalet. Principen om skyddet för aktiekapitalet synes vara uppställd i bolagsborgenärernas intresse.[291] Den kompletteras med ett solvenskrav (§ 510 [a]).

Regleringen av det utdelningsbara beloppets storlek i delstaten Delaware påminner om den i New York. Utbetalning av vinstutdelning får endast ta i anspråk tillgångar som motsvaras av "surplus" (§ 170 [a] General Corporation Law). Med "surplus" synes avses den del av eget kapital som överstiger skulder och aktiekapital och som motsvaras av tillgångar i bolaget ("fritt eget kapital"; § 154). Skulle "surplus" saknas får utbetalning av vinstutdelning ske med tillgångar som motsvarar bolagets nettovinst för det år utdelningsbeslutet fattas (och) eller föregående räkenskapsår (§ 170 [a]).

En vid sidan av § 6.40 RMBCA 1984 principiellt intressant reglering i fråga om det utdelningsbara beloppets storlek återfinns i Kalifornien. Genom att ersätta bestämmelser vilka var relaterade till kapitalkonstruktionen med andra regler, har lagstiftaren sökt rätta till det oriktiga förhållandet, att bolagets borgenärer och innehavare av preferensaktier (*senior security holders*) trodde sig åtnjuta ett skydd därigenom att utbetalning av vinstutdelning inte fick inkräkta på aktiekapitalet, "by promulgating rules that will provide creditors and senior shareholders with the type of protection they *thought* they were getting from the legal capital system".[292] Syftet med de nuvarande bestämmelserna är sålunda att åstadkomma ett *reellt* skydd för bolagets fordringsägare och aktieägare, vilket inte existerade med de äldre bestämmelserna.[293]

Bestämmelserna rörande det utdelningsbara beloppets storlek i Kalifornien avviker således i materiellt hänseende från vad som gäller i andra delstater och vad som rekommenderas i § 6.40 RMBCA 1984. Utbetalning av vinstutdelning förutsätter att bolaget disponerar över "retained

[291] Jfr McKinney's Consolidated Laws of New York, V 6, 1986, s. 167f med vidare hänvisningar.

[292] Kummert, State Statutory Restrictions on Financial Distributions by Corporations to Shareholders, 59 Wash L Rev 185 (1984) på s. 284.

[293] Se t.ex. Kummert, State Statutory Restrictions on Financial Distributions by Corporations to Shareholders, 59 Wash L Rev 185 (1984) på s. 282ff.

earnings", dvs. behållna vinstmedel,[294] motsvarande det belopp som skall användas för detta ändamål (§ 500 [a] Corporations Code). Saknas "retained earnings" förutsätter utbetalning av vinstutdelning att bolaget efter utbetalningen disponerar över tillgångar[295] som motsvarar en och en fjärdedel (1,25) av dess skulder och att företagets omsättningstillgångar minst motsvarar dess kortfristiga skulder (current liabilities). (Se § 500 [b] [1]–[2] Corporations Code.) En princip som alltid skall respekteras vid utbetalning av vinstutdelning är att bolaget måste vara solvent (§ 501).

3.5.6.3.3 Övriga frågor rörande vinstutdelning

Det synes existera en betydande skillnad mellan å ena sidan USA och å den andra Europa vad beträffar *kompetensfördelningen* mellan bolagets styrelse och bolagsstämman. Kompetensen i USA att fatta beslut om vinstutdelning tillkommer inte, som huvudregel, bolagsstämman utan är en fråga för bolagets styrelse.[296] I många delstater gäller till och med att rätten att fatta beslut om vinstutdelning *exklusivt* tillkommer bolagets styrelse.[297] Det är i vissa delstater till och med tillåtet att delegera rätten att fatta beslut om vinstutdelning till bolagets sekreterare eller annan.[298] Rätten att fatta beslut om vinstutdelning kan genom en bestämmelse i bolagsordningen tillerkännas bolagsstämman.[299] Om utbetalning av vinstutdelning sker med åsidosättande av formella regler i lag – t.ex. vid vilken tidpunkt på året som beslutet skall tas – synes några rättsföljder inte aktualiseras och detta synes vara fallet oavsett om det är fel bolagsorgan som har fattat beslutet om utbetalningen; åtminstone om dispositionen inte kränker minoritetsaktieägares rätt.[300]

> Jfr dock t.ex. § 506 California Corporations Code; § 174 Delaware General Corporation Law och § 719 New York Business Corporation Law. Jfr därtill § 8.33 RMBCA 1984 och exempelvis § 28-832 Georgia Business Corporation Code.

[294] Jfr "earned surplus".

[295] Häri ingår bl.a. inte goodwill och (kapitaliserade) forsknings- och utvecklingskostnader. Se § 500 (b) (1) Corporations Code. Undantaget är principiellt intressant då "tillgångar" av nämnt slag i lika stor utsträckning aktualiseras i svensk rätt och enligt min mening är av tveksamt värde ur borgenärsskyddssynpunkt. Se avsnitt 4.3.3.3 nedan.

[296] § 6.40 (a) RMBCA 1984 och Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5320 (s. 721f) med vidare hänvisningar. Jfr vidare t.ex. § 170 Delaware General Corporation Code.

[297] Se Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5320 not 9 (s. 721).

[298] Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5320 (s. 721f).

[299] Jfr § 6.40 (a) RMBCA 1984 och Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5320 (s. 721).

[300] Jfr Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5350 (s. 837ff, särskilt s. 839).

En förutsättning för att bolagsorganen skall kunna bedöma huruvida en utbetalning av vinstutdelning strider mot förutnämnda tvåfaldiga test i § 6.40 (c) RMBCA 1984 alternativt andra normer i delstatlig lagstiftning är naturligt nog att det finns någon form av redovisning. Den i § 6.40 (c) (1)–(2) angivna insolvens- och insufficiensprövningen skall således företas på grundval av räkenskaper (financial statements) som har upprättats i enlighet med "allmänna redovisningsprinciper och god redovisningssed".[301] Prövningen kan emellertid även grunda sig på *"/.../ a fair valuation or other method that is reasonable in the circumstances*" (§ 6.40 (d) RMBCA 1984). Vad nu sagts gäller i de delstater som har infört § 6.40 (c) RMBCA 1984.[302]

Aktieägarna har i avsaknad av styrelsens samtycke bara begränsade möjligheter att få till stånd utbetalning av vinstutdelning. Visserligen anses aktieägarna i princip ha rätt att fordra att bolagets vinst fördelas mellan dem,[303] men principen saknar förankring i en konkret rättsregel[304]. Således kan aktieägarna inte få till stånd utbetalning av vinstutdelning före det att styrelsen har fattat beslut om vinstutdelning.[305] Skulle styrelsen missbruka sin diskretionära rätt att fatta beslut om vinstutdelning, kan aktieägarna dock föra talan om att bolaget skall låta verkställa vinstutdelning med ett visst belopp.[306] I och med att styrelsen har fattat beslut om vinstutdelning uppkommer ett fordringsanspråk för aktieägarna.[307]

Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning är i jämförelse med t.ex. 12:5 ABL annorlunda utformade i RMBCA 1984. Det finns inte någon bestämmelse vari stadgas *återbäringsskyldighet* för aktieägare som uppburit olovlig utbetalning av utdelning (jfr dock styrelseledamöters regressrätt gentemot aktieägare som i ond tro uppburit en olovlig

[301] Jfr § 6.40 (d) RMBCA 1984: "/.../ financial statements prepared on the basis of accounting practices and principles that are reasonable in the circumstances /.../." Se härom RMBCA-annotated, V 1, § 6.40 under "Official Comment" (s. 479f).

[302] Se för samma som i § 6.40 (d) RMBCA 1984 t.ex. § 22-640 (d) Georgia Business Corporation Code. Se för en hänvisning till "generally accepted accounting principles" § 500 (b) (2) California Corporations Code.

[303] "Equitable right". Se Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5321 (s. 724) med vidare hänvisningar.

[304] Fletcher Cyc Corp a.st. med vidare hänvisningar.

[305] Fletcher Cyc Corp a.st. med vidare hänvisningar.

[306] Se Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5325 (s. 744) med utförlig kommentar (s. 743ff) och närmare hänvisningar. Se ock följande §§ i a.a. (s. 762ff) samt Johansson, Bolagsstämma, s. 304ff.

[307] Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5322 (s. 729) med vidare hänvisningar. Likhetsprincipen skall respekteras vid beslut om eller verkställande av vinstutdelning; se Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5352 (s. 846ff).

utbetalning enligt § 8.33 [b] [2] RMBCA 1984).[308] Inte heller finns det någon motsvarighet till den i 12:5 2 st. ABL stadgade *bristtäckningsskyldigheten* (styrelseledamöter är primärt ansvariga enligt § 8.33 (a) RMBCA 1984). Se härom och beträffande enskilda delstater avsnitt 11.7 nedan.

3.6 Ett försök till en utvärdering: Tre modeller för att begränsa det utdelningsbara beloppets storlek

3.6.1 Inledning

Det är i rättsvetenskaplig doktrin i USA vanligt att man använder sig av olika teoretiska modeller för att beskriva de sätt varigenom en lagstiftare kan välja att begränsa det maximala belopp som får betalas ut till aktieägarna som utdelning. Dessa modeller återfinns i sin tur i mer eller mindre modifierad form i delstaternas lagstiftning. En dylik systematik är mer sällsynt i kontinental och nordisk doktrin. Förklaringen till detta synes vara att den på kontinenten liksom i Norden tillämpade modellen inte – mig veterligen – blivit föremål för någon kritisk analys. Det i Västeuropa förhärskande synsättet, som inte minst kommer till uttryck i det andra bolagsdirektivet, bygger på ett "självklart" antagande om att aktiekapitalet och andra bundna poster måste bevaras intakta i syfte att bereda tredje man, särskilt bolagets fordringsägare, skydd. Utbetalning av vinstutdelning får inte ta i anspråk något annat än fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning.

Föreliggande avsnitt syftar för det första till att i principiellt hänseende fastställa några av de olika lösningar – modeller – som en lagstiftare kan använda sig av för att begränsa det utdelningsbara beloppets storlek. Undersökningen bygger på en terminologi och systematik som har sitt ursprung i USA. Avsnittets andra syfte är att systematisera de rättsregler som undersökts i det föregående under respektive modell.

Det kan kanske förefalla främmande att jag begagnar en terminologi och systematik som härrör från USA. Detta bör man enligt min mening emellertid inte förundra sig över. I USA har idérikedomen i principiellt hänseende varit betydligt större än i Europa. De delstatliga lagstiftarna har prövat ett flertal olika modeller för att begränsa storleken på det utdelningsbara beloppet, varibland principen om skyddet för det bundna

[308] I några delstaters bolagslagar stadgas dock att aktieägarna är återbäringsskyldiga för vad de olovligen uppburit. Se härom avsnitt 11.7.1 nedan.

egna kapitalet är en av flera. Erfarenheterna från lagstiftningsarbetet i USA innebär att rättsutvecklingen i Europa kan ifrågasättas. Det kanske i själva verket förhåller sig på så vis att EG, dess medlemsstater samt de länder som omfattas av EES-avtalet använder en lösning för att begränsa det utdelningsbara beloppets storlek, som i ett internationellt perspektiv har visat sig vara näst intill meningslös; åtminstone som en lösning syftande till att bereda skydd för bolagets fordringsägare.

För ändamålsöverväganden och resonemang de lege ferenda är förekomsten av rättsligt material, vari en allmänt erkänd rättsgrundsats underkänts, av principiellt stort intresse. Är det med hänsyn till just de *ändamål* – däribland borgenärsskyddet – som ligger *bakom dagens lagstiftning* i Sverige och övriga Europa möjligt att upphäva de nu gällande bestämmelserna i ABL som begränsar det utdelningsbara beloppets storlek?

Jag återkommer i kapitel 4 nedan till de ändamål som ligger bakom ABL och dess bestämmelser såsom 12:2 ABL. I nämnda kapitel tangerar jag också frågan om 12:2 ABL – de lege ferenda – fyller en meningsfull funktion eller om stadgandet kan avskaffas och ersättas av andra regler.

Innevarande avsnitt är inte bara av intresse i det avseendet att det belyser de ändamålsöverväganden som ligger bakom utformningen av ABL. Att redogöra för hur en lagstiftare kan lösa ett rättsligt problem, vilket här gäller hur lagstiftningen med hänsyn till ändamålssynpunkter bör begränsa storleken på det utdelningsbara beloppet, och därefter placera in enskilda rättsordningar i systematiken, har i och för sig ett egenvärde.

3.6.2 Valet av modeller

Att med stöd i amerikanskt rättskällematerial redogöra för några av de olika lösningar varigenom en lagstiftare kan begränsa storleken på det utdelningsbara beloppet är på en och samma gång enkelt och svårt. Det är en enkel uppgift såtillvida att materialet är omfattande. Svårigheten består i att den rättsvetenskapliga litteraturen under olika tidsperioder,[309] men också från samma tid,[310] inte använder sig av någon exakt terminologi och systematik. I modern litteratur är det dock vanligt att man skiljer mellan följande tre modeller:[311]

[309] Jfr t.ex. Ballantine s. 570ff, Hornstein, V 1, 1959, s. 578ff och Gary–Eisenberg s. 1295ff.
[310] Jfr t.ex. Gary–Eisenberg s. 1295ff med Solomon–Stevenson–Schwartz s. 203f.
[311] Jfr Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5329.1 (s. 778f), Gary–Eisenberg s. 1295ff, RMBCA-annotated, V 1, § 6.40 (s. 475ff), Solomon–Stevenson–Schwartz s. 203f och i engelsk litteratur Pennington III s. 420f. Författarnas terminologi och materiella innehåll under respektive "test" skiljer sig åt.

(1) insolvency test,
(2) balance sheet surplus test (capital impairment test), och
(3) earned surplus test (däri ingående current earnings test).

Med en s.k. *insolvency test* avses att utbetalning av vinstutdelning inte får ske om bolaget är, eller på grund av utbetalningen skulle bli, antingen insolvent i konkursrättslig mening (*insolvency in the equity sense*) eller insufficient (*insolvency in the bancruptcy sense*).[312] Den s.k. *balance sheet surplus* modellen innebär att utbetalning av vinstutdelning inte får inkräkta på aktiekapitalet, dvs. att efter utbetalningen måste bolagets tillgångar minst motsvara skulderna och aktiekapitalet.[313] Vad slutligen gäller en s.k. *earned surplus test* åsyftas härmed att utbetalning av vinstutdelning endast får ske med tillgångar som motsvarar antingen årets vinst eller ackumulerade vinstmedel;[314] *stundom* innebär denna modell att bolaget får företa utbetalning av vinstutdelning fastän det finns balanserade förluster från tidigare år.

Jag har för egen del valt att använda mig av ovanstående terminologi och systematik. Sålunda utgår jag i det följande från att berörda modeller begränsar storleken på det utdelningsbara beloppet på nämnt vis. Läsaren bör emellertid erinras om att det i litteraturen och andra rättskällor går att hitta exempel på en användning av samma (eller likartad) terminologi men där nämnda modeller innebär något annat.[315] Ett utmärkt exempel på en bestämmelse som vållar förvirring är förutberörda § 6.40 (c) (2) RMBCA 1984:

> Utdelning får inte ske om "the corporations total assets would be less than the sum of its total liabilities plus (unless the articles of incorporation permit otherwise) the amount that would be needed, if the corporation were to be dissolved at the time of the distribution, to satisfy the preferential rights upon dissolution of shareholders whose preferential rights are superior to those receiving the distribution."

I den officiella kommentaren till RMBCA 1984 förstås bestämmelsen som en s.k. balance sheet test (jfr den s.k. balance sheet surplus test),[316]

[312] Jfr Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5329.1 (s. 778). Notera den avvikande terminologin som förekommer rörande § 6.40 (c) (2) RMBCA 1984 nedan.
[313] Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5329.1 (s. 779).
[314] Jfr Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5329.1 (s. 779) och Gary–Eisenberg s. 1295.
[315] I europeisk litteratur, se t.ex. Pennington III s. 420f. Se ock ovan avsnitt 3.5.6.3.2 vid not 282 och vad som sägs i not 283 beträffande den i MBCA 1950 och den omarbetade versionen 1969 angivna begränsningen av storleken på det utdelningsbara beloppet, vilken jag betecknar som *earned surplus test* men som stundom betecknas som balance sheet (surplus) modell.
[316] RMBCA-annotated, V 1, § 6.40 under "Official Comment" (s. 478). Se ock Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5329.1 (s. 779).

vilket förklaras av att det inte är tillräckligt att bolaget är sufficient – dvs. att bolagets tillgångar överstiger dess skulder – utan därutöver måste det disponera över tillgångar som motsvarar det anspråk som tillkommer ägare av preferensaktier (vid likvidation).[317] Sålunda får utbetalning av vinstutdelning inte ta i anspråk tillgångar motsvarande bolagets skulder och en viss – på angivet sätt – bestämd del av aktiekapitalet.

Jag har emellertid valt att beteckna § 6.40 (c) (2) som en insufficiensprövning (*insolvency in the bancruptcy sense*).[318] En insufficienstest skall ju tillämpas, om bolaget inte har utgivit några preferensaktier. Enbart om bolaget ha utgivit preferensaktier är det korrekt att beskriva regeln som en s.k. balance sheet test.

3.6.3 Den s.k. balance sheet surplus test (capital impairment test)

Vad som kännetecknar en *balance sheet surplus test* är att den bygger på bolagets förmögenhetsställning sådan den redovisas i bolagets balansräkning.[319] Utbetalning av vinstutdelning får inte inkräkta på aktiekapitalet:[320] Värdet av bolagets tillgångar måste efter dispositionen överstiga skulder och aktiekapital.[321] Vanligtvis anses modellen inte innefatta något hinder mot utbetalningar av medel – egentligen poster i bolagets balansräkning – som härrör från *andra källor än bolagets rörelse* (t.ex. tar dispositionen i anspråk tillgångar motsvarande uppskrivningsfonden eller reservfonden;[322] i sistnämnda fall då reservfonden t.ex. motsvarar vad som på grund av aktieteckning erhållits utöver det nominella beloppet för aktier).[323] I praktiken synes modellen innebära att utbetalning av vinstutdelning får ske med ett belopp som motsvarar allt eget kapital utom aktiekapitalet.[324]

> Pennington har beträffande engelsk rätt begagnat sig av en "balance sheet surplus method" för att beskriva en vinstutdelningsregel, vars innebörd är

[317] RMBCA-annotated, V 1, § 6.40 under "Official Comment" (s. 480.1).

[318] I litteraturen märks Solomon–Stevenson–Schwartz s. 203.

[319] Jfr Hornstein, V 1, 1959, s. 578f.

[320] Ballantine s. 573ff, Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5329.1 (s. 779), Hornstein, V 1, 1959, s. 579 och Solomon–Stevenson–Schwartz s. 203f.

[321] Jfr Hornstein, V 1, 1959 s. 579 och aktiekapitalet som i (främst) äldre teori uppfattades som en "trust fund" för bolagets fordringsägare och aktieägare. Jfr härtill Ballantine s. 570ff.

[322] "Revaluation-surplus" respektive "paid-in surplus". Nämnas kan därtill s.k. "reduction-surplus", som utgör det belopp varmed aktiekapitalet har nedsatts. Se härom Gary–Eisenberg s. 1331 och jfr Ballantine s. 577f samt härtill Hornstein, V 1, 1959, s. 581.

[323] Gary–Eisenberg s. 1331.

[324] Gary–Eisenberg s. 1331 och Hornstein, V 1, 1959, s. 579.

att en utbetalning får ta i anspråk "den del" av bolagets tillgångar som överstiger skulder, aktiekapital och kapitalreserver, dvs. allt eget kapital utom aktiekapitalet och kapitalreserver.[325] För egen del betecknar jag en dylik regel som en *earned surplus test*.

De i denna undersökning ingående rättsordningarna i Europa använder sig *i princip inte* av en *balance sheet surplus test* för att begränsa storleken på det utdelningsbara beloppet. Trots detta känner man igen modellen. Bestämmelsen i t.ex. 30 § 1 st. GmbHG, vars innebörd är att en utbetalning till andelsägarna inte får inkräkta på andelskapitalet, återspeglar i och för sig en *balance sheet surplus* modell. Vid sidan av 30 § 1 st. GmbHG gäller emellertid – åtminstone såvitt jag kan förstå reglerna i GmbHG och HGB – att minst två typer av "fonder" inte får bli föremål för utbetalningar till andelsägarna. Vad som kan utbetalas är medel som *typiskt sett härrör från bolagets rörelse*. Enligt min uppfattning påminner därför den begränsning av storleken på det utdelningsbara beloppet som gäller för andelsbolag mer om en *earned surplus test* än om en *balance sheet surplus test*. (Naturligtvis kan man tala om en *balance sheet surplus* modell, om man blott beaktar 30 § 1 st. GmbHG.)

EG:s andra bolagsdirektiv och samtliga europeiska stater ingående i undersökningen upprätthåller dock en *balance sheet surplus* modell *i den meningen* att utbetalning av vinstutdelning aldrig får inkräkta på aktiekapitalet (jfr art. 15 p. 1 [a], som emellertid också undantar reserver som enligt lag eller bolagsordning inte får delas ut).

En *balance sheet surplus test* var tillsammans med en insolvensprövning (*insolvency in the equity sense*) tidigare vanligt förekommande i USA.[326] Aktiekapitalet uppfattades som en slags "trust fund" till skydd för bolagsborgenärerna.[327] På samma sätt var utdelningsrätten i engelsk rätt tidigare uppbyggd kring en *balance sheet surplus test*.[328]

I dag upprätthålls en *balance sheet surplus* modell i de delstater[329] som antagit § 6.40 (c) (2) RMBCA 1984 och där ifrågavarande aktiebolag har utgivit preferensaktier med företrädesrätt till bolagets tillgångar vid lik-

[325] Pennington III s. 421.

[326] Se för en rättshistorisk översikt Kehl, The Origin and Early Development of American Dividend Law, 53 Harv L Rev 36 (1939) på s. 56ff och jfr Ballantine s. 573.

[327] Hornstein, V 1, 1959, s. 579.

[328] French i The Evolution of Dividend Law, s. 306ff. Först gången i lagstiftning rörande Bank of England 1697 (världens första lagstadgade begränsning av storleken på det utdelningsbara beloppet?); se Kehl, The Origin and Early Development of American Dividend Law, 53 Harv L Rev 36 (1939) på s. 42.

[329] Se t.ex. § 22-640 (c) (2) Georgia Business Corporation Code, § 48-16-401 (c) (2) Tennessee Business Corporation Act och § 23B.06.400 (2) (b) Washington Business Corporation Act.

vidation. Om bolaget inte har utgivit preferensaktier skall en insufficiensprövning komma till användning. En "äkta" *balance sheet surplus* modell upprätthålls i delstaten New York.[330]

3.6.4 Den s.k. earned surplus test (däri ingående en s.k. current earnings test)

En i äldre amerikansk rätt[331] vanligt förekommande begränsning av storleken på det utdelningsbara beloppet var att utbetalning av vinstutdelning endast fick ske med tillgångar som motsvarade s.k. *earned surplus*,[332] dvs. ackumulerade vinstmedel från tidigare år och nettovinsten för (senaste) räkenskapsåret reducerat med balanserade förluster och nettoförlusten för året[333]. Syftet med *earned surplus* modellen är att utbetalning av vinstutdelning skall ske med medel som härrör från bolagets rörelse och inte som inbetalats av aktieägarna – t.ex. vad som på grund av aktieteckning erhållits utöver det nominella beloppet för aktier – eller som beror på en orealiserad vinst i anledning av att företaget har skrivit upp värdet på sina anläggningstillgångar (s.k. *capital surplus*).

Skillnaden mellan *balance sheet surplus* modellen och *earned surplus* modellen är att den senare, men inte den förra, i princip hindrar utbetalningar av medel som inte härrör från bolagets rörelse (jfr i svensk rätt de poster som ingår i bundet eget kapital vid sidan av aktiekapitalet).[334]

En restriktiv variant av *earned surplus* modellen är den s.k. *current earnings test*.[335] Uttrycket "*current earnings*" syftar på att utbetalning av vinstutdelning bara får ske med tillgångar som motsvarar nettovinsten för räkenskapsåret eller annan i lag bestämd period (t.ex. närmast föregående räkenskapsår).[336] Det är i litteraturen brukligt att beteckna utbetalning av vinstutdelning som härrör från *current earnings* som "nimble dividends".[337] Detta uttryck syftar till synes på att beslut om och utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna enligt *current earnings* modellen

[330] § 510 (b) Business Corporation Law. Jfr delvis § 170 med § 154 Delaware General Corporation Law.

[331] Jfr RMBCA-annotated, V 1, § 6.40 om äldre MBCA 45 § (a) under "Historical Background" (s. 484.1f) och under "Statutory Comparison" (s. 489f) samt Ballantine s. 575.

[332] Se om uttrycket Henn–Alexander s. 876 not 6.

[333] Jfr Henn–Alexander a.st.

[334] Gary–Eisenberg s. 1331.

[335] Jfr Pennington III s. 420 men annorlunda Gary–Eisenberg s. 1320ff och Hornstein, V 1, 1959 s. 579.

[336] Se särskilt Hornstein, V 1, 1959, s. 579.

[337] Se t.ex. Gary–Eisenberg s. 1320 och Hornstein, V 1, 1959, s. 579f.

måste ske under samma tidsperiod som intjänandeperioden eller strax därefter.[338]

EG:s andra bolagsdirektiv intar tillsammans med de i undersökningen ingående europeiska staterna något av en särställning såtillvida att storleken på det utdelningsbara beloppet bestäms enligt en *earned surplus test* (jfr art. 15 p. 1 [c]).

En stat som med yttersta noggrannhet upprätthåller modellen är Tyskland. AktG bygger på principen att utbetalning av vinstutdelning skall ske med *earned surplus*.[339] Härutöver innehåller AktG ett ovillkorligt förbud mot utbetalningar till aktieägarna vid sidan av de i AktG givna bestämmelserna härom (57 § och 58 § 5 st. AktG). Sker en utbetalning i strid mot AktG uppkommer återbäringsskyldighet enligt 62 § AktG. Utbetalningen är vanligen även ogiltig enligt 134 § BGB.

Vad beträffar andelsbolag gäller liberalare regler i fråga om storleken på det utdelningsbara beloppet. En utbetalning till andelsägarna får enligt 30 § 1 st. GmbHG inte inkräkta på andelskapitalet: 30 § 1 st. återspeglar en *balance sheet surplus test*. Som tidigare nämnts påminner ändock – enligt min mening – den begränsning av det utdelningsbara beloppets storlek som gäller för andelsbolag mer om en *earned surplus test* (se föregående avsnitt). De 31 § GmbHG stadgade sanktionerna synes dock bara aktualiseras vid utbetalningar som inkräktar på andelskapitalet.

Enligt dansk *aktiebolagsrätt* kan bolagsstämman fatta beslut om vinstutdelning med ett belopp som motsvarar årets vinst, balanserad vinst och fria fonder (110 § AL). Denna regel finns också i Norge och Sverige (12:5 ASL och 12:2 1 st. ABL). I Danmark, Norge och Sverige kompletteras nämnda *earned surplus test* med en allmän försiktighetsregel (110 § 2 st. AL, 12:5 2 meningen ASL och 12:2 2 st. 1 meningen ABL). I Norge krävs det härutöver, vilket är av visst principiellt intresse,[340] att aktiebolagen varje år måste avsätta ett visst belopp till reservfonden intill dess att denna tillsammans med aktiekapitalet och uppskrivningsfonden motsvarar bolagets skulder vid räkenskapsårets utgång (se närmare 12:1 ASL).[341]

En jämförelse mellan å ena sidan tysk aktiebolagsrätt och å den andra dansk, norsk och svensk aktiebolagsrätt visar att den tyska lagstiftningen lämnar minst utrymme för avvikelser från vinstutdelningsreglerna: i princip inga alls enligt AktG. Bland de nämnda nordiska staterna förefaller Danmark vara den stat som mest strikt upprätthåller vinstutdelnings-

[338] Jfr Gary–Eisenberg a.st. och Hornstein, V 1, 1959, a.st.

[339] I inskränkt mening; se avsnitt 3.5.2.2 ovan.

[340] Se i ännu högre grad den i Norge förslagna § 3-5 2 st. ASL.

[341] Jfr i svensk rätt 72 § 1944 års lag.

reglerna. Sverige och Norge tillåter troligtvis att samtliga aktieägare vederlagsfritt disponerar över ett aktiebolags tillgångar i strid mot bestämmelser uppställda i deras eget intresse så länge utbetalningen inte tar i anspråk med än vad som utgör fritt eget kapital eller står i strid mot försiktighetsregeln. En jämförelse mellan de vinstutdelningsregler som gäller för andelsbolag i Tyskland och de vinstutdelningsregler som gäller för andelsbolag i Danmark tyder på att lagstiftningen i Tyskland är mer liberal.

Rättsläget för publika aktiebolag i England kan liknas vid det som gäller för aktiebolag i Tyskland.[342] Publika aktiebolag äger bara fatta beslut om vinstutdelning med ett belopp som motsvarar "earned surplus", dvs. ackumulerade vinstmedel reducerat med ackumulerade förluster, och utbetalning av vinstutdelning får inte inkräkta på aktiekapitalet och andra bundna poster i balansräkningen (s. 263 och 264 CA 1985).[343] En utbetalning i strid mot vinstutdelningsreglerna ger upphov till återbäringsskyldighet, om inte mottagaren uppbar utbetalningen i god tro (s. 277 CA 1985). För privata aktiebolag gäller *lagtekniskt* inte lika stränga regler (enbart s. 263 CA 1985). Privata aktiebolag får inte företa utbetalning av vinstutdelning med annat än "earned surplus". Skillnaden mellan vinstutdelningsreglerna för publika och privata bolag kan dock i viss mån ifrågasättas som varande en illusion. Det förefaller som att CA 1985, eller i allt fall bolagsrättsliga principer, hindrar utbetalning av vinstutdelning som inkräktar på aktiekapitalet och andra bundna poster i balansräkningen i *både publika och privata bolag* (jfr avsnitt 3.5.4.2 ovan).

I USA kommer *earned surplus* modellen till användning i allt mindre utsträckning. Kalifornien är en delstat, vars bestämmelser rörande storleken på det utdelningsbara beloppet kan sägas innefatta en *earned surplus test* (*retained earnings*).[344] En delstat som använder sig av en *current earnings test* är Delaware.[345]

Upprätthålls då *earned surplus* modellen lika strängt i USA som i Europa? Jag vill mena att svaret generellt sett torde vara nekande.[346] Exempelvis delstaten Delaware använder sig av – förutom en *current*

[342] Aktieägarna ansvarar möjligen vid alla typer av överträdelser. Om inte enligt s. 277 CA 1985 så kanske enligt allmänna principer; jfr Precision Dippings Ltd v Precision Dippings Marketing Ltd [1985] 3 WLR. 812. Se avsnitt 11.5.1 nedan.

[343] Tillgångar överstigande aktiekapitalet och "undistributable reserves".

[344] Jfr § 500 (a) Corporations Code.

[345] § 170 (a) General Corporation Law. Vad gäller övriga delstater får jag hänvisa till t.ex. framställningen i RMBCA-annotated, V 1, § 6.40 under "Statutory Comparison" (s. 489ff).

[346] Kalifornien bör kanske betraktas som ett undantag från denna slutsats; jfr §§ 500–501 Corporations Code.

earnings test – en *balance sheet surplus test*,[347] vilken i tämligen stor omfattning möjliggör utbetalningar av bolagets tillgångar till aktieägarna (se ovan avsnitt 3.5.6.3.2). Sanktionerna vid olovliga utbetalningar förefaller i allmänhet inte heller vara så pass strängt utformade i USA som fallet är i Europa (se närmare avsnitt 11.7 nedan).

3.6.5 Den s.k. insolvency test (insufficiens- och insolvensprövning)

Under det senaste årtiondet har förutnämnda *insolvency test* i § 6.40 (c) (1)–(2) RMBCA 1984 införts av ett betydande antal av USA:s delstater.[348] Modellen innebär att man i två steg skall pröva huruvida en utbetalning av vinstutdelning är tillåten eller ej. Någon utbetalning får inte ske om bolaget är, eller på grund av utbetalningen skulle bli, antingen insolvent[349] eller insufficient[350]. Den har blott till ändamål att tillgodose det skydd för bolagets borgenärer och aktieägare som den tidigare i MBCA[351] förordade begränsningen av storleken på det utdelningsbara beloppet *reellt sett* förmådde åstadkomma.[352]

I Europa upprätthåller Danmark, Norge, Storbritannien, Sverige och Tyskland *insolvency* modellens krav såtillvida att utbetalning av vinstutdelning i princip *inte* får leda till att bolaget blir *insufficient*. Detta följer *indirekt* av att utbetalning av vinstutdelning inte får inkräkta på aktiekapitalet och andra bundna poster i bolagets balansräkning; denna princip innebär ju att värdet av bolagets tillgångar måste överstiga värdet av skulderna med ett visst belopp (jfr därtill beträffande svensk rätt 4:6 1 st. 2 meningen KonkL). Sufficienskravet upprätthålls i USA av delstaterna Delaware och New York (tillgångarna måste överstiga skulderna och aktiekapitalet). Kalifornien använder sig av ett förstärkt sufficienskrav

[347] Se not 330 ovan.

[348] Se ovan avsnitt 3.5.6.3.2.

[349] §6.40 (c) (1) RMBCA 1984.

[350] § 6.40 (c) (2) RMBCA 1984.

[351] Berörda begränsning av storleken på det utdelningsbara beloppet i MBCA 1950 och den omarbetade versionen 1969 betecknar jag som som *earned surplus test* men andra stundom som balance sheet (surplus) modell. Jfr avsnitt 3.5.6.3.2 ovan vid not 282 och vad som anförs i not 283.

[352] Se Kummert, State Statutory Restrictions on Financial Distributions by Corporations to Shareholders, 59 Wash L Rev 185 (1984) särskilt på s. 283f. Kummert uttalar följande på s. 284: "/.../ the Amended Model Act /.../ attempt to rectify the misrepresentation", dvs. det förhållandet att de äldre reglerna gav borgenärerna och aktieägarna ett felaktig intryck av att de med dessa regler åtnjöt ett skydd, "by promulgating rules that will provide creditors and senior shareholders with the level of protection that the drafters perceived such groups *actually received* from the legal capital system".

såtillvida att bolaget efter utbetalningen bl.a. måste disponera över tillgångar som motsvarar en och en fjärdedel (1,25) av dess skulder (se ovan avsnitt 3.5.6.3.2).[353] Därtill kommer att ett stort antal andra delstater, som nämnts, har infört § 6.40 (c) RMBCA 1984.[354]

Rättsläget i Europa vad angår solvenskravet, dvs. att utbetalning av vinstutdelning inte får ske om bolaget är insolvent eller på grund av utbetalningen skulle bli insolvent, är osäkert. En stat som i varje fall förefaller upprätthålla principen är England.[355] Principen kommer likaså till uttryck i äldre doktrin i Danmark[356] och kan möjligen anses följa av en bestämmelse i äldre norsk lag[357], men rättsläget i dag får betraktas som osäkert (jfr dock försiktighetsregeln i 110 § 2 st. AL och § 12-5 2 meningen ASL).[358] Mig veterligen finns det inget generellt uttalande härom i svensk rätt.[359] Det finns dock all anledning att upprätthålla principen (jfr försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL och hänvisningen till bolagets likviditet; jfr ock 4:6 KonkL). I USA hänvisar RMBCA 1984 och de delstater som infört dess regel avseende storleken på det utdelningsbara beloppet till principen.[360] Solvenskravet tillämpas ock i New York och Kalifornien.[361] För övrigt synes solvenskravet redan följa av common law; en rättsgrundsats som teoretiskt kan förklaras av allmänna principer rörande "fraudulent conveyances" eller att tillgångarna i ett insolvent bolag utgör en slags "trust fund" för bolagets borgenärer.[362] Utbetalning av vinstutdelning till aktieägare samtidigt som bolaget är insolvent synes även kunna stå i strid mot delstatliga regler om "fraudulent conveyances" i de delstater som har antagit lagstiftning i anslutning till

[353] Jfr ock de norska vinstutdelningsreglerna i avsnitt 3.5.5.2 ovan.

[354] Se ovan avsnitt 3.5.6.3.2.

[355] Jfr ovan avsnitt 3.5.4.2 om äldre engelsk rätt. Med hänsyn till att det rör sig om en allmän princip i common law torde den stå sig i gällande rätt. Se s. 281 CA 1985.

[356] Se hänvisningar av Gomard I s. 380.

[357] Se hänvisningen av Gomard I s. 380 ("jfr") till § 106 2 st. 1957 års ASL (jfr särskilt försiktighetsregeln i nuvarande § 12-5 2 meningen ASL – min anmärkning).

[358] Uttalanden härom saknas – mig veterligen – i modern litteratur.

[359] Stundom förekommer i litteraturen en hänvisning till förarbetena till 1944 års lag och senare SWN. Se t.ex. Gomard I s. 380. Enligt min mening är dessa inte tillräckligt explicita för att man därmed skulle kunna uttala sig om rättsläget.

[360] Se § 6.40 (c) (1) och se avsnitt 3.5.6.3.2 ovan.

[361] § 510 (a) Business Corporation Law respektive § 501 Corporations Code.

[362] Se Gary–Eisenberg s. 1298 not 1. Jfr Ballantine s. 578f, Fletcher Cyc Corp, V 15A, 1990, § 7418 (s. 178f), Henn–Alexander s. 895 och Kummert, State Statutory Restrictions on Financial Distributions by Corporations to Shareholders, 59 Wash L Rev 185 (1984) på s. 267 särskilt not 378.

den s.k. Uniform Fraudulent Conveyance Act 1918[363] eller den s.k. Uniform Fraudulent Transfer Act 1984.[364, 365]

[363] Se härom t.ex. Göranson, Återvinning utom konkurs s. 197ff.

[364] Se härom t.ex. Göranson, Återvinning utom konkurs s. 200ff.

[365] Se beträffande den förstnämnda Kummert, State Statutory Restrictions on Financial Distributions by Corporations to Shareholders, 59 Wash L Rev 185 (1984) på s. 266ff, särskilt s. 267 not 377, och s. 271ff samt t.ex. In Re Dondi Financial Corp. 119 B.R 106 (United States Bankruptcy Court, N.D. Texas, Dallas Division). Jfr i sammanhanget RMBCA-annotated, V 1, § 6.40 under "Official Comment" (s. 478) och därtill Fletcher Cyc Corp, V 15A, 1990, § 7407.50 (s. 130f) och § 7407.55 (s. 11 i supplementet 1993). Förutom nämnda modellagar bör nämnas § 548 Bankruptcy Code. Se härom t.ex. Fletcher Cyc Corp, V15A, 1990, § 7407.60 (s. 131f) och Kummert, State Statutory Restrictions on Financial Distributions by Corporations to Shareholders, 59 Wash L Rev 185 (1984) på s. 268ff samt Lennander, Återvinning i konkurs s. 54ff.

KAPITEL 4
Rättsordningen, ABL och ändamålsöverväganden

4.1 Om aktiebolaget som juridisk konstruktion i samhället

4.1.1 Inledning

Aktiebolaget som juridisk konstruktion med frånvaro av personligt betalningsansvar för bolagets skulder för delägarna, är något som har utvecklats i takt med det industrialiserade samhällets genombrott och utveckling. Ett generellt behov av aktiebolaget som juridisk konstruktion torde t.ex. inte ha existerat i Sverige under 1800-talets inledande år. Trots detta är aktiebolaget inte något tidstypiskt för det förindustriella och industriella samhället. I begränsad omfattning kom liknande associationer till användning långt tidigare runtom i Europa. Ett exempel härpå är den s.k. Georgsbanken i Genua, som uppstod redan 1407 ("Banca di S. Giorgio").[1] Ett annat exempel är det stora antal handelskompanier som uppstod under 1600- och 1700-talen.[2] Det stora flertalet av dessa associationer, där delägarna enbart riskerade ett visst belopp och samtidigt kunde förvänta sig goda förtjänster, synes ha uppkommit som en följd av det dåtida näringslivets krav.

I och med 1800-talets industrialisering fick aktiebolaget med frihet från personligt betalningsansvar för delägarna vad avser bolagets skulder sitt verkliga genombrott. Aktiebolaget och den liknande skapelsen andelsbolaget ("GmbH" eller motsvarande) blev lagreglerade. Aktiebo-

[1] Från början kopplad till Genuas statsinkomster. Se Hammarsköld, Bilaga till 1890 års förslag, s. 9.

[2] Jfr t.ex. holländska Ostindiska kompaniet 1602 och engelsk-Ostindiska kompaniet 1613 (ombildat). Se härom Hagströmer s. 38f. Jfr för Sveriges del Ostindiska Kompaniet, som erhöll sin första oktroj 1731. Se vidare Hagströmer s. 94.

laget som juridisk konstruktion torde numera vara ett måste i ett marknadsekonomiskt samhällssystem.

4.1.2 En ansats till problemformulering avseende ändamålssynpunkter

Jag utgår i det följande från att aktiebolaget som juridisk konstruktion är ett "måste" i ett marknadsekonomiskt samhällssystem som det svenska. Med ett sådant antagande måste man dock fastställa vad som är aktiebolagets bidrag till samhällsutvecklingen. Min ambition med följande avsnitt 4.1.3 är att försöka besvara denna fråga med utgångspunkt i ABL. Avsnittet syftar till att precisera de övergripande ändamål som ABL söker förverkliga. Framställningen är inte tänkt att vara uttömmande. Avsnittet syftar *enbart* till att fastställa *aktiebolagets huvudsakliga bidrag till samhällsutvecklingen* (enligt min uppfattning).

Min metod för att fastställa de övergripande ändamål som ABL söker förverkliga skiljer sig, som tidigare berörts,[3] väsentligen från t.ex. Ekelöfs teleologiska rättstillämpningssmetod. Jag begagnar mig inte av normernas tillämpningsområde och indelningen i klara och problematiska fall för att fastställa relevanta ändamål. I stället utgår jag från frågan vilka *ekonomiska faktorer* som framstår som *aktiebolagets huvudsakliga bidrag till samhällsutvecklingen*. Med ekonomiska faktorer som framstår som aktiebolagets huvudsakliga bidrag till samhällsutvecklingen avser jag företeelser av ekonomisk art i samhället som aktiebolagen påverkar eller bör påverka på ett för samhällsutvecklingen positivt vis. Ekonomiska faktorer av angivet slag betraktar jag som övergripande ändamål, vilka ABL söker förverkliga. Se närmare följande avsnitt 4.1.3.

Den här begagnade metoden utgör ett försök till att på en alternativ väg söka fastställa ABL:s *övergripande ändamål*. Min utgångspunkt är att aktiebolaget fyller en rad funktioner i samhällsutvecklingen och att det är dessa som ABL skall tillgodose.

Av det anförda följer att rättskällorna på området inte enligt min mening är av särskilt stor betydelse när man skall fastställa de *övergripande ändamålen*. Rättskällorna kan däremot vara till betydligt större hjälp när det gäller att fastställa de *underliggande ändamålen*. I förarbeten och litteratur är det t.ex. brukligt att dela in ABL:s regler i sådana som syftar till att bereda skydd för tredje man såsom bolagets borgenärer och sådana som syftar till att bereda skydd för aktieägarna. Både skyddet för tredje man och skyddet för bolagets aktieägare återspeglas i ABL:s

[3] Se avsnitt 1.4–1.5 ovan.

systematik och innehåll. Jag betraktar i det följande skyddet för tredje man respektive skyddet för aktieägarna som två separata underliggande ändamål. Ytterligare ett ändamål, som måste beaktas i aktiebolagsrättsliga sammanhang, är skyddet för omsättningen (jfr särskilt 8:14 ABL). Dessa förhållandevis konkreta ändamål utnyttjar jag i det följande för att precisera innebörden av och tillämpningsområdet för enskilda lagrum men även allmänna principer. Det bör dock framhållas, att de underliggande ändamålen har till syfte att förverkliga de övergripande ändamålen.

4.1.3 Aktiebolagen, ABL och övergripande ändamål

En väl fungerande marknadsekonomi bygger på att såväl enskilda som grupper av medborgare kan bedriva näringsverksamhet, dvs. vad som kan betecknas som regelmässig produktion av varor eller tjänster, och att staten genom lagstiftning och andra åtgärder uppmuntrar dylik verksamhet. Ett betydelsefullt instrument för att uppmuntra näringsverksamhet är den associationsrättsliga regleringen. Med "rätt" lagstiftning torde det närmare bestämt vara möjligt att åstadkomma en betydande utveckling av näringslivet och därmed samhället.

Aktiebolaget är i första hand en juridisk konstruktion som är anpassad för att bedriva näringsverksamhet och som typiskt sett används för sådan verksamhet. Med hänsyn härtill måste en bärande tanke med lagstiftningen rörande aktiebolag – ABL – vara att den skall underlätta näringsverksamhet. Därmed är det möjligt att anta att ett *övergripande ändamål* med ABL är just att *underlätta näringsverksamhet.*[4]

I Sverige och flertalet västeuropeiska stater antas aktiekapitalet vara en förutsättning för avsaknad av personligt betalningsansvar för aktieägarna för aktiebolagets skulder. Aktiekapitalet är det belopp som aktieägarna satsar i verksamheten och som riskeras i rörelsen. Aktieägarna erhåller i gengäld dels avkastning på kapitalplaceringen, dels inflytande över verksamheten. Därtill kommer att aktierna (i bästa fall) kan öka i värde.

Ett villkor för ett fungerande näringsliv är att aktiebolagen har förmåga att attrahera riskvilligt kapital. Söker sig inte främmande kapital till företag stadda i utveckling är det svårt att finansiera affärsidéer och uppfinningar. För samhället är aktiebolagens förmåga att attrahera riskvilligt kapital av stor betydelse, eftersom varu- eller tjänsteproduktion skapar arbetstillfällen och skatteintäkter samt i många fall ger den ort

[4] Jfr SOU 1992:83 s. 127 och i någon mån prop. 1993/94:196 s. 83.

eller region där företaget är verksamt attraktionsvärde. Förmår aktiebolagen attrahera riskvilligt kapital är det således fråga om en nyttig användning av kapitalet, som i sin tur är av väsentlig betydelse för samhällsutvecklingen. Mot denna bakgrund är det enligt min mening möjligt att hävda, att ett annat *övergripande ändamål* med ABL måste vara att *främja aktiebolagens förmåga att attrahera riskvilligt kapital.*

En viktig beståndsdel i en väl fungerande marknadsekonomi är förekomsten av ett stort utbud av varor och tjänster, dvs. *resultatet av näringsverksamhet.* Ett omfattande utbud av varor och tjänster leder (i bästa fall) till konkurrens om kunderna och därigenom till lägre priser och högre effektivitet. Möjligen kan ett stort utbud av varor och tjänster också bidra till att höja den materiella levnadsstandarden. För samhällsutvecklingen är det otvivelaktigt av stor vikt att den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen inte motverkar utan gagnar omsättningen av varor och tjänster. Det torde därför vara möjligt att anta, att ytterligare ett *övergripande ändamål* med ABL är att *gagna omsättningen av varor och tjänster.*

Ovanstående ändamål är sådana som enligt min uppfattning intuitivt framstår som relevanta för den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen. Härav följer dock inte att lagstiftningen skulle sakna andra övergripande ändamål.[5]

Att företagsledningen bör förvalta aktiebolagen på ett för de anställda betryggande vis är ett exempel på ett annat övergripande ändamål som skulle kunna tänkas vara relevant. De anställda har ett väsentligt intresse av att få behålla sina arbeten. Lika med bolagets "vanliga" borgenärer måste de också få betalt för sina prestationer. Företagsledningen bör inte kunna expandera och förändra verksamheten i sådan utsträckning att de anställdas och fordringsägarnas berättigade anspråk i alltför hög grad riskeras (ett riskmoment utöver vad som är affärsmässigt rimligt). Till det sagda kommer att samhället har ett intresse av att motverka riskabla affärsprojekt, vilka i sin förlängning kan leda till behov av samhällelig hjälp.

Skyddet för miljön är en aspekt på företagens verksamhet som under de senaste årtiondena rönt alltmer allmänt intresse. Ett väl fungerande näringsliv med en omfattande produktion av varor och tjänster är inte något *självändamål*, som får resultera i ett landskap där växt- och djurliv saknas samt vattnet är otjänligt. Under angivna förhållanden är materiell välfärd föga meningsfullt för medborgarna. Och detsamma gäller om arbetsmiljön är otillfredsställande och inslag av t.ex. cancerframkallande ämnen är vanliga.

I vilken utsträckning ändamål av nu nämnda slag bör beaktas vid tolk-

[5] Jfr till det sagda avsnitt 1.5 ovan. Jfr även resonemanget i SOU 1941:9 s. 3 och 12 samt prop. 1944:5 s. 208. Liknande i SOU 1971:15 s. 113.

ningen av enkilda lagrum i ABL kan givetvis diskuteras. Det är emellertid av systematiska skäl rimligt att den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen liksom annan lagstiftning måste *förstås och tolkas med utgångspunkt i de övergripande ändamål som denna primärt söker förverkliga.* Att tillgodose de anställdas behov av fortsatt anställning respektive att skydda miljön är dock ändamål som primärt bör aktualiseras inom ramen för arbetsrättslig respektive miljörättslig lagstiftning.

> Det sagda hindrar inte att "främmande" ändamål i annan lagstiftning kan sammanfalla med de övergripande ändamål som ABL söker förverkliga. Naturligtvis är en dylik kombination en fördel.

Ett exempel på en kombination av snarlikt slag, vilken berör övergripande och underliggande ändamål, utgör den traditionella synen på en rad bestämmelser i ABL som varande uppställda i tredje mans intresse. Skyddet för tredje man kan förutom bolagets borgenärer sägas bestå i ett skydd för de anställda[6] (kapitalkonstruktionen som ett skydd för de anställda i egenskap av borgenärer och som en slags "garanti" för fortsatt anställning) respektive miljön (tillräckligt med kapital för att bolaget skall kunna utnyttja miljöanpassad teknik och att det skall kunna betala skadestånd i anledning av miljöskadlig verksamhet). Jfr ytterligare nedan om underliggande ändamål som ABL söker förverkliga.

Sammanfattningsvis har ABL enligt min mening följande tre övergripande ändamål:[7]

1. främja aktiebolagens förmåga att attrahera riskvilligt kapital,
2. underlätta näringsverksamhet, och
3. gagna omsättningen av varor och tjänster.

4.2 Övergripande ändamål, underliggande ändamål och ABL

I föregående avsnitt har jag försökt visa att ABL, som en rättslig reglering av aktiebolaget, söker förverkliga åtminstone tre övergripande ändamål. Nästa fråga är då vilken betydelse man skall tillmäta dessa ändamål vid tolkningen av ett enskilt lagrum i ABL. Svaret är att de endast fyller en begränsad funktion. Det är praktiskt utomordentligt svårt att på grund-

[6] Jfr i sammanhanget bestämmelserna om styrelsens vetorätt vid nedsättning av aktiekapitalet (6:2 2 st. ABL) och vid vinstutdelning (12:3 1 st. 2 meningen) och lag (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda.

[7] Jfr härvidlag något annorlunda Macey s. 12.

val av övergripande ändamål avgöra huruvida ett lagrum bör tolkas som X eller Y. Inte annat än i undantagsfall går det att fastställa om X eller Y bäst korresponderar mot ett övergripande ändamål såsom att underlätta näringsverksamhet.

Med användning av en teleologisk rättstillämpningsmetod är det därför naturligt att arbeta med ytterligare en kategori av ändamål; ändamål som har till syfte att förverkliga de övergripande ändamålen och till vilka det flitigt hänvisas i förarbeten och litteratur. Det är brukligt att dela in ABL:s bestämmelser i två typer av normer som var för sig tjänar ett primärt ändamål: dels normer uppställda till skydd för tredje man, dels normer uppställda till skydd för aktieägarna. Jag avser att begagna mig av denna indelning i det följande och dessa ändamål betecknar jag, som tidigare nämnts, som *underliggande ändamål*. Därtill kommer ett underliggande ändamål som enligt min mening i alltför ringa utsträckning har uppmärksammats, och det är omsättningsskyddet. En bestämmelse som syftar till att skydda omsättningen är 8:14 ABL. Se närmare nedan avsnitt 4.3.1 om varför skyddet för omsättningen bör betraktas som ett underliggande ändamål i och för sig.

4.3 ABL och underliggande ändamål

4.3.1 Om skyddet för tredje man, aktieägarna och omsättningen

Traditionellt skiljer man sålunda inom aktiebolagsrätten mellan normer som är uppställda i tredje mans intresse och sådana som är uppställda i aktieägarnas intresse.[8] Med tredje man avses vanligen bolagets fordringsägare, anställda och det allmänna.[9] Skyddet för bolagets aktieägare kommer bl.a. till uttryck på så sätt att normerna söker förhindra att majoritetsaktieägare kränker minoritetsaktieägares rätt (majoritetsmissbruk).[10]

De traditionella ändamålen räcker tyvärr inte alltid till för att lösa enskilda rättsfrågor vid tillämpningen av bestämmelserna i ABL. Härvidlag utgör bestämmelserna om utbetalningar till aktieägare – vilka även är tillämpliga på (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående[11] – ett illus-

[8] Jfr helt eller delvis t.ex. Karlgren, Studier, s. 112ff; Lindskog, JFK 12:0-1ff (s. 11ff), Nial, Svensk associationsrätt s. 131ff; Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 21ff och Taxell, Kompetens s. 17ff.

[9] Jfr t.ex. SOU 1941:9 s. 3f och 12; lagrådet i SOU 1942:47 s. 8; prop. 1975:103 s. 416 och Taxell, Kompetens s. 21ff.

[10] Jfr t.ex. Nial, Svensk associationsrätt s. 132 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 22f.

[11] Se närmare avsnitt 5.4.5.

trativt exempel. En grundläggande svårighet vid tillämpningen av utbetalningsreglerna i ABL rör gränsdragningen mellan vad som – åtminstone i denna studie – skall betraktas som en aktiebolagsrättslig utbetalning (vederlagsfri värdeöverföring) och en sedvanlig affärstransaktion. Denna problematik kan man inte lösa enbart under beaktande av borgenärsskyddet och aktieägarskyddet. Man måste på något sätt dessutom ta hänsyn till bolagets medkontrahent.

Ett övergripande ändamål med ABL är att underlätta näringsverksamhet. Ett annat ändamål är att gagna omsättningen av varor och tjänster. Det förra ändamålet sammanfaller med det senare i det avseendet att *produktion* av varor och tjänster (näringsverksamhet) resulterar i *omsättning* av varor och tjänster.

Båda nu nämnda ändamål kan sägas innefatta ett krav på att ABL i minsta möjliga utsträckning bör begränsa aktiebolagens frihet att ingå avtal rörande varor och tjänster. För det *första* skall ett aktiebolag inte på grund av bestämmelserna i ABL behöva avstå från att ingå affärsmässiga avtal med aktieägare eller utomstående. För det *andra* bör inte affärsmässiga avtal mellan aktiebolag och aktieägare eller utomstående kunna sättas åt sidan med hänvisning till reglerna i ABL.

Mot denna bakgrund talar de övergripande ändamålen med ABL, att underlätta näringsverksamhet och att främja omsättningen av varor och tjänster, för att man vid tolkningen av bestämmelserna i ABL måste arbeta med ytterligare ett underliggande ändamål, nämligen att *skydda omsättningen*. Ett skydd för omsättningen är ägnat att bereda både bolaget och dess medkontrahent skydd med avseende på avtal rörande varor och tjänster. Ovan nämnda gränsdragningsproblematik bör sålunda avgöras under beaktande av skyddet för omsättningen.

Även om skyddet för omsättningen inte brukar framhållas i den associationsrättsliga litteraturen rör det sig inte om ett tidigare "okänt" ändamålsskäl. Redan i gällande rätt kan regeln om behörighetsöverskridande vad gäller verkställande direktör i 8:14 1 st. 2 meningen ABL respektive bestämmelsen om befogenhetsöverskridande i 8:14 2 st. ABL (både godtrosregeln i 1 meningen – jfr 11 § 1 st. AvtL – och den på art. 9 p. 1 1 st. och p. 2 i det första bolagsdirektivet grundade regeln i 2 meningen) ses som ett uttryck för omsättningsskyddet. Skyddet för omsättningen ligger ock till grund för reglerna i ABL om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen, enligt vilka det är vissa bolagsorgan som har rätt att företräda bolaget och teckna dess firma (8:11–12 ABL). Det är dessutom naturligt att skyddet för omsättningen beaktas vid tolkningen av bestämmelserna i ABL liksom annan förmögenhetsrättslig eller handelsrättslig lagstiftning.

Jag vill dock poängtera att ovanstående enbart är representativt för min syn på och användning av omsättningsskyddet som ett relevant ändamålsskäl.

4.3.2 Omsättningsskyddet[12]

Tredjemansskyddet i ABL symboliseras främst av skyddet för bolagets fordringsägare. Utbetalningar till aktieägare måste stå i överenstämmelse med inte minst 12:2 ABL. Tillgångar motsvarande bundet eget kapital (vari jag inbegriper erforderlig avsättning till reservfonden) och en viss del av fritt eget kapital enligt försiktighetsregeln fungerar som en slags säkerhet för bolagsborgenärerna.

Omsättningsskyddet kan delvis sägas motverka tredjemansskyddet. Såväl bolaget som bolagets medkontrahent – aktieägare eller utomstående – skall vid avtal och andra rättshandlingar åtnjuta ett konkret skydd, vars innebörd är att parterna skall kunna förlita sig på att rättshandlingar med affärsmässigt innehåll är giltiga enligt ABL. Särskilt bolagets medkontrahent måste kunna utgå från att vad han med fog uppfattar som en affärsmässig rättshandling inte kan sättas åt sidan med hänvisning till att denna är ogynnsam för bolaget.

Skyddet för omsättningen är ett ändamål som bl.a. talar för en begränsning av hur långt skyddet för tredje man (och skyddet för aktieägarna) får motivera att avtal och andra rättshandlingar anses innefatta aktiebolagsrättsliga utbetalningar (förtäckta utbetalningar). Med hänvisning till skyddet för bolagets fordringsägare, som en del av tredjemansskyddet, får en tolkning av utbetalningsbegreppet – dvs. vad som utgör en vederlagsfri värdeöverföring från bolaget – inte resultera i en orimligt sträng syn på vad som är en affärsmässig rättshandling, eftersom detta i sin tur skulle påverka bolagsorganens och avtalskontrahenternas affärsmässiga överväganden och motverka omsättningen.

4.3.3 Tredjemansskyddet

4.3.3.1 Inledning

Karakteristiskt för aktiebolagsrätten i Sverige och övriga Europa är att (tillgångar motsvarande) aktiekapitalet antas tjäna som en slags säkerhet

[12] Sacklén för i SvJT 1994 s. 136ff på s. 162ff en länge diskussion om ABL:s borgenärsskyddsregler och "omsättningsintresset". Med "omsättningsintresset" avses, såvitt jag kan förstå, härvidlag något annat än det här berörda omsättningsskyddet.

– en "garanti" – för bolagets skulder.[13] Aktiekapitalet ersätter delägarnas personliga betalningsansvar för bolagets förpliktelser.[14] I USA är utgångspunkten den motsatta.[15] Det finns vanligen inte något lagstadgat minimumkrav beträffande aktiekapitalets storlek; i varje fall inte enligt modellakten och ett ansenligt antal delstatliga aktiebolagslagar. Detsamma är fallet beträffande privata aktiebolag i engelsk rätt.[16]

Det är i Sverige och övriga Europa inte blott aktiekapitalet som har till ändamål att bereda skydd för fordringsägarna. Motsvarande ändamål har andra poster ingående i bundet eget kapital.

Det bundna egna kapitalet antas för åtminstone Sveriges vidkommande inte bara ha till ändamål att bereda skydd för bolagsborgenärerna utan även tjäna till ett skydd för de anställda och det allmänna (härav uttrycket tredjemansskydd[17]).[18] Bolagets anställda[19] och det allmänna skyddas i egenskap av borgenärer på samma sätt som bolagets övriga fordringsägare. Tillgångar motsvarande bundet eget kapital utgör en slags säkerhet för de anställdas anspråk på att utfå lön och andra ersättningar respektive för samhällets anspråk på skatter och avgifter m.m. Härutöver kan det ifrågasättas, om inte det bundna egna kapitalet bidrar till att säkra de anställdas icke rättsligt sett garanterade anspråk på fortsatt anställning[20] respektive samhällets intresse av att det t.ex. finns arbetstillfällen för den arbetsföra delen av befolkningen och ett tillfredsställande skatteunderlag[21].

4.3.3.2 Skyddet för bolagets borgenärer

ABL innehåller ett ovillkorligt tvingande förbud mot vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten – aktiebolagsrättsliga utbetalningar – till aktieägare eller (analogt) utomstående som inkräktar på bundet eget kapital (inklusive erforderlig avsättning till reservfonden) och som tar i anspråk den del av fritt eget kapital som måste innehållas enligt försiktighetsregeln, se 12:2 1 st. respektive 2 st. 1 meningen ABL. ABL innehål-

[13] Se beträffande svensk rätt t.ex. prop. 1975:103 s. 193, 210 och 214 samt lagrådet i prop. 1975:103 s. 753.

[14] Se beträffande svensk rätt t.ex. prop. 1975:103 s. 204 och 217 samt lagrådet i prop. 1975:103 s. 753. Jfr därtill prop. 1975:103 s. 475 och bestämmelsen i 13:2 ABL.

[15] Se avsnitt 3.5.6.2 ovan.

[16] Se avsnitt 3.5.4.1 ovan.

[17] Jfr ock t.ex. art. 54 p. 3 (g) i romfördraget och det andra bolagsdirektivets titel.

[18] Jfr i svensk rätt t.ex. SOU 1941:9 s. 3 och 12 samt s. 268f och prop. 1973:93 s. 86.

[19] Jfr Nial, Svensk associationsrätt, s. 131.

[20] Jfr Taxell, Kompetens, s. 22 och prop. 1973:93 s. 86.

[21] Jfr t.ex. prop. 1973:93 s. 86.

ler däremot inte något generellt förbud mot *förlustbringande avtal*. Förlustbringande avtal är dock sanktionerade såtillvida att när rörelsen visat sig vara så pass förlustbringande, att bolagets egna kapital – dvs. värdet av bolagets tillgångar – understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, aktualiseras bestämmelsen om tvångslikvidation i 13:2 ABL och personligt betalningsansvar.

Både 12:2 och 13:2 ABL har således till ändamål att åstadkomma ett slags skydd för bolagets borgenärer. Detta skydd för bolagets borgenärer tillgodoses emellertid inte – som man kan förledas tro på grund av lagreglernas utformning – i och för sig av att en viss del av det egna kapitalet sådant det redovisas i den fastställda balansräkningen inte får bli föremål för utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna eller att tvångslikvidation kan komma i fråga när en viss del av aktiekapitalet är "förbrukat". Skyddet för bolagets borgenärer tillgodoses i stället på så sätt att *bolagsförmögenheten genom (bl.a.) 12:2 och 13:2 ABL som sådan garanteras*. Det i ABL åsyftade borgenärsskyddets objekt är bolagsförmögenheten som sådan och det är bolagsförmögenheten som skall garantera ett skydd för bolagets borgenärer.[22]

12:2 ABL är bestämmande för storleken på det utdelningsbara beloppet. Det utdelningsbara beloppet enligt den senaste fastställda balansräkningen återspeglar i vilken utsträckning värdet av bolagets tillgångar överstiger värdet av bolagets skulder – sufficiensen. Av vad som nyss sagts följer att substansen i det borgenärsskydd som åsyftas med 12:2 ABL inte står att finna i detta belopp eller någon allmän princip om skyddet för det bundna egna kapitalet. Borgenärsskyddet får sin substans i bolagets verkliga förmögenhetsmassa, och det är denna som minskar vid öppna eller förtäckta utbetalningar med kontanter eller sakvärden (förmögenhetsminskning för bolaget). *Vad 12:2 ABL i fordringsägarnas intresse skall bevara är sålunda en viss del av den verkliga förmögenhetsmassan i bolaget.*

Avgörande för bedömningen huruvida en viss aktiebolagsrättslig utbetalning är tillåten eller ej, bör följaktligen vara den *effekt* som en viss rättshandling *reellt sett* har på *förmögenhetsmassan* i bolaget; vad som kan betecknas som *förmögenhetsmässig effekt*. I enlighet med denna princip förutsätter enligt min mening skyddet för fordringsägarna att man vid tolkningen av ABL:s bestämmelser om utbetalningar väljer en lösning som ger en rättvisande bild av *förmögenhetsdispositionens storlek* och vilka *ekonomiska verkningar* denna *materiellt sett* har för bolaget.

Vad nu sagts ger emellertid något besked om *vilken betydelse* borgenärsskyddsreglerna i ABL i *kvalitativt och kvantitativt* avseende har för

[22] Jfr t.ex. prop. 1993/94:196 s. 81f.

bolagets fordringsägare (jfr nedan och för kritiska synpunkter följande avsnitt 4.3.3.3). Det kan så här långt blott konstateras, att bestämmelserna i ABL bereder bolagets borgenärer ett *hypotetiskt skydd.*

Fordringsägarnas *reella möjligheter* att få betalt eller annan prestation fullgjord är inte garanterad i ABL. Borgenärerna är i stället beroende av annan lagstiftning; främst utsökningsbalken (UB) och konkurslagen (KonkL). Finns det då några skäl som talar för att ABL:s bestämmelser om det bundna egna kapitalet m.m. fungerar tillsammans med UB och KonkL på sådant sätt att bolagsborgenärerna får betalt (varmed jag i det följande likställer möjligheten att få annan prestation fullgjord)? Svaret på denna fråga får sökas i dels hur ABL och UB i samverkan kan tänkas åstadkomma ett skydd för bolagsborgenärerna, dels hur ABL och KonkL kan tänkas åstadkomma detsamma.

Av ABL följer att aktiebolagen alltid måste disponera över tillgångar vilkas värde överstiger värdet av skulderna; jfr 13:2 ABL. Enligt 12:2 ABL får aktieägarna inte vederlagsfritt förfoga över tillgångar motsvarande bundet eget kapital och en viss del av fritt eget kapital. Objektet för borgenärsskyddet är förmögenhetsmassan i bolaget och det är denna som skall garantera skyddet för bolagsborgenärna. Sammantaget kan borgenärsskyddsbestämmelserna i ABL sägas ha till ändamål att garantera att aktiebolagen har en förmögenhetsmassa som mer än väl säkerställer bolagsborgenärernas anspråk; denna förmögenhetsmassa skall även fungera som en "*buffert*" i sämre tider[23] (jfr nedan). UB syftar till att säkerställa att fordringsägarna får sina fordringar infriade. *Med UB får nämnda bestämmelser i ABL ett reellt innehåll* såtillvida att aktiebolagen minst måste disponera över en förmögenhetsmassa av viss storlek vartill bolagsborgenärerna kan vända sig. Detta är det skydd för bolagsborgenärerna som ABL i samverkan med UB kan tänkas åstadkomma.

> Jfr i förevarande avseende dock regeln i 13:2 1 st. 2 meningen ABL, som stadgar att styrelsen ofördröjligen skall upprätta och låta revisorerna granska en särskild balansräkning, om bolaget vid verkställighet enligt 4 kapitlet UB befunnits sakna utmätningsbara tillgångar. I en dylik situation finns det anledning att misstänka, att bolaget saknar en förmögenhetsmassa vartill bolagsborgenärerna kan vända sig.

ABL kan i samverkan med KonkL tänkas åstadkomma ett annat skydd för bolagets borgenärer än vad som gäller ABL i samverkan med UB.[24] Utgångspunkten för konkursförfarandet är gäldenärens obestånd, dvs. att

[23] Jfr Sacklén i SvJT 1994 s. 136.

[24] Men se nedan rörande vilka grupper av borgenärer som ABL:s bestämmelser avseende det bundna egna kapitalet m.m. tillgodoser i praktiken.

gäldenären inte rätteligen kan betala sin skulder och att denna oförmåga inte endast är tillfällig (1:2 2 st. KonkL). Utgångspunkten för bestämmelsen i 13:2 ABL är "aktiebolagsrättslig" insufficiens (bolagets tillgångar motsvarar inte skulderna och minst hälften av aktiekapitalet). Mellan dessa distinkt olika utgångspunkter finns ett betydande funktionellt samband såtillvida att bolagets förmögenhetsmassa sådan den garanteras av bl.a. 13:2 ABL – jfr t.ex. också 12:2 ABL ovan – skall fungera som en "buffert" mot insolvens (jfr ovan).[25] Före den tidpunkt ett aktiebolag blir insolvent presumeras tvångslikvidationsregeln i 13:2 ABL bli tillämplig och resultera i rekonstruktion eller avveckling av företaget.

Jfr emellertid den ovannämnda regeln i 13:2 1 st. 2 meningen ABL.

Gentemot vilka kategorier av borgenärer riktar sig då borgenärsskyddet? Eller syftar bestämmelserna i ABL till att bereda alla fordringsägare samma sorts skydd? För egen del har jag inte kunnat finna några skäl som talar för att skyddet primärt skulle vara avsett för vissa grupper av borgenärer.[26] Det måste enligt min mening antas att bestämmelserna i ABL *i princip* har till ändamål att bereda alla typer av borgenärer samma skydd; jfr 18 § 1 st. förmånsrättslagen (1970:979, FRL). Man får förmoda att bestämmelserna är uppställda i både nuvarande och framtida borgenärers intresse.

En helt annan fråga är om bestämmelserna i ABL *i praktiken* tillgodoser alla borgenärer lika. Om bolaget är en "going concern" måste svaret bli jakande (jfr ovan). I händelse av konkurs måste svaret bli nekande. Om och i den utsträckning bestämmelserna om det bundna egna kapitalet m.m. bidrar till att ett aktiebolags konkursbo disponerar över tillgångar, är det förmögenhetsvärden som i första hand kommer prioriterade borgenärer till godo i enlighet med bestämmelserna i förmånsrättslagen. Bland de prioriterade borgenärerna märks särskilt företagshypotekshavare och staten vad avser skatter och avgifter (5 § 1 st. p. 2 och 11 § FRL).[27]

Sammanfattningsvis kan bestämmelserna om det bundna egna kapitalet m.m. i ABL sägas bereda bolagets borgenärer ett *hypotetiskt* skydd.

[25] Jfr Sacklén, SvJT 1994 s. 136.

[26] Jfr emellertid Sacklén i SvJT 1994 s. 159 beträffande statens anspråk på skatter och allmänna avgifter och de anställdas anspråk på lön eller annan ersättning och/eller pension. Sacklén menar bl.a att staten generellt sett är en bättre bärare av risk än enskilda borgenärer. Värdet av detta argument kan dock ifrågasättas, eftersom det även kan åberopas gentemot andra borgenärer, vilka kan tänkas bära ekonomiska risker bättre än "genomsnittsborgenären".

[27] De anställda skyddas som bekant av lönegarantin. Staten aktualiseras i detta fall genom inträdet i de anställdas allmänna förmånsrätt enligt 12 § FRL, som följer av 28 § lönegarantilagen (1992:497).

Ett hypotetiskt skydd vars reella innehåll är beroende av främst bestämmelserna i UB och KonkL. Med UB får reglerna i 12:2 och 13:2 ABL ett reellt innehåll såtillvida att aktiebolagen minst måste disponera över en förmögenhetsmassa av viss storlek vartill bolagsborgenärerna kan vända sig. Detta är i varje fall det skydd för bolagsborgenärerna som ABL i samverkan med UB kan tänkas åstadkomma. ABL kan i samverkan med KonkL tänkas åstadkomma ett skydd för bolagets borgenärer såtillvida att bolagets förmögenhet – sådan den garanteras av bl.a. 13:2 ABL – skall fungera som en "buffert" mot insolvens. Tvångslikvidationsregeln i 13:2 ABL presumeras bli tillämplig och resultera i rekonstruktion eller avveckling av aktiebolaget före den tidpunkt företaget blir insolvent. Det i ABL åsyftade borgenärsskyddet skall i princip bereda samtliga typer av fordringsägare samma skydd.

4.3.3.3 Kritiska anmärkningar rörande borgenärsskyddet

Det finns dock en rad skäl som talar mot att ABL:s bestämmelser tillgodoser borgenärsskyddet i så pass hög grad att det motiverar deras existens.[28] I och för sig kan det inte betvivlas att ABL:s bestämmelser om det bundna egna kapitalet m.m. innebär ett bättre skydd för fordringsägarna än regelsystem vari sådana normer saknas.[29] Enligt min uppfattning är det *avgörande för om borgenärsskyddsbestämmelserna i ABL är berättigade* dock inte om dessa bidrar till ett skydd för bolagets borgenärer utan *om bestämmelserna i tillräckligt hög grad tillgodoser detta ändamål.*[30]

Ett argument mot att kapitalkonstruktionen i tillräckligt hög grad tillgodoser borgenärsskyddet är att det nu gällande lägsta tillåtna aktiekapitalet[31] om 500000 kr för publika aktiebolag respektive 100000 kr för privata aktiebolag inte är anpassat efter de förhållanden som gäller i individuella företag.[32] Den minsta tillåtna storleken på aktiekapitalet är

[28] Jfr till det följande bl.a. Sacklén i SvJT 1994 s. 152ff men annorlunda Nerep i SvJT 1994 s. 549ff särskilt s. 553.

[29] En märklig och inkonsekvent omständighet är att bolagets borgenärer saknar egen talerätt, om aktieägarna företar utbetalningar som t.ex. inkräktar på det bundna egna kapitalet eller strider mot försiktighetsregeln (jfr annorlunda 62 § 2 st. AktG). Fordringsägarna saknar även rätt att påkalla likvidation enligt 13:2 ABL.

[30] Sacklén betonar – såvitt jag kan förstå – närmast frågan om ABL:s borgenärsskyddsregler utgör en nödvändig förutsättning för ett tillfredsställande borgenärsskydd. Se särskilt Sacklén i SvJT 1994 s. 162.

[31] Värdet av ett lagstadgat lägsta tillåtna aktiekapital reduceras även av att penningvärdet kontinuerligt försämras med en inflationistisk ekonomi. Jfr avsnitt 3.5.6.2 ovan om rättsutvecklingen i USA.

[32] Jfr Clark, The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, 90 Harv L Rev 505 (1977) på s. 556f; se därtill särskilt Clark:s jämförelse på s. 555ff med Uniform Fraudulent Conveyance Act 1918 och däri intagna kapitalkrav ("unreasonable small capital").

otillräcklig så snart ett företag bedriver verksamhet i någon större omfattning. I alla större aktiebolag reduceras det i lag stadgade lägsta tillåtna aktiekapitalet till något föga meningsfullt för bolagets borgenärer (en annan sak är att aktiebolagen ofta frivilligt har ett större aktiekapital än det i lag stadgade).[33] Borgenärsskyddet övergår i själva verket till att bli en fråga, som måste lösas avtalsvägen med kreditgivarna (t.ex. som ett avtalsvillkor om att bolaget skall ha ett aktiekapital av viss minsta storlek, som ett avtal om att aktieägarna får ställa säkerhet för bolagets förpliktelser eller som en konsolideringsgaranti utställd av moderbolag avseende dotterbolags skulder[34]).[35] För att åstadkomma ett för varje företag mer anpassat borgenärsskydd krävs det en annorlunda kapitalkonstruktion än den nuvarande. En konstruktion som bygger på det individuella företagets storlek och typ samt det sammanlagda värdet av bolagets skulder.[36]

Vad som nu anförts förändras alltså inte av det faktum att den svenske lagstiftaren nyligen har genomfört en höjning av lägsta tillåtna aktiekapital från det tidigare kravet på 50000 kr. Det förtjänar nämnas att inte ens i proposition 1993/94:196 om ändringar i ABL anförs borgenärsskyddet[37] som ett argument som talar för ett minsta tillåtna aktiekapital om 500000 kr i publika aktiebolag.[38] Vad angår privata aktiebolag anförs bl.a. att ett aktiekapital om 100000 till 200000 kr ofta bereder ett otillräckligt skydd för bolagets borgenärer när bolaget råkar i ekonomiskt trångmål (se närmare ovan avsnitt 2.3.3).

[33] Jfr i viss mån prop. 1993/94:196 s. 82.

[34] Jfr ytterligare Sacklén, SvJT 1994 s. 154ff.

[35] Jfr Clark, The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, 90 Harv L Rev 505 (1977) på s. 557f och Sacklén, SvJT 1994 s. 152ff.

[36] Jfr Håstad i Insolvensrättsligt forum s. 27 och s. 60. Se för steg i denna riktning avseende det egna kapitalet § 3-5 2 st. ASL i föreslagen lydelse i Ot.prp. 1993–94 nr 36 och härom avsnitt 3.5.5.1 ovan.

[37] Ett ändamålsskäl som åberopas är emellertid att det bör krävas ett särskilt högt aktiekapital i aktiebolag vars aktier är avsedda att spridas till allmänheten. Ett högt aktiekapital påstås underlätta en väl fungerande handel med bolagets aktier hos allmänheten. Det skulle ofta rentav vara en förutsättning för en fungerande aktiemarknad att bolaget har en ordentlig kapitalbas och ett förhållandevis stort antal aktier som kan bli föremål för handel. Därtill kommer att kraven på ett särskilt högt aktiekapital för bolag vars aktier är föremål för allmän handel redan i dag kommer till uttryck i de bestämmelser som gäller för börsverksamhet. Se prop. 1993/94:196 s. 79 och ovan avsnitt 2.3.3. Man kan dock fråga sig om detta ändamålsskäl inte talar för att bestämmelser om aktiekapitalets storlek i stället bör finnas i den börsrättsliga lagstiftningen. Inte helt överraskande betonas också i propositionen att det även i fortsättningen – och alltså vid sidan av de aktiebolagsrättsliga reglerna rörande publika aktiebolag – kan vara motiverat att uppställa särskilda krav på bl.a. aktiekapital i de bestämmelser som reglerar handel på börs och auktoriserade marknadsplatser som förutsättning för sådan handel (prop. 1993/94:196 s. 80).

[38] Men annorlunda i den s.k. preamblen till det andra bolagsdirektivet.

Med hänsyn till det anförda kan man misstänka att även andra poster ingående i bundet eget kapital är av tveksamt värde för fordringsägarskyddet.

Ett andra argument som talar mot att ABL:s bestämmelser innebär ett skydd för fordringsägarna är att även om ett aktiebolag disponerar över ett tillräckligt stort eget kapital – fritt och bundet – i relation till skulderna finns det inte något som hindrar att detta minskar till ett obetydligt belopp. För det första äger aktieägarna disponera över tillgångar motsvarande det fria egna kapitalet enligt 12:2 1 st. ABL som utbetalning av vinstutdelning, om inte annat följer av försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. För det andra kan bolagsordningen innehålla en bestämmelse som medger ett variabelt aktiekapital (storleken ett till fyra) och det är jämförelsevis enkelt att sätta ned aktiekapitalet – med utbetalning till aktieägarna – till det lägsta beloppet (2:4 1 st. p. 4 och 6:8 ABL samt – från den 1 januari 1995 – 6:9–10 ABL). För det tredje aktualiseras tvångslikvidationsregeln i 13:2 ABL först när mer än hälften av aktiekapitalet är förbrukat (se också 6:1 1 st. p. 1 ABL; åtminstone teoretiskt kan nedsättning av aktiekapitalet för täckning av förlust ske intill dess att aktiekapitalet uppgår till 500000 kr respektive 100000 kr; jfr 1:3 1 st. ABL).

Ett tredje argument som kan anföras mot att dagens regler bereder fordringsägarna erforderligt skydd är att det bundna egna kapitalet sådant det redovisas i företagets balansräkning, eller som enligt 13:2 ABL[39] i en särskild balansräkning, i många avseenden grundar sig på historiska värden rörande bolagets förmögenhetsställning (jfr 15 § BFL rörande värdering av anläggningstillgångar[40]). Historiska värden ger inte någon säker bild av bolagets ekonomiska ställning – oavsett eventuella avskrivningar – vid en viss bestämd tidpunkt och kan till och med vara direkt felaktiga i lågkonjunktur (eller högkonjunktur). Bolagets borgenärer kan alltså inte vara säkra på att de i balansräkningen upptagna värdena på bolagets tillgångar motsvarar de verkliga ekonomiska förhållandena i bolaget (eventuellt i relation till dess omvärld).[41]

Ett fjärde argument som talar mot att ABL:s borgenärsskyddsregler verkligen bereder något skydd för fordringsägarna är att redovisningslag-

[39] Bestämmelsen om värdering till försäljningsvärdet i 13:2 3 st. ABL, som ökar det egna kapitalets storlek, får först betydelse i fråga om anläggningstillgångar då försäljningsvärdet är *högre* än anskaffningsvärdet. Skulle detta inte vara fallet kan anskaffningsvärdet – trots vederbörlig avskrivning och nedskrivning – i hög grad vara ekonomiskt missvisande som ett historiskt värde utan hänsyn tagen till tillgångens värde i verkligheten och för bolaget.

[40] Jfr 2:14ff i den föreslagna årsredovisningslagen.

[41] Jfr Clark, The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, 90 Harv L Rev 505 (1977) på s. 556.

stiftningen tillåter att företagen materialiserar en rad poster som tillgångar trots att dessa poster stundom är av tvivelaktigt värde för bolagets fordringsägare. Jag har svårt att förstå varför exempelvis goodwill och forsknings- och utvecklingskostnader skall kunna aktiveras som anläggningstillgångar[42] *i den meningen*[43] att de får ligga till grund för att bestämma utdelningsbart belopp enligt 12:2 1 st. ABL;[44] åtminstone utan ytterligare spärrar[45] vad avser det belopp som får aktiveras. Vari ligger *skyddet för bolagets borgenärer* om exempelvis bundet eget kapital motsvaras av dylika tillgångar (ett för all del tämligen hypotetiskt exempel). Något skydd anses i varje fall inte existera enligt § 500 (b) (1) California Corporations Code (se ock art. 37 p. 1 jämfört med art. 34 p. 1 [b] i det fjärde bolagsdirektivet[46]).

> De nu berörda problemen avseende redovisningen och dess funktion vid tillämpningen av utbetalningsreglerna påminner något om den problematik som har uppmärksammats med avseende på redovisningen och dess funktion vid tillämpningen av skatterättsliga bestämmelser.[47] Det kan på goda grunder ifrågasättas, om inte den omständigheten att redovisningen skall ligga till grund för tillämpningen av sinsemellan mycket olika lagregler och följaktligen tillgodose vitt skilda ändamål i själva verket omöjliggör tanken om att det är tillräckligt med en redovisningslagstiftning. Ett bättre alternativ vore måhända att anpassa redovisningen alltefter vilka ändamål som denna skall tillgodose vid tillämpningen av olika lagregler.[48] En dylik lösning får naturligtvis inte leda till att regelsystemet blir oöverskådligt och svårtillämpat. Redovisningslagstiftningen kan dock t.ex. kompletteras med "spärrregler" i den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen rörande utbetalningar (jfr exempelvis nyss nämnda bestämmelser i California Corporations Code och i det fjärde bolagsdirektivet).

Ett femte argument rör borgenärsskyddets principiella utformning och praktiska effekter. *I princip* syftar det bundna egna kapitalet m.m. till att

[42] Jfr beträffande den framtida rättsutvecklingen på området 2:15 1 st. i den föreslagna årsredovisningslagen. Se dock avsnitt 3.5.1.3 ovan not 39.

[43] En helt annan sak är att det finns anledning ta upp dylika poster i balansräkningen för andra ändamål och att dessa poster sålunda är av betydande intresse i t.ex. ett intressentperspektiv.

[44] Men se NJA 1993 s. 484 beträffande aktiverade utvecklingskostnader vid tillämpningen av 13:2 ABL.

[45] Jfr t.ex. problemen i det i föregående not omnämnda rättsfallet NJA 1993 s. 484.

[46] Se avsnitt 3.5.1.3 ovan not 39.

[47] Se t.ex. på senare tid SOU 1994:17 Del I s. 131ff, särskilt s. 133ff.

[48] Jfr härvidlag Lindskog JFK 12:2-7.4.2 (s. 62) beträffande rekvisitet "ställning i övrigt" i försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL, fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, god redovisningssed och värderingen av tillgångar och skulder.

bereda alla typer av fordringsägare samma skydd. Och detta gäller såväl då bolaget är en "going concern" som i händelse av konkurs. *I praktiken* tillgodoser – i händelse av konkurs – ABL:s bestämmelser om det bundna egna kapitalet m.m. dock främst prioriterade borgenärer såsom företagshypotekshavare och staten vad avser skatter och avgifter (se föregående avsnitt). Jag vill mena att om bestämmelserna i ABL syftar till att bereda alla typer av borgenärer samma skydd bör det också komma alla till del. Accepterar man däremot konsekvenserna av det nuvarande *regelsystemet* (ABL i samverkan med FRL) skall det i stället stå klart för alla och envar av de oprioriterade fordringsägarna att de inte på grund av bestämmelserna i ABL åtnjuter något nämnvärt bättre skydd. Det av lagstiftarna uppgivna borgenärsskyddet framstår i annat fall som vilseledande.

Ett sjätte argument mot att de nu gällande bestämmelserna i ABL bereder skydd för bolagets borgenärer är att "aktiebolagsrättslig" insufficiens (bolagets tillgångar motsvarar inte skulderna och minst hälften av aktiekapitalet) enligt 13:2 ABL presumeras inträda innan företaget blir insolvent. Dessvärre saknar antagandet – mig veterligen – stöd i empiriska undersökningar. Jag vill mena att det finns goda skäl för att misstänka att insolvens i praktiken ofta föreligger vid en tidpunkt som i tiden ligger före "aktiebolagsrättslig" insufficiens enligt 13:2 ABL.[49]

Ett sjunde argument, och det kanske mest "omskakande", är att rättsutvecklingen i USA tyder på att kapitalkonstruktionen, som syftar till att bereda skydd för bolagsborgenärerna, i hög utsträckning har blivit underkänd i lagstiftningsarbetet.[50] Detsamma gäller vissa aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddsregler såsom bestämmelser vilka begränsar storleken på det utdelningsbara beloppet enligt principen om skyddet för det bundna egna kapitalet eller liknande.[51] Rättsutvecklingen i Europa går i rakt motsatt riktning. Men denna rättsutveckling synes inte vara ett resultat av att rättsreglerna rörande aktiekapitalet, skyddet för det bundna egna kapitalet vid utbetalning av vinstutdelning m.m. blivit föremål för en debatt, där deras borgenärsskyddande funktion satts i fråga och en utvärdering visat att de behövs för ett väl fungerande fordringsägarskydd.[52] Snarare syns rättsutvecklingen vara ett resultat av att man utgår från att rättsreglerna fyller denna funktion och inte är möjliga att avvara.

[49] Se samma t.ex. Sacklén, SvJT 1994 s. 151.

[50] Se avsnitt 3.5.6.2 ovan.

[51] Se avsnitt 3.5.6.3.2 ovan.

[52] Att det är fråga om gemenskapsrättslig lagstiftning kan inte åberopas som ett argument som i och för sig talar för reglerna. På sin höjd kan den gemenskapsrättsliga lagstiftningen åberopas till stöd för att vi inte kan välja någon annan lösning. Frågan är dock om inte denna lagstiftning i här berört avseende är "obsolet".

> Till vad som nu sagts kommer det argumentet att en än så länge begränsad men växande kategori företag saknar tillgångar i den omfattning som traditionellt är förknippad med näringsverksamhet. Bland s.k. kunskapsföretag och andra i huvudsak tjänsteproducerande företag är det "individerna" och inte "tillgångarna" som producerar varor och tjänster. Bolagets ekonomiska framgångar återspeglas i resultaträkningen. Några tillgångar av större ekonomiskt värde redovisas inte i balansräkningen. I dessa företag kan värdet av ABL:s borgenärsskyddsregler, enligt vilka – såsom 12:2 ABL – fastställd balansräkning i många fall skall ligga till grund för bedömningen, över huvud taget ifrågasättas.

Sammanfattningsvis finns det många tungt vägande argument som kan riktas mot ABL:s bestämmelser om bundet eget kapital m.m. såtillvida att man utgår från att de *i verkligheten bereder något skydd för bolagets borgenärer* och därför inte kan undvaras. Enligt min uppfattning kan det ifrågasättas, om inte reglerna är *missvisande* och stundom till och med *vilseledande*.[53] ABL bereder fordringsägarna ett skydd som i realiteten är av tveksamt värde. Och i den utsträckning ABL verkligen bereder fordringsägarna skydd kommer det i händelse av konkurs bara vissa borgenärer till godo.

Därmed återstår frågan om bestämmelserna i ABL om bundet eget kapital m.m. tillgodoser borgenärsskyddet i så pass hög grad att det motiverar deras existens. Eller kan skyddet för fordringsägarna kanske i stället – och i huvudsak – tillgodoses inom ramen för UB och KonkL och berörda bestämmelser i ABL blott anses som uppställda i aktieägarnas intresse? Något entydigt svar på denna fråga är inte möjligt att ge i denna framställning. Icke desto mindre framstår rättsutvecklingen i USA i här berört hänseende som mer välgenomtänkt än den europeiska.[54] Måhända manar den till efterföljd?

En lösning som enligt min mening i varje fall är ett beaktansvärt alter-

[53] För samma åsikt om (äldre) amerikanska regler se Kummert, State Statutory Restrictions on Financial Distributions by Corporations to Shareholders, 59 Wash L Rev 185 (1984) på s. 283f och jfr Clark, The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, 90 Harv L Rev 505 (1977) på s. 556ff.

[54] Nerep (SvJT 1994 s. 553) menar att eftersom aktiebolagsformen är uppbyggd på grundsatsen, att delägarna icke ansvarar för bolagsförpliktelser, erfordras i vart fall ett visst minimum av skydd för att bolagsformen skall vinna acceptans på kreditmarknaden och detta skydd bör vara tvingande. Nerep synes vidare mena att Sverige inte kan överge det tvingande borgenärsskyddet, också i beaktande av utvecklingen inom den Europeiska Unionen. Slutligen anför Nerep: "Något alternativ gives icke, och den amerikanska modellen – enligt vilken /.../ borgenärsskyddet ytterst vilar på ett mera omfattande delägaransvar på grund av den synnerligen omfattande praxis om ansvarsgenombrott som utvecklats i domstolarna, vilken praxis för övrigt också har en tvingande karaktär – är ej eftersträvansvärd."

nativ beträffande utbetalning av vinstutdelning och andra typer av utbetalningar är den som kommer till uttryck i § 6.40 (c) RMBCA 1984. Denna lösning har åtminstone den fördelen, att den inte utlovar något skydd för bolagsborgenärerna utöver vad som i realiteten tillhandahålles.[55] Om man väljer en dylik insufficiens- och insolvensmodell får skyddet för bolagsborgenärerna i stället tillgodoses i UB och KonkL, kanske genom bl.a. skärpta återvinningsregler.

En motsatt utgångspunkt, där man åtminstone försöker tillhandahålla bolagsborgenärerna något annat och mer än ett sannolikt fiktivt skydd, skulle närmast utgå från vad som har föreslagits i Norge (§ 3-5 2 st. i föreslagen lydelse i Ot.prp. 1993–94 nr 36):[56] "Egenkapitalen skal til enhver tid være forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av den virksomhet som selskapet driver." Regeln syftar till att konkretisera och skärpa de verkställande organens plikt, att sörja för att bolaget har ett tillräckligt stort eget kapital. Se härom närmare ovan avsnitt 3.5.5.1.

En dylik utgångspunkt talar för att principen om skyddet för det bundna egna kapitalet sådan den kommer till uttryck i 12:2 1 st. ABL vid utbetalning av vinstutdelning, vars värde för borgenärsskyddet i och för sig kan ifrågasättas men som skall upprätthållas på grund av det andra bolagsdirektivet, bör kompletteras med en för borgenärsskyddet långt mer betydelsefull allmän försiktighetsregeln liknande den i 12:2 2 st. 1 meningen ABL i gällande svensk rätt (jfr i ändamålshänseende den i Norge föreslagna § 3-5 2 st. ovan). Försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL skulle exempelvis kunna reformeras i riktning mot försiktighetsregeln i dansk rätt i 110 § 2 st. AL[57] (jfr ock den i NOU 1992:29 föreslagna lydelsen av försiktighetsregeln i norsk rätt i § 13-5 2 st. 1 meningen)[58].

Vidare talar berörda utgångspunkt, som syftar till att åstadkomma ett reellt skydd för bolagsborgenärerna, för att utbetalningsreglerna bör bygga på det stränga synsätt som kommer till uttryck i utbetalningsreglerna i AktG (jfr 57 § och 58 § 5 st.). En fördel med detta är att det verkar för ordning och reda i verkligheten, vilket är till gagn för bolagsborgenärerna, och motverkar aktiebolagsrättsliga förtäckta utbetalningar, vilka knappast förtjänar uppmuntras av rättsordningen.[59]

Med hänsyn till den EG-rättsliga lagstiftningen i fråga om publika

[55] Jfr särskilt avsnitt 3.6.5 ovan not 352.

[56] Jfr ock t.ex. Uniform Fraudulent Conveyance Act 1918 i not 32 ovan.

[57] Se avsnitt 3.5.3.2.

[58] se avsnitt 3.5.5.2.

[59] Jfr avsnitt 13.4.4 nedan. Det sagda gäller oavsett om förtäckta utbetalningar i dag är tillåtna under vissa förutsättningar.

aktiebolag torde den amerikanska lösningen inte komma att aktualiseras i det svenska lagstiftningsarbetet.[60] Däremot är ett tänkbart alternativ för den svenska lagstiftaren vad som har föreslagits i Norge jämte det tyska synsättet på så sätt som angivits ovan. Eventuella problem i anledning av s.k. koncernbidrag m.m. får lösas genom undantagsregler såvida man alls skall "anpassa"[61] den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen till annan lagstiftning.

Avslutningsvis förtjänar det framhållas att en rättsutveckling i endera riktningen för närvarande framstår som mindre sannolik. Härför talar inte minst den omständigheten att reformer på området tenderar att vara praktiskt snarare än principiellt orienterade.

> Borgenärsskyddets "funktion och ändamål" har bl.a uppmärksammats inom ramen för debatten rörande valet mellan bruttometoden och nettometoden. Vissa debattörer synes mena att nettometoden tillgodoser skyddet för bolagsborgenärerna, inte sällan med hänvisning till principen om skyddet för det bundna egna kapitalet eller liknande[62].
>
> En omständighet som enligt min mening är värd att begrunda i sammanhanget är inkonsekvensen mellan å ena sidan det arbete som nyligen har nedlagts på att höja aktiekapitalet och å andra sidan nettometoden som en "borgenärsvänlig" lösning. För egen del har jag svårt för att acceptera något annat än bruttometoden såvida man alls skall försöka upprätthålla något meningsfullt skydd för bolagsborgenärerna (se närmare avsnitt 7.4.3.2.7 nedan). Detta gäller även de lege ferenda. Enligt min uppfattning skulle en höjning av aktiekapitalet tillsammans med ett framtida införande av nettometoden i ABL i själva verket kunna liknas vid att man skänker en enbent krigsinvalid en käpp i syfte att denne skall kunna gå och därefter kapar av det återstående benet.

4.3.3.4 Kapitalkonstruktion och borgenärsskydd – enbart ett antagande i föreliggande undersökning

Jag har med hänsyn till att flera allvarliga invändningar kan riktas mot den allmänt accepterade ståndpunkten, att ABL:s bestämmelser om det bundna egna kapitalet m.m. bereder bolagsborgenärerna skydd, valt att i undersökningen enbart *presumera* detta ändamål. Presumtionen fungerar alltså enbart som ett antagande. Ett antagande som i verkligheten kan vara sant eller falskt.

Presumtionen om att en rad bestämmelser i ABL har till ändamål att bereda fordringsägarna skydd kommer till användning i undersökningens

[60] Vad beträffar privata aktiebolag torde detta dock vara möjligt.

[61] Jfr Sacklén i SvJT 1994 s. 174f.

[62] Se härom nedan avsnitt 5.4.3.1 (finstilta partiet i slutet) och 12.3.2.1.

senare delar. Det kan med fog sägas att jag härvidlag gör mig skyldig till en slags "personlighetsklyvning". Å ena sidan är jag tveksam till om ABL:s bestämmelser åstadkommer något borgenärsskydd. Å andra sidan antar jag att så är fallet. Det är min förhoppning att denna lindriga form av "dubbla budskap" kan accepteras. Tillvägagångssättet beror uteslutande på att jag ansett det nödvändigt för framställningen. För att med anspråk på trovärdighet analysera rättsfrågorna och källmaterialet måste jag använda ett så pass inarbetat ändamål som borgenärsskyddet. En annan sak är att borgenärsskyddsreglerna i ABL kan ifrågasättas de lege ferenda.

4.3.3.5 Skyddet för de anställda och samhälleliga intressen – ytterligare antaganden

Av samma orsak och på samma vis som beträffande borgenärsskyddet presumerar jag i undersökningen att bestämmelserna i ABL om det bundna egna kapitalet m.m. har till ändamål att skydda såväl de anställdas anspråk på att utfå lön (eventuellt staten; se 12 § FRL) som samhällets anspråk på skatter och avgifter. ABL kan även antas ha till ändamål att säkra de anställdas icke rättsligt sett garanterade anspråk på fortsatt anställning respektive samhällets intresse av att det t.ex. finns arbetstillfällen för den arbetsföra befolkningen och ett tillfredsställande skatteunderlag.

4.3.4 Skyddet för bolagets aktieägare

4.3.4.1 Inledning

ABL syftar naturligtvis inte bara till att skydda bolagets fordringsägare och andra tredje män. Aktieägarnas ekonomiska rättigheter skall vara garanterade och enskilda aktieägare måste kunna hävda sina intressen i bolaget såväl gentemot andra aktieägare som bolagets verkställande organ.

Ett av två grundläggande motiv till aktieinnehav är att aktieägarna önskar och förväntar sig avkastning på det kapital de har satsat i verksamheten.[63] Individuella aktieägare placerar sina medel i ett företag i tron att bolaget vid tidpunkten för aktieförvärvet eller senare skall generera vinst och att en del av vinsten skall komma dem till godo som utbetalning av utdelning. Förutom en god avkastning torde aktieägare ofta vara

[63] Jfr Lindskog, JFK 12:0-3.1 (s. 15) och Taxell, Kompetens, s. 19f.

intresserade av inflytande över verksamheten. Möjligheten till inflytande utgör det andra motivet till aktieinnehav. Aktieägarna kan påverka förhållandena i bolaget genom att (bl.a) utöva sin rösträtt vid bolagsstämman.[64]

Delat ägande ger inte sällan upphov till meningsmotsättningar. Detta gäller inte minst mellan olika aktieägare i aktiebolag. Meningsmotsättningar mellan aktieägare kan t.ex. leda till att en grupp av aktieägare försöker förmå en annan grupp av aktieägare att överlåta sina aktier och därigenom lämna bolaget eller att vissa aktieägare försöker gynna sig själva på bekostnad av andra aktieägare (majoritetsmissbruk).

ABL reglerar ovanstående. Bestämmelserna om vinstutdelning och annan användning av bolagets medel i 12 kapitlet ABL har vid sidan av tredjemansskyddet till syfte *att värna om aktieägarnas intresse av vinstutdelning*. 9 kapitlet ABL rörande bolagsstämman syftar till att *säkra aktieägarna inflytande över verksamheten*. Ett flertal lagrum i ABL såsom likhetsprincipen i 3:1 1 st., generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 samt den i 12:3 2 st. stadgade rätten att påkalla utdelning syftar till att åstadkomma ett *skydd för minoritetsaktieägare*.

Sammanfattningsvis skall skyddet för aktieägarna

1. tillförsäkra aktieägarna avkastning på satsat kapital,
2. tillförsäkra aktieägarna inflytande över verksamheten, och
3. tillförsäkra minoritetsaktieägare skydd.

Jag avser att presentera vart och ett av dessa delmoment i aktieägarskyddet och deras förankring i ABL i avsnitt 4.3.4.2 till 4.3.4.4.

4.3.4.2 Avkastning på satsat kapital

I ABL finns inte någon uttrycklig regel som stadgar att syftet med verksamheten är att bereda vinst åt aktieägarna. Principen anses emellertid motsatsvis följa av 12:1 2 st. ABL:

> "Om bolagets verksamhet helt eller delvis skall ha annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna, skall bolagsordningen innehålla bestämmelse om användning av vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation."

Bestämmelsen bygger på premissen att syftet med ett aktiebolags verksamhet är att bereda vinst åt aktieägarna, om inte annat anges i bolagsordningen.[65] Denna princip korresponderar mot ändamålet att tillförsäkra aktieägarna avkastning på satsat kapital.

[64] Macey, s. 12, anger att bolagsrättens regelsystem bör utformas i syfte att maximera aktieägarnas avkastning (enda syftet).
[65] SOU 1971:15 s. 310 och Prop. 1975:103 s. 476. Se även Kedner–Roos II 12:1.02 (s. 223).

Principen om att syftet med bolagets verksamhet är att bereda vinst åt aktieägarna saknar betydelse för att bestämma aktieägarnas materiella möjligheter att få till stånd utbetalning av vinstutdelning. Vid sidan av 12:3 2 st. ABL och vad som följer av bolagsordningen har aktieägarna inte någon rättsligt sett garanterad möjlighet att tillgodogöra sig bolagets vinst i strid mot styrelsens vilja (12:3 1 st. 2 meningen ABL).[66]

Aktieägarna kan sålunda sägas ha ett principiellt anspråk på bolagets vinst.[67] Ett anspråk som inte korresponderar mot någon skyldighet för bolagsstämman att fatta beslut om vinstutdelning med ett visst belopp (förutom nämnda undantag).[68] Vad aktieägarna kan fordra är att beslut om dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust på grundval av fastställd balansräkning skall fattas på den ordinarie bolagsstämman enligt 12:3 1 st. 1 meningen jämfört med 9:5 2 st. p. 2 ABL.[69]

I vad gäller styrelsens och verkställande direktörens förvaltning av bolaget innebär vinstsyftet att de skall verka för att bolaget genererar vinst. Ett syfte som de skall, men inte alltid kan, förverkliga. Det torde inte vara möjligt att utnyttja vinstsyftet i och för sig[70] för att närmare precisera de krav som ställs på bolagsorganens handlande.[71]

Av ändamålet att ABL skall tillförsäkra aktieägarna avkastning på satsat kapital följer att man vid tolkningen av utbetalningsreglerna i ABL bör välja en lösning som – i enlighet med principen om att syftet med verksamheten är att bereda vinst åt aktieägarna – tillgodoser samtliga aktieägares rätt till avkastning på satsat kapital. Vid bedömningen av vilka rättshandlingar som träffas av ABL:s utbetalningsregler är det sålunda ändamålsenligt att välja en lösning som innebär att en utbetalning skall anses föreligga så snart en aktieägare tillgodogjort sig en prestation, som kan åsättas ett ekonomiskt värde, från ett aktiebolag utan att behöva betala något för den. Med denna utgångspunkt bör vidare egendom som överförs på aktieägarna t.ex. värderas till marknadsvärdet.[72]

[66] Jfr prop. 1975:103 s. 478. Bolagsstämman kan dock i sista hand entlediga styrelsens medlemmar och utse nya. Se prop. 1975:103 s. 237.

[67] Jfr den i tysk rätt begagnade beteckningen "allgemeine mitgliedschaftliche Anspruch auf Gewinnbeteiligung". Se Lutter i Kölner Komm 58 § RdNr 80.

[68] Ett sådant anspråk uppstår först när bolagsstämman har fattat beslut om vinstutdelning med ett visst belopp. Jfr i tysk rätt "der konkrete Dividend-Zahlungsanspruch". Se Lutter i Kölner Komm 58 § RdNr 80 och 96ff.

[69] Jfr det s.k. "konkrete mitgliedschaftliche Anspruch auf Ausschüttung" i tysk rätt. Se Lutter i Kölner Komm 58 § RdNr 80 och 90f.

[70] Men så kan vara fallet tillsammans med andra regler eller principer såsom de skyldigheter som anses åligga styrelseledamöter. Jfr Lindskog, JFK 12:1-5.1.2 (s. 26).

[71] Jfr för ett liknande resonemang Dotevall s. 417 avseende 12:1 2 st. ABL som måttstock vid ansvarsbedömningen för skadeståndsansvar.

[72] Se närmare om dessa spörsmål kapitel 7 nedan.

4.3.4.3 Inflytande över verksamheten

Till grund för aktieägarnas inflytande över verksamheten ligger principen en aktie en röst i 3:1 1 st. ABL. Aktieägarna kan ytterst förändra bolagets verksamhet genom att vid bolagsstämman fatta beslut om exempelvis ändring av bolagsordningen eller likvidation. På den ordinarie bolagsstämman skall aktieägarna fatta beslut om dispositioner beträffande vinst eller förlust enligt fastställd balansräkning, dvs. beslut om eventuell vinstutdelning.

Ändamålet att aktieägarna skall ha inflytande över verksamheten har vid tolkningen av ABL bl.a. betydelse för den information som härrör från styrelsen och revisorerna. För att aktieägarna på ett riktigt sätt skall kunna utöva sitt inflytande förutsätts att inte minst årsredovisningen ger en korrekt bild av samtliga transaktioner under det gångna räkenskapsåret (öppen redovisning). Härav följer t.ex. att öppen och "förtäckt"[73] utbetalning av vinstutdelning måste redovisas öppet. Ett bolag skall inte i hemlighet kunna gynna en majoritetsaktieägare utan att dispositionen blir föremål för samtliga aktieägares bedömning och beslut.

4.3.4.4 Skyddet för minoriteten

ABL innehåller en rad bestämmelser som har till ändamål att förhindra att en majoritet av aktieägarna genom stämmobeslut eller på annat vis förtrycker eller missgynnar minoritetsaktieägare. Av grundläggande betydelse för minoritetens rättigheter contra majoritetens är likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL. Alla aktier har lika rätt i bolaget, om inte annat följer av ABL eller bolagsordningen. Likhetsprincipen kompletteras av generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL. 12:3 2 st. ABL tillförsäkrar minoritetsaktieägare ett skydd mot utsvältning.

Skyddet för aktieägarminoriteter torde vara av stor betydelse för allmänhetens tilltro till aktiebolaget och ABL. Om en aktieägarmajoritet vederlagsfritt kan tillgodogöra sig bolaget tillhörig egendom på minoritetens bekostnad kommer allmänheten ytterst att förlora förtroendet för aktien som kapitalplacering. Nyss nämnda bestämmelser bör därför tolkas under beaktande av att ABL måste motverka sådana illojala dispositioner.

[73] Se beträffande terminologin inledningen till avdelning II nedan.

4.4 ABL och ändamålssynpunkter – en sammanfattning

Enligt min uppfattning söker ABL, som framgått, förverkliga en rad övergripande och underliggande ändamål. Följande tre ändamål med den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen kan betraktas som övergripande såtillvida att de bidrar till samhällsutvecklingen:

1. främja aktiebolagens förmåga att attrahera riskvilligt kapital,
2. underlätta näringsverksamhet, och
3. gagna omsättningen av varor och tjänster.

ABL har tre underliggande ändamål vilka korresponderar mot de övergripande ändamålen. Dessa är följande:

1. skyddet för omsättningen,
2. skyddet för tredje man och
3. skyddet för aktieägarna.

Omsättningsskyddet innebär att bolaget och bolagets medkontrahent – aktieägare eller utomstående – vid avtal och andra rättshandlingar skall åtnjuta ett konkret skydd, vars innebörd är att parterna skall kunna förlita sig på att rättshandlingar med affärsmässigt innehåll är giltiga enligt ABL. Särskilt bolagets medkontrahent måste kunna utgå från att vad han med fog uppfattar som en affärsmässig rättshandling inte kan sättas åt sidan med hänvisning till att denna är ogynnsam för bolaget (jfr särskilt avgränsningsproblematiken vid förtäckta utbetalningar).

ABL tillgodoser skyddet för tredje man på så sätt att vissa bestämmelser skall garantera en viss förmögenhetsmassa i aktiebolagen. Med tredje man avses följande kategorier av intressenter:

1. Bolagets fordringsägare,
2. bolagets anställda och
3. samhället.

Vad slutligen beträffar skyddet för aktieägarna innebär detta att aktieägarna genom ABL skall tillförsäkras dels avkastning på satsat kapital, dels inflytande över bolagets verksamhet. Därtill kommer att ABL skall bereda minoritetsaktieägare skydd.

KAPITEL 5
Vinstutdelningens gränser

5.1 Om vinstutdelning och dess reglering

5.1.1 Inledning

Ett centralt spörsmål vid tillämpningen av ABL är var gränsen går för bolagsstämmans och övriga bolagsorgans rätt att vederlagsfritt förfoga över bolagsförmögenheten. Hur stort belopp får aktieägarna maximalt disponera över som vinstutdelning på den ordinarie bolagsstämman? Förutsätter beslut om vinstutdelning att det både finns vinst för året och att bolaget har upprättat resultaträkning och balansräkning? När aktieägarna skall fatta beslut om vinstutdelning aktualiseras därtill frågan vad som gäller mellan aktieägarna inbördes: Har alla aktier lika rätt till andel i bolagets vinst? Är det möjligt att med samtycke av samtliga aktieägare besluta om en annan fördelning och i så vilken som helst?

I praktiken förekommer det ibland att styrelsen, verkställande direktören eller annan ställföreträdare vederlagsfritt förfogar över bolagsförmögenheten till förmån för aktieägare eller utomstående. Stundom sker det i "öppen" form genom att ett aktiebolag t.ex. för över en anläggningstillgång till en aktieägare. Men lika ofta torde det inträffa att styrelsen eller verkställande direktören t.ex. säljer en fastighet eller maskin till en aktieägare till ett pris under marknadsvärdet; en disposition som sker i "förtäckt" form.[1] Förfoganden av nu aktuellt slag har samtliga det gemensamt att de företas av bolagets verkställande organ vid sidan av den ordinarie bolagsstämman. Av ABL följer emellertid att det är bolagsstämman som har att fatta beslut om vinstutdelning. Utan ett giltigt stämmobeslut eller aktieägarnas samtycke får inte bolagets ställföreträdare företa någon utbetalning av vinstutdelning. Vilken betydelse har då funktionsfördel-

[1] Ett exempel är att ett dotterbolag överlåter en bolaget tillhörig fastighet till sitt moderbolag till underpris.

ningen mellan bolagsorganen för giltigheten av en sålunda företagen rättshandling?

5.1.2 Kapitlets uppläggning och syfte

Jag avser att i förevarande kapitel försöka besvara den första av de tre övergripande frågor som undersökningen syftar till att besvara, nämligen vilka bestämmelser i ABL som reglerar utbetalning av vinstutdelning och vad dessa innebär. Undersökningen inleds med en analys av det s.k. utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL: Utbetalning till aktieägarna av bolagets medel får ske endast enligt bestämmelserna i ABL om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation. Den närmare innebörden av utbetalningsförbudet behandlar jag i avsnitt 5.2. Avsnitt 5.3 syftar till att fastställa den närmare gränsdragningen mellan utbetalningstypen utbetalning av vinstutdelning och de två andra utbetalningstyperna utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden respektive utbetalning (utskiftning) vid likvidation.

De i ABL stadgade gränserna för utbetalning av vinstutdelning undersöker jag i avsnitt 5.4. Kravet på upprättad och fastställd resultaträkning och balansräkning behandlar jag i underavsnitt 5.4.2. I underavsnitt 5.4.3 och 5.4.4 behandlas sådana regler i ABL som är uppställda i tredje mans intresse, i huvudsak skyddet för det bundna egna kapitalet (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden[2]) i 12:2 1 st. och försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen. Underavsnitt 5.4.5 syftar till att fastställa om ifrågavarande regler är tillämpliga vid vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till förmån för utomstående (utbetalningar till icke aktieägare).

Om bolagets verkställande organ vederlagsfritt förfogar över bolagsförmögenheten trots att bolagsstämmobeslut eller eljest samtliga aktieägares samtycke saknas, aktualiseras frågan om dispositionen är ogiltig. En ogiltighet som kan tänkas bero på att bolagsorganen har överskridit bestämmelserna i ABL rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen. Funktionsfördelningens betydelse vid öppen eller förtäckt utbetalning av vinstutdelning behandlar jag i underavsnitt 5.4.6. Jag avslutar kapitlet med att i underavsnitt 5.4.7 fastställa vilka regler som bolagsorganen måste iaktta med hänsyn till skyddet för aktieägarna.

Det kan för läsaren möjligen tyckas märkligt att jag har valt att syste-

[2] Detta är egentligen ett något onyanserat sett att beskriva 12:2 1 st. ABL och vad som skall reducera fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning. Detta beskriver emellertid regeln tillräckligt väl och används därför i det följande. Se närmare avsnitt 5.4.3 nedan.

matiskt placera undersökningen av bestämmelserna i ABL rörande funktionsfördelningen mellan skyddet för tredje man och skyddet för aktieägarna. Systematiken är dock ett resultat av att funktionsfördelningen enligt min uppfattning fyller tre olika ändamål – omsättningsskyddet, tredjemansskyddet och aktieägarskyddet – och att inget av dessa ändamål *entydigt* framträder före det andra. Funktionsfördelningens ändamål talar således för att rättsreglerna härom behandlas i ett eget avsnitt mellan tredjemansskyddet och aktieägarskyddet.

5.2 Om utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL

5.2.1 Om utbetalningsförbudets utveckling och konstruktion

Regeln i 12:1 1 st. ABL brukar i likhet med en juridiskt-tekniskt annorlunda konstruerad bestämmelse i 73 § 1 mom. 1 meningen 1944 års lag betecknas som ett "utbetalningsförbud" (se närmare nedan).[3] Termen "utbetalningsförbud" tycks från början inte ha varit ett svenskt uttryck utan infördes troligtvis efter påverkan från tysk rätt; jfr 30 § 1 st. GmbHG respektive 213 § HGB och 52 § AktG 1937 (57 § och 58 § 5 st. AktG i gällande rätt). I litteraturen går särskilt 30 § 1 st. GmbHG under beteckningen "Auszahlungsverbot".[4] Första gången termen "utbetalningsförbud" mig veterligen[5] kommer till användning i svensk doktrin är av Danielsson i "Aktiekapitalet" (1952) avseende 30 § 1 st. 1895 års lag, 54 1 st. 1 meningen § 1910 års lag och nämnda 73 § 1 mom. 1 meningen 1944 års lag.[6]

> "Utbetalningsförbudet" återfinns i norsk rätt i 12:4 ASL[7] och i dansk rätt i 109 § AL[8]. Ett "utbetalningsförbud" finns även i 79 § ApL[9]. Art. 15 p. 1 i

[3] Se därtill 30 § 1 st. 1895 års lag och 54 § 1 st. 1 meningen 1910 års lag samt jfr i viss mån 9 § 1 meningen 1848 års lag; se beträffande rättsutvecklingen avsnitt 2.2 ovan. Se om 12:1 1 st. ABL som ett "utbetalningsförbud" SOU 1971:15 s. 310; prop. 1975:103 s. 475; SOU 1992:83 s. 163; Bökmark–Svensson s. 127; Flodhammar s. 86; Johansson, Bolagsstämma s. 118 och 171; Kedner s. 242; Kedner–Roos I 8:14.03 (s. 221) och II 12:1.01 (s. 222); Lind s. 261f; Löfgren, Personligt ansvar s. 67 och Rodhe, Studier s. 391. Se härtill utförligt Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 17ff. Troligtvis annorlunda Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 21ff, som synes förstå 12:2 ABL som utbetalningsförbudet; jfr vidare nedan. Jfr i sammanhanget även Lindskog, JFK 12:1-3.1 (s. 22f).

[4] Jfr lagtextens formulering "/.../ nicht ausgezahlt werden".

[5] Samma Lindskog, JFK 12:1-3.1 not 1 (s. 22). Jfr i någon mån tidigare Rodhe, Aktiebolagsrätt, 1 uppl. 1947, brev 3, s. 21.

[6] Se särskilt a.a. s. 61 och s. 205ff om termen och dess användning.

[7] Se avsnitt 3.5.5.2 ovan.

[8] Se avsnitt 3.5.3.2 ovan.

[9] Se avsnitt 3.5.3.3 ovan.

det andra bolagsdirektivet kan sägas innehålla ett "begränsat utbetalningsförbud".[10]

I äldre rätt var alltså "utbetalningsförbuden" inte juridiskt-tekniskt konstruerade som regeln i 12:1 1 st. ABL. Dagens utbetalningsförbud kan ändå härledas till 30 § 1 st. 1895 års lag, som gav uttryck åt principen om skyddet för det bundna egna kapitalet, särskilt aktiekapitalet.[11] Från 30 § 1 st. 1895 års lag fördes "utbetalningsförbudet" som ett uttryck för principen om skyddet för det bundna egna kapitalet över till 54 § 1 st[12] 1 meningen 1910 års lag (se ordalydelsen i 54 § 1 st. 1 meningen:[13] "Ej må till aktieägarna annorledes än i följd av aktiekapitalets nedsättning /.../ utbetalas annat än den vinst /.../").[14]

Första gången utbetalningsförbudet i rättspraxis ses som ett uttryck för principen om skyddet för det bundna egna kapitalet är i det föreningsrättsliga avgörandet NJA 1948 s. 651, där HD hade att pröva skadeståndsskyldighet i anledning av vederlagsfria förfoganden i strid mot 18 § 1911 års föreningslag.[15] 18 § 1911 års föreningslag motsvarande i sak 54 § 1910 års lag och beskrivs i målet som ett till skydd för "tredje mans rätt" meddelat stadgande, vars innebörd var att utdelning inte fick ske med mer än att bolagets tillgångar efter verkställd utdelning översteg skulderna och minst motsvarade insatserna och reservfonden.[16]

Några år efter NJA 1948 s. 651 aktualiserades skyddet för det bundna egna kapitalet i NJA 1951 s. 6 I (Sueciamålet). HD beskriver 54 § 1910 års lag – liksom i det tidigare målet 18 § 1911 års föreningslag – som en bestämmelser syftande till att bereda rättsskydd för tredje man. Principen om skyddet för det bundna egna kapitalet skulle tillämpas oavsett att samtliga aktieägare samtyckt till åtgärden och oavsett att kvarvarande

[10] Se avsnitt 3.5.1.3 ovan.

[11] Jfr 1890 års förslag s. 117f.

[12] 54 § 2 st. 1910 års lag tillkom senare.

[13] Återgiven i avsnitt 2.2 ovan.

[14] Jfr i litteraturen Bergendal s. 53; Karlgren, Studier s. 118f, SvJT 1938, s. 209ff; Nial, Studier s. 100f och Skarstedt s. 173ff. Något annorlunda Fredenberg i SvJT 1938 s. 715 med replik av Karlgren i SvJT 1938 s. 715f samt återigen Fredenberg i SvJT 1939 s. 281f.

[15] Jfr även NJA 1920 s. 231, vari 54 § 1 st. 1 meningen 1910 års lag kan ha påverkat utgången. Dispositionen omfattade i och för sig mer medel än vad som utgjorde fritt eget kapital. Jfr ock NJA 1922 s. 122 och justitierådet Alexanderson i NJA 1935 s. 704 på s. 707. Första gången skyddet för det bundna egna kapitalet som aktiebolagsrättslig princip explicit antyds i rättspraxis är mig veterligen av justitierådet Stenbeck i NJA 1942 s. 614 på s. 620. Jfr dock e contrario NJA 1910 s. 447 på s. 451.

[16] NJA 1948 s. 651 på s. 666f (justitierådet Karlgren referent).

tillgångar på grund av dolda reserver eller annorledes översteg skulderna, inberäknat de bundna fonderna.[17]

1944 års lag innehöll ett utbetalningsförbud i 73 § 1 mom. 1 meningen.[18] Bestämmelsen beskrevs i motiven som ett uttryck för "den grundläggande aktiebolagsrättsliga principen om det bundna kapitalets skyddande mot minskning genom vinstutdelning till aktieägarna"[19] och uppfattades på samma vis i NJA 1951 s. 6 II (Elegantmålet)[20]. HD har i rättspraxis efter NJA 1951 s. 6 II i vad gäller 73 § 1 mom. 1 meningen 1944 års lag konsekvent upprätthållit principen om skyddet för det bundna egna kapitalet; se NJA 1966 s. 475, 1976 s. 60, 1976 s. 618 och 1980 s. 311.[21]

Varken i 1895, 1910 eller 1944 års lag var alltså "utbetalningsförbudet" i materiellt hänseende något egentligt "förbud" såtillvida att aktiebolagsrättsliga utbetalningar inte lovligen kunde företas annat än i viss form och i viss omfattning. Nämnda aktiebolagslagar innehöll endast "förbud" mot utbetalning av vinstutdelning, som tog i anspråk mer än fritt eget kapital och sålunda inkräktade på det bundna egna kapitalet.[22]

Med ABL erhöll utbetalningsförbudet sin nuvarande utformning. Utbetalningar till aktieägarna får ske *endast* enligt bestämmelserna i ABL om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation.[23]

Språkligt sett lämnar utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL inte något tolkningsutrymme. Utbetalningar till aktieägarna får *ske endast enligt bestämmelserna i ABL* om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid bolags likvidation. Några andra alternativ ges inte, och om aktieägarna (och) eller de verkställande bolagsorganen vederlagsfritt disponerar över bolagsförmögenheten i strid mot ABL:s bestämmelser – dvs. inte i viss form och i viss omfattning – inträder en ovillkorlig återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Ur språklig synpunkt framstår utbetalningsförbu-

[17] Referatet s. 25.

[18] "Ej må till aktieägarna annorledes än i följd av aktiekapitalets nedsättning /.../ utbetalas annat än den *vinst*, som förefinnes enligt fastställd balansräkning för sista räkenskapsåret /.../". (Min kursivering.)

[19] SOU 1941:9 s. 281.

[20] Referatet s. 37. I litteraturen jfr t.ex. Danielsson, Aktiekapitalet s. 206ff och i SvJT 1954 s. 571f (men se s. 572ff); Karlgren, Handelsrätt s. 70; Nial, Aktiebolagsrätt s. 101 och i Om Aktiebolag s. 51 och Rodhe, Aktiebolagsrätt, 7 uppl. 1973, s. 59ff särskilt s. 61.

[21] Se nedan NJA 1990 s. 343 avseende 12:1-2 ABL.

[22] Se hänvisningar i not 20 ovan.

[23] Se ovan avsnitt 2.3.3 om den föreslagna ändringen av 12:1 1 st. ABL i SOU 1994:17 Del I.

det som lika strängt som 57 § och 58 § 5 st. AktG: 12:1 1 st. ABL förbjuder i princip alla utbetalningar till aktieägarna som inte företas i enlighet med bestämmelserna i ABL.[24]

Om man låter lagtexten ligga till grund för att materiellt bestämma utbetalningsförbudets innebörd blir således resultatet att bolagets aktieägare och verkställande organ ovillkorligen måste iaktta bestämmelserna i ABL avseende utbetalning av vinstutdelning och övriga utbetalningstyper. Det räcker inte med att samtliga aktieägare – under beaktande av försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL – är ense om att vederlagsfritt disponera över bolagets förmögenhet motsvarande fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL; t.ex. att en aktieägare i ett enmansbolag uttar 100000 kr ur bolaget. Tvärtom vore det nödvändigt att utbetalning av vinstutdelning sker på grundval av ett beslut om vinstutdelning som har fattats vid den ordinarie bolagsstämman och i övrigt i enlighet med bestämmelserna i ABL. Inte heller torde utbetalning av vinstutdelning kunna ske i förtäckt form; t.ex. försäljning av bolagets tillgångar till aktieägare till underpris.

En central fråga i gällande rätt är dock om utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL till sin konstruktion – trots den språkligt sett annorlunda utformningen – ändå inte (i stort sett) skall förstås som "utbetalningsförbudet" i 1895, 1910 och 1944 års lagar.

> En jämförelse med tysk rätt är i sammanhanget av intresse. Skall 12:1 1 st. ABL tolkas som 57 § och 58 § 5 st. AktG: Ett absolut tvingande förbud mot utbetalningar till aktieägarna annat än jämlikt samtliga bestämmelser i ABL? Eller skall 12:1 1 st. jämfört med 12:2 ABL snarare tolkas på ett sätt som i *systematiskt hänseende* påminner något om 30 § 1 st. GmbHG (principen om skyddet för andelskapitalet[25])? (Notera dock att 12:1 jämfört med 12:2 ABL skyddar hela det bundna egna kapitalet (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden) jämte den del av fritt eget kapital som följer av försiktighetsregeln.)[26]

[24] Jfr SOU 1992:83 s. 163 där förbudet synbarligen uppfattas på detta vis.

[25] Jfr emellertid om rättsläget ovan avsnitt 3.5.2.3.

[26] Nerep synes mena att det här berörda spörsmålet hänger nära samman med frågan om bruttometoden eller nettometoden skall tillämpas. Se först i Svensk Skattetidning 1993 s. 391ff jämfört med s. 394f och senare i SvJT 1994 s. 554ff jämfört med 558f. En sådan problemformulering är emellertid felaktig, eftersom att bruttometoden över huvud taget inte förutsätter att man i svensk rätt upprätthåller utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL såsom 57 § och 58 § 5 st. AktG i tysk rätt. För övrigt är detta inte heller en uppfattning som företräds av anhängare av bruttometoden såsom jag själv (jfr dock Gometz kritik i Balans 1994:6–7 s. 12f not 1 angående min artikel i SvJT 1993 s. 566ff; vad Gometz där påstår beträffande min artikel är för mig obegripligt). Se härom närmare avsnitt 7.4.3.2.1 nedan.

Förarbetena till ABL ger inget bestämt svar på frågan. Å ena sidan har lagstiftaren med 12:1 1 st. ABL velat uttrycka principen, att bolagets tillgångar *i viss utsträckning* än undandragen *aktieägarnas dispositionsrätt och såtillvida bundna i bolaget*, dvs. vad jag förstår som dels principen om skyddet för det bundna egna kapitalet (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden),[27] dels den del av fritt eget kapital som skall innehållas enligt försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL.[28] Å andra sidan får bolaget *inte till aktieägarna föra över tillgångar i större omfattning eller i annan ordning* än som anges i bestämmelserna i ABL om vinstutdelning, om nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation.[29] Det senare tyder på 12:1 1 st. ABL skall förstås som att aktiebolagsrättsliga utbetalningar inte lovligen kan företas annat än i *viss form och i viss omfattning*.

I litteraturen finns det exempel på en konflikt liknande den i förarbetena. Läsaren blir inte klar över om utbetalningsförbudet är ett *ovillkorligen tvingande förbud* av det förra eller senare slaget.[30] En förklaring till detta är att motiven till ABL legat till grund för lagkommentarerna.[31]

> Andra författare synes betona principen om skyddet för det bundna egna kapitalet jämte vad som skall innehållas enligt försiktighetsregeln *oavsett* utbetalningsförbudets ordalydelse.[32]

För att bestämma utbetalningsförbudets innebörd är det inte tillräckligt att beakta dess språkliga utformning och vad som följer av rättskällorna. Utbetalningsförbudet måste tolkas mot bakgrund av allmänna aktiebolagsrättsliga principer och ändamålssynpunkter.

ABL anses bestå av två typer av normer, som var för sig syftar till att bereda två olika kategorier av intressenter skydd: dels tredje man och då särskilt bolagets borgenärer, dels bolagets (nuvarande) aktieägare. Bestämmelser i ABL som har till ändamål att bereda tredje man skydd är

[27] Jfr 73 § 1 mom. 1 meningen 1944 års lag.

[28] Se SOU 1971:15 s. 310 (hänvisning till 73 § 1 mom. 1944 års lag) och prop. 1975:103 s. 475.

[29] SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 475. Se ock lagrådet i prop. 1975:103 s. 769: "I 1 § första stycket av 12 kap. fastslås *principen* att utbetalning av bolagets medel till aktieägarna får ske – i annat fall än då aktiekapitalet eller reservfonden nedsättes eller bolaget trätt i likvidation – endast enligt lagens bestämmelser om vinstutdelning." (Min kursivering.)

[30] Jfr Bökmark–Svensson s. 127; Kedner s. 242; Kedner–Roos II 12:1.01 (s. 222) och Lind s. 261f.

[31] De i föregående not nämnda arbetena behandlar utbetalningsförbudet i vad avser dess utformning och innebörd på ett sätt som – såvitt jag kan förstå – påminner om det i motiven.

[32] Jfr t.ex. Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 84ff och Nial, Svensk associationsrätt s. 81ff. Jfr ock Lindskog i JFK 12:1-3.1 (s. 22f), 4.1 (s. 24) och 4.2 (s. 24f).

absolut tvingande i den meningen att de inte med för bolaget bindande verkan kan åsidosättas ens med samtycke av samtliga aktieägare. Skulle t.ex. bolagsstämman fatta beslut om vinstutdelning trots att utdelningsbart fritt eget kapital saknas kan detta beslut i princip klandras hur länge som helst (9:17 3 st. p. 1 ABL). Bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse är relativt tvingande i den meningen att de kan åsidosättas med samtycke av samtliga aktieägare.[33] Exempelvis måste stämmobeslut i strid mot likhetsprincipen klandras inom tre månader från dagen för beslutet.

Berörda aktiebolagsrättsliga principer och ändamålssynpunkter har betydelse för utbetalningsförbudet såtillvida att det skulle kunna hävdas att *utbetalningsförbudet i och för sig är uppställt i tredje mans intresse* och därför är *ovillkorligen tvingande*: Utbetalningsförbudet skulle vara absolut tvingande i den meningen att t.ex. beslut om och verkställande av vinstutdelning till aktieägarna måste ske med iakttagande av samtliga bestämmelser i ABL och inte bara 12:2 ABL. *Om utbetalningsförbudet inte i och för sig* kan anses uppställt *i tredje mans intresse* behöver utbetalning av vinstutdelning inte i alla avseenden ske med iakttagande av bestämmelserna i ABL rörande vinstutdelning. Åtminstone med samtliga aktieägares samtycke kan utbetalningar ske på annat vis och i annan form än vad som är förutsatt i ABL. Utbetalningsförbudets närmare innebörd får sökas i ABL:s materiella bestämmelser om utbetalning av vinstutdelning och andra typer av utbetalningar, allmänna aktiebolagsrättsliga principer och ändamålssynpunkter.

Bör då utbetalningsförbudet anses som i och för sig uppställt i tredje mans intresse? För egen del anser jag att svaret är beroende av hur man väljer att angripa frågeställningen.

(1) Ett angreppssätt är att ställa frågan om tredje man har ett intresse av att utbetalningar till aktieägarna sker med *strikt iakttagande* av bestämmelserna i ABL om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation.

Jag vill mena att denna fråga förmodligen kan besvaras jakande. ABL bygger på en *offentlighetsprincip*, som bl.a. innebär att styrelseledamot eller verkställande direktör på den avskrift av årsredovisningen, som skall sändas in till PRV, skall teckna bevis om att resultaträkningen och balansräkningen fastställts med uppgift om fastställelsedagen. Beviset skall även innehålla uppgift om bolagsstämmans beslut beträffande vinst eller förlust (11:3 2 st. 3 meningen ABL).[34] Offentlighetsprincipen

[33] Se Johansson, Bolagsstämma s. 30ff och Nial, Svensk associationsrätt s. 130. Se ock hänvisningar i not 36 nedan.

[34] Jfr 4:3 1 st. p. 1 i förslaget till årsredovisningslag i SOU 1994:17 Del I. Jfr ock avsnitt 3.5.1.3 beträffande art. 15 i det andra bolagsdirektivet.

reflekterar det förhållandet att bl.a. bolagets borgenärer har ett berättigat intresse av att beslut om och verkställande av vinstutdelning sker under för dem kända förhållanden. Vid utbetalning av vinstutdelning som sker vid sidan av regleringen i ABL är inte detta krav uppfyllt; i synnerhet om utbetalningen sker i förtäckt form. Ett strikt iakttagande av utbetalningsförbudet leder också till en rättstillämpning där det råder *ordning och reda* och detta ligger otvivelaktigt i tredje mans intresse.[35] De lege lata är det trots utbetalningsförbudets språkliga utformning och vad som nu anförts dock tveksamt om 12:1 1 st. ABL i och för sig kan anses som absolut tvingande.[36]

(2) Ett annat angreppssätt utgår från att utbetalningsförbudet enbart skall anses ge uttryck för grundsatsen, att utbetalningar till aktieägarna skall ske enligt bestämmelserna i ABL om respektive utbetalningstyp. Huruvida bolagets aktieägare och verkställande organ vederlagsfritt äger disponera över bolagsförmögenheten utan att strikt iaktta de bestämmelser i ABL som gäller för den aktuella utbetalningstypen, än en fråga som måste besvaras med hänsyn till om förfogandet innebär ett åsidosättande av bestämmelser uppställda i aktieägarnas eller tredje mans intresse. Skall ifrågavarande bestämmelser anses som uppställda i (nuvarande) aktieägares intresse kan de åsidosättas med samtycke av samtliga aktieägare. Det är däremot inte fallet om ifrågavarande bestämmelser är uppställda i tredje mans intresse.

Det senare tolkningsalternativet innebär t.ex. att samtliga aktieägare som utbetalning av vinstutdelning kan disponera över tillgångar motsvarande utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL utan att beslut härom behöver tas på den ordinarie bolagsstämman (jfr 9:5 2 st. p. 2 ABL).[37]

[35] Det finns även anledning att mot bakgrund av lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda och vetorätten för styrelsen i 12:3 1 st. ABL ifrågasätta om inte de anställda har ett intresse av att beslut om och verkställande av vinstutdelning sker med strikt iakttagande av bestämmelserna i ABL om vinstutdelning. Lagen om styrelserepresentation syftar till att – genom representation i styrelsen – ge de anställda insyn i och inflytande på företagets verksamhet (1 §). Tillsammans med de anställdas styrelserepresentation kan därför vetorätten i 12:3 1 st. 2 meningen ABL ses som en slags garanti för de anställdas önskemål om en fortsatt trygg anställning inte riskeras genom utbetalning av vinstutdelning eller kapitalåterbäring till aktieägarna vid sidan av reglerna i ABL. Se vidare nedan. Jfr ock avsnitt 4.1.3 vid not 6.

[36] Jfr allmänt om aktiebolagsrättsliga bestämmelser Bergendal s. 36ff (se särskilt s. 39 jämfört med s. 41f) och Nial, Svensk associationsrätt s. 130 och 131. Jfr därtill beträffande stämmobeslut Johansson, Bolagsstämma s. 30ff med vidare hänvisningar och s. 173 och Nial, Svensk associationsrätt s. 170 och 172. Vad beträffar förtäckt vinstutdelning se Johansson, Bolagsstämma s. 291f och Nial, Svensk associationsrätt s. 83.

[37] Jfr bl.a. Johansson, Bolagsstämma s. 292; Lindskog, JFK 12:1-4.2 (s. 25) och Nial, Svensk associationsrätt s. 83.

Ett exempel får närmare belysa det anförda. Antag att samtliga aktieägare i Avocado AB (A, B och C) någon tid efter den ordinarie stämman kommer överens om att företa utbetalning av utdelning med ytterligare 10000 kr till var och en. Det sammanlagda belopp som betalas ut – 30000 kr – ryms inom fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL och är förenligt med försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Några hinder mot att verkställa beslutet finns inte då tredjemansskyddet är tillgodosett.

En principiellt sett mer kontroversiell situation aktualiseras om aktieägarna A och B i Avocado AB på en extra bolagstämma fattar beslut om utdelning med 10000 kr till var och en av dem, men inte till C. C äger givetvis klandra beslutet enligt 9:17 1 st. ABL. Skulle C emellertid resignera inför uppgiften preskriberas klanderrätten efter tre månader från dagen för beslutet enligt 9:17 2 st. ABL. Stämmobeslutet vinner laga kraft och kan verkställas av styrelsen. Annorlunda uttryckt: Stämmobeslutet strider inte mot tredjemansskyddet utan blott mot aktieägarskyddet; beslutet är sådant att det kan fattas med samtycke av samtliga aktieägare.

De lege lata finns det starka skäl som talar för att utbetalningsförbudet skall tolkas i enlighet med det senare alternativet. Vad som avses i förut omnämnda uttalanden i förarbetena till ABL och i litteraturen är att aktieägarna och bolagets verkställande organ som huvudregel skall iaktta bestämmelserna i ABL.[38] Utbetalningsförbudet 12:1 1 st. ABL skall sannolikt tolkas som att utbetalningar till aktieägare måste ske med iakttagande av *varje regel* i ABL som är tillämplig vid vinstutdelning, nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation. Om aktieägarna önskar avvika från ABL:s regler finns det dock inget som hindrar dem såvida de åsidosätter normer uppställda i deras eget intresse.[39]

Som en reglering av vinstutdelning har utbetalningsförbudet prövats av HD i NJA 1990 s. 343. HD synes i målet ha tolkat utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL som att utbetalningar inte får ske i strid mot 12:2 ABL (jfr ovan om NJA 1951 s. 6 I och II, 1966 s. 475, 1976 s. 60, 1976 s. 618 och 1980 s. 311 avseende 54 § 1 st. 1 meningen 1910 års lag och 73 § 1 mom. 1 meningen 1944 års lag).[40]

I målet hade Quadrigarius AB, som var dotterbolag till Nordanland AB, lånat ut pengar till moderbolaget. Fråga uppkom om moderbolagets ekonomi, då lånen lämnades, var sådan att någon återbetalning inte kunde påräknas. HD fann att så var fallet. Lånen innefattade därför förtäckt vinst-

[38] Ett visst stöd härför finns i förarbetena, jfr SOU 1971:15 s. 320 och prop. 1975:103 s. 484.

[39] Jfr Lindskog, JFK 12:1-4.2 (s. 24f).

[40] Det var ostridigt i HD att utdelningsbara medel saknades (se referatet s. 350f).

utdelning från dotterbolaget. Utdelningen var olovlig då det saknades utdelningsbara medel i dotterbolaget.[41] Förtäckt utdelning hade skett i strid mot 12:1–2 ABL.[42] Utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL förefaller således av HD ha uppfattats som absolut tvingande i den omfattning som det saknades utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL.

NJA 1990 s. 343 ger dock inte något definitivt besked om hur utbetalningsförbudet skall tolkas. Föremålet för HD:s prövning var enbart om penninglånen innebar förtäckt utdelning, som var olovlig på grund av att det saknades utdelningsbart fritt eget kapital (12:2 jämfört med 12:1 ABL).

På grund av att 12:1 1 st. ABL ofta betecknas som ett *"utbetalningsförbud"* kan regeln lätt missförstås. Termen "utbetalningsförbud" antyder (oriktigt) att 12:1 1 st. ABL skall förstås som ett legalt förbud i samma stränga mening som t.ex. 57 § och 58 § 5 st. AktG (jfr 134 § BGB)[43]. Utbetalningar till aktieägare i strid mot utbetalningsförbudet skulle följaktligen alltid vara ogiltiga och rättsverkningarna av ogiltigheten skulle väl närmast framgå av 12:5 ABL (jfr angreppssätt 1 ovan).[44]

Det synes dock inte bara vara terminologiskt olämpligt att beteckna 12:1 1 st. ABL som ett "utbetalningsförbud". Man kan även ifrågasätta, om det inte är "fel" regel som numera betecknas som "utbetalningsförbud". Härför talar följande: Till och med 1944 års lag – 73 § 1 mom. 1 meningen – var utbetalningsförbudet konstruerat som ett skydd för det bundna egna kapitalet (inklusive vad som skulle avsättas till reservfonden). I ABL kommer principen om skyddet för det bundna egna kapitalet (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden) till uttryck i *12:2 1 st.* Följaktligen: *12:2 1 st. ABL* – och alltså *inte 12:1 1 st. ABL* – borde i överensstämmelse med 73 § 1 mom. 1 meningen 1944 års lag *betecknas som utbetalningsförbud.*[45]

Dagens utbetalningsförbud i 12:1 1 st. ABL är, som framgått, inte ett "förbud" på samma sätt som exempelvis 73 § 1 mom. 1 meningen 1944 års lag. Utbetalningar i strid mot 12:1 1 st. ABL leder inte ovillkorligen till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL (med godtrosskydd enligt 12:5 1 st. 2 meningen) såsom är fallet vid utbetalning av

[41] Se föregående not.

[42] Se s. 351 i referatet: "Lånen har därför lämnats i strid med 12 kap. 1 och 2 §§ aktiebolagslagen."

[43] Se särskilt Nial, TfR 1936 s. 1 ff om legala förbud och förvärv i strid mot sådana. Se ock på det aktiebolagsrättsliga området t.ex. NJA 1942 s. 614, särskilt justitierådet Stenbeck på s. 617ff, och NJA 1992 s. 717.

[44] Därtill kommer den omständigheten att 12:1 1 st. ABL också språkligt sett framstår som ett *legalt förbud* mot aktiebolagsrättliga utbetalningar på annat vis och i annan form än enligt bestämmelserna i ABL om de olika utbetalningstyperna.

[45] Jfr möjligen Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 21ff.

utdelning i strid mot 12:2 ABL. "Förbudet" i 12:1 1 st. ABL är inte som 12:2 ABL uppställt i tredje mans intresse.

5.2.2 Om utbetalningsförbudet, tre utbetalningstyper och ändamålssynpunkter

5.2.2.1 Inledning

Utbetalningsförbudets närmare innebörd måste fastställas med utgångspunkt i ABL:s bestämmelser om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation (se angreppssätt 2 i föregående avsnitt).[46] Huruvida utbetalningsförbudet är absolut tvingande eller relativt tvingande får i varje individuellt fall bestämmas med hänsyn till om de för utbetalningstypen aktuella bestämmelserna är uppställda i aktieägarnas eller tredje mans intresse. Med samtliga aktieägares samtycke är det t.ex. möjligt att företa utbetalning av vinstutdelning i strid mot bestämmelser i ABL – vartill sålunda utbetalningsförbudet hänvisar – som enbart är uppställda i deras eget intresse.

Jag avser att i avsnitt 5.2.2.2 analysera ett antal bestämmelser i ABL rörande vinstutdelning för att försöka fastställa om de är uppställda i tredje mans eller aktieägarnas intresse. I samma syfte analyserar jag i avsnitt 5.2.2.3 ABL:s bestämmelser avseende utbetalningar till aktieägare i samband med dels nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden, dels likvidation.

5.2.2.2 Om ABL:s bestämmelser rörande vinstutdelning och relevanta ändamål

I vilken form och omfattning utbetalning av vinstutdelning får ske till bolagets aktieägare regleras framför allt i 12 kapitlet ABL. 12:2 ABL anger storleken på det belopp som får användas för utbetalning av vinstutdelning. 12:3 1 st. 2 meningen ABL tillerkänner styrelsen vetorätt vid beslut om vinstutdelning och 12:3 2 st. ger en minoritet av aktieägare vars aktieinnehav motsvarar en tiondel av samtliga aktier rätt att kräva att bolagsstämman fattar beslut om vinstutdelning med ett visst minsta belopp. Av 12:4 framgår i vilken omfattning avsättning skall ske till bolagets reservfond och för vilka syften reservfonden får användas. 12:5 stadgar återbärings- och bristtäckningsskyldighet vid olovliga utbetalningar till aktieägarna. I vilken omfattning bolagsstämman och styrelsen

[46] Se ovan avsnitt 2.3.3 om den föreslagna ändringen av 12:1 1 st. ABL i SOU 1994:17 Del I.

kan besluta om gåvor till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål framgår av 12:6 ABL.

Det finns vid sidan av bestämmelserna i 12 kapitlet ABL en rad andra bestämmelser i ABL som är av betydelse för i vilken omfattning och i vilken form utbetalning av vinstutdelning får ske till aktieägarna. Likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL skall vid beslut om och verkställande av vinstutdelning förstås som att varje aktie är berättigade till ett lika stort belopp som varje annan aktie av samma klass (proportionellt med aktieinnehavet för aktieägare), om inte annat följer av bolagsordningen. Generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL syftar till att förhindra åtgärder som är ägnade att bereda otillbörlig fördel åt aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller annan aktieägare och kan åtminstone enligt uttalanden i motiven tänkas vara tillämpliga vid exempelvis försäljning av bolagets egendom till aktieägare till underpris (jfr förtäckt utbetalning av utdelning).[47] Inom sex månader efter utgången av varje räkenskapsår skall enligt 9:5 2 st. p. 2 ABL hållas ordinarie bolagsstämma vid vilken beslut skall fattas om dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust (jfr 12:3 1 st. 1 meningen ABL). Beslut om vinstutdelning förutsätter att det finns en fastställd balansräkning (eventuellt också koncernbalansräkning; se 12:2 1 st. ABL[48]). Till grund för bolagsstämmans beslut ligger det i förvaltningsberättelsen angivna, och av styrelsen framlagda, förslaget till dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust (11:9 3 st. ABL) och revisorernas yttrande härom i revisionsberättelsen (10:10 6 st. ABL).

Det torde av den tidigare framställningen ha framgått att det bundna egna kapitalet är av störst betydelse för tredjemansskyddet, i synnerhet för bolagets borgenärer. Aktiekapitalet ersätter aktieägarnas personliga betalningsansvar för bolagets skulder och är tänkt att fungera som en slags säkerhet – "garanti" – för bolagets förpliktelser. Reservfonden har till syfte att stärka aktiebolagets konsoliditet och uppskrivningsfonden att förhindra att bolaget använder ett belopp som motsvarar värdestegringar på företagets anläggningstillgångar till utbetalning av vinstutdelning.[49] 12:2 1 st. ABL syftar till att – i tredje mans intresse – bevara det bundna egna kapitalet intakt, och tillåter bara utbetalning av vinstutdelning som tar i anspråk tillgångar motsvarande fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning med avdrag för redovisad förlust och vad som skall avsät-

[47] Se t.ex. prop. 1975:103 s. 249f och härom utförligt nedan avsnitt 5.4.7.4.

[48] Se däremot i förslaget till årsredovisningslag i SOU 1994:17 Del I berört i avsnitt 2.3.3.

[49] Se beträffande reservfonden prop. 1975:103 s. 211f. Se i fråga om uppskrivningsfonden SOU 1941:9 s. 384 jämfört med prop. 1975:103 s. 443. Vad beträffar annan bunden fond, se nedan avsnitt 5.4.3.1.

tas till bundna fonder såsom reservfonden. Med hänsyn till att 12:2 1 st. ABL är uppställd i tredje mans intresse måste den betraktas som absolut tvingande.[50]

Försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL är något svårare att analysera. Enligt min uppfattning bör emellertid regeln tolkas mot bakgrund av 1 st., varav följer att utbetalning av vinstutdelning inte får ta i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden). Att utbetalning av vinstutdelning inte får inkräkta på det bundna egna kapitalet innebär inte, att utbetalning av vinstutdelning inte av andra orsaker kan vara ekonomiskt olämpligt för företaget. Två faktorer av ekonomisk art som skall påverka utbetalningens storlek anges i försiktighetsregeln som bolagets konsoliditet (exempelvis ett ringa eget kapital) och likviditet (kontanta tillgångar behövs för att täcka löpande utgifter). Försiktighetsregeln får därför sägas syfta till att vid sidan om det bundna egna kapitalet sådant det skyddas av 12:2 1 st. ABL bereda tredje man skydd och bör av denna orsak anses som ovillkorligen tvingande.

12:2 ABL bör inte analyseras isolerat från andra bestämmelser. För att 12:2 skall kunna tillämpas förutsätts att det finns en för det senaste räkenskapsåret fastställd balansräkning (eventuellt även koncernbalansräkning). Vad balansräkningen närmare skall innehålla och efter vilka principer den skall vara upprättad är reglerat i BFL och 11 kapitlet ABL. Dessa bestämmelser om balansräkningens innehåll och uppställning måste *vid tillämpningen av utbetalningsreglerna och 12 kapitlet ABL* anses som uppställda i tredje mans intresse och som absolut tvingande.[51]

Vilket eller vilka ändamål fyller då bestämmelserna om resultaträkningens utformning och innehåll? Resultaträkningens värden är av avgörande betydelse för innehållet i balansräkningen: En korrekt upprättad balansräkning förutsätter en korrekt upprättad resultaträkning. Med hänsyn härtill måste enligt min mening bestämmelserna om resultaträkningens innehåll och uppställning – och som är fallet beträffande balansräkningen – *vid tillämpningen av utbetalningsreglerna* anses som uppställda i tredje mans intresse och som absolut tvingande.

Vad däremot beträffar det i 11:9 3 st. ABL stadgade kravet på att styrelsen i förvaltningsberättelsen skall avge ett förslag till dispositioner i anledning av bolagets vinst eller förlust är det inte lika givet att se detta

[50] Jfr särskilt NJA 1951 s. 6 I och II ovan.

[51] Jfr prop. 1910:54 s. 139 och 1908 års förslag s. 45. Bestämmelserna om balansräkningen och dess innehåll fyller naturligtvis en rad andra syften vid sidan av att vara en förmögenhetsbalans för utbetalningsreglerna. Se t.ex. prop. 1975:103 s. 255, prop. 1975:104 s. 130ff och särskilt SOU 1994:17 Del I s. 119ff.

som uppställt i tredje mans intresse; i varje fall inte i tillräckligt hög grad. Förslaget till dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust skall ligga till grund för stämmans beslut om vinstutdelning (eller dispositioner i anledning av förlust). Bolagsstämman får enligt 12:3 1 st. 2 meningen ABL inte fatta beslut om utdelning av större belopp än vad styrelsen föreslagit. Det finns dock inget som hindrar styrelsen från att sedermera höja beloppet; jfr 12:3 1 st. ABL "/.../ styrelsen föreslagit eller *godkänt*". Med hänsyn till att det alltid står styrelsen fritt att senare godkänna ett högre belopp är jag inte benägen att förstå 11:9 3 st. ABL som en ovillkorligen tvingande formföreskrift.

På samma sätt förhåller det sig med det yttrande om bl.a. vinstutdelningsförslaget som enligt 10:10 6 st. ABL skall finnas i revisionsberättelsen. Den omständigheten att det saknas ett uttalande av revisorerna om vinstutdelningsförslaget torde knappast innebära ett hinder mot att samtliga aktieägare med styrelsens samtycke fattar beslut om vinstutdelning, som sedermera verkställs.

Styrelsens vetorätt enligt 12:3 1 st. 2 meningen ABL skall förhindra att aktieägarna disponerar över bolagets förmögenhet i större utsträckning än vad som är lämpligt med hänsyn till bolagets ekonomiska ställning. Enligt förarbetena till ABL kunde man inte helt bortse från att aktieägarnas krav på utdelning eller kapitalåterbäring i vissa fall, särskilt i större bolag, kan innebära en risk för företagets fortbestånd och de anställdas sysselsättning.[52] Vetorätten låg också i linje med de då aktuella strävandena att öka de anställdas inflytande i företagen.[53] För aktieägarna innebär vetorätten en begränsning i den beslutanderätt i bolagets angelägenheter som tillkommer dem och som bl.a. innefattar rätten att fatta beslut om utdelning av vinst och kapitalåterbäring vid nedsättning av aktiekapitalet (styrelsens vetorätt följer i det senare fallet av 6:2 2 st. ABL[54]). Vetorätten har således resulterat i att en del av makten – inflytandet över verksamheten – i aktiebolagen har överförts på styrelsen: En förändrad funktionsfördelning mellan bolagsorganen. Bolagstämman har i fråga om vinstutdelning och kapitalåterbäring inte någon självständig beslutanderätt utan denna tillkommer *bolagsstämman i samverkan med styrelsen*.

Styrelsens vetorätt enligt 12:3 1 st. 2 meningen ABL måste troligtvis ses mot bakgrund av 12:2 ABL och det åsyftade skyddet för fordringsä-

[52] Prop. 1975:103 s. 237.

[53] Prop. 1975:103 s. 237. Jfr i sammanhanget lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda och härom not 35 ovan. Jfr därtill avsnitt 4.1.3 ovan vid not 6.

[54] Vetorättengäller tydligen inte vid kapitalutbetalning i samband med nedsättning av reservfonden enligt 12:4 3 st. ABL.

garna. Bolagets fordringsägare skall komma i åtnjutande av en slags "säkerhet" i bolagets förmögenhet; en "garanti" som väger tyngre än aktieägarnas vinstutdelningsanspråk. Aktieägarnas anspråk på vinstutdelning skulle utan styrelsens vetorätt utgöra en risk för bolagets borgenärer, vilka är beroende av bolagets överlevnad. Likaså skulle aktieägarnas vinstutdelningsanspråk utgöra en risk för de anställdas önskemål om en fortsatt trygg anställning.[55] Sammantaget vill jag mena att vetorätten i 12:3 1 st. 2 meningen ABL får anses vara uppställd i tredje mans intresse. Regeln måste betraktas som ovillkorligen tvingande.[56]

Från bolagets vinst skall enligt 12:2 1 st. p. 2 ABL göras avdrag för belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital. Av 12:4 1 st. p. 1 ABL följer att till reservfonden skall varje år avsättas en viss del av årets vinst intill dess att denna uppgår till tjugo procent av aktiekapitalet. Att reservfonden tillhör det bundna egna kapitalet framgår av 11:7 2 st. 2 meningen ABL och följer av att tillgångar motsvarande reservfonden inte får användas för utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna. Reservfonden är tänkt att bereda tredje man skydd. Med hänsyn härtill torde det kunna antas att 12:2 1 st. p. 2 (i förevarande avseende) och 12:4 1 st. p. 1 ABL är absolut tvingande.

Enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL skall en aktieägare som *i strid mot ABL* uppburit en utbetalning från bolaget återbära vad han mottagit jämte ränta enligt räntelagen (1975:635). Återbäringsskyldighet inträder vid utbetalningar till aktieägare i strid mot bestämmelser uppställda i såväl tredje mans som aktieägarnas intresse.[57] Vid utbetalningar till aktieägare i strid mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse är 12:5 1 st. 1 meningen ABL ovillkorligen tvingande. Återbäringsskyldigheten syftar i dessa fall till att garantera skyddet för tredje man. Förhållandet är det motsatta vid utbetalningar till aktieägare i strid mot bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse. Med samtliga aktieägares samtycke torde det vara möjligt att t.ex. i strid mot likhetsprincipen företa utbetalning av utdelning till en aktieägare av fem utan att någon återbäringsskyldighet kommer i fråga. Och skulle utbetalningen ha företagits i strid mot likhetsprincipen torde samtliga aktieägare i efterhand kunna ratihabera

[55] Något annorlunda Johansson, Bolagsstämma s. 298.

[56] Annorlunda Lindskog, JFK 12:3-4.3.1 (s. 73). Lindskog hävdar att kravet på styrelsegodkännande bör kunna åsidosättas om samtliga aktieägare är ense (se a.st.). Detta skulle följa av att ett bristande styrelsegodkännande inte får någon betydelse om vinstutdelningsbeslutet lämnas oklandrat (a.st. not 18). Varken det förra eller det senare påståendet torde vara riktigt. Något stöd för sin åsikt ger inte Lindskog och inte heller någon egentlig motivering. För övrigt diskuterar denne inte problemet närmare. Se ock om frågan avsnitt 12.3.2.1.

[57] Se SOU 1971:15 s. 320 och jfr prop. 1975:103 s. 484. Jfr ock Kedner–Roos II 12:5.01 (s. 253) och Lind s. 267. Se närmare avsnitt 12.2–12.3 nedan.

förfogandet. I sistnämnda situation får ett godkännande i efterhand antas medföra att den tidigare uppkomna återbäringsskyldigheten bortfaller.[58]

Hur förhåller sig det då med godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL? Svaret synes vara att regeln är *tvingande i enskilda aktieägares intresse*. Ett bolag kan varken i tredje mans eller andra aktieägares intresse göra gällande återbäringsskyldighet gentemot en enskild aktieägare som i god tro uppburit olovlig utbetalning av utdelning. Det finns dock inget som hindrar att en enskild aktieägare i visst fall efterger sitt godtrosskydd.

Bolagsstämman äger enligt 12:6 ABL fatta beslut om gåvor till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål, om det med hänsyn till ändamålets beskaffenhet, bolagets ställning och omständigheterna i övrigt får anses skäligt. Även bolagets styrelse äger till sådant ändamål använda tillgång som med hänsyn till bolagets ställning är av ringa betydelse. Både bolagsstämmans och styrelsens kompetens enligt 12:6 ABL är ett undantag från den eljest gällande aktiebolagsrättsliga principen om att bolagsorganen inte får disponera över bolagets tillgångar för ändamål, som uppenbarligen är främmande för verksamhetens syfte (jfr 12:1 2 st. ABL).[59]

Principen att bolagets verksamhet skall syfta till att bereda aktieägarna vinst är naturligtvis uppställd i aktieägarnas intresse. Jag vill mena att det också är fallet beträffande 12:6 ABL. Samtliga aktieägare torde i varje fall med styrelsens samtycke kunna företa gåvor till utomstående motsvarande utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL.[60] 12:6 ABL bör betraktas som en i detta avseende[61] relativt tvingande bestämmelse.[62]

En aktiebolagsrättslig princip vid sidan av den nyss nämnda är att

[58] Se härom närmare avsnitt 12.3.4 nedan.

[59] Se t.ex. Johansson, Bolagsstämma s. 116 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 245. Jfr t.ex. NJA 1914 s. 309.

[60] Jfr NJA 1930 s. 590.

[61] Ett annat spörsmål är om bolagsstämman med bindande verkan för styrelsen kan besluta att styrelsen inte får fatta sådana gåvobeslut som avses i 12:6. Lindskog menar att styrelsen liksom eljest har att följa bolagsstämmans direktiv. Se JFK 12:6-3.3 (s. 121). Ytterligare ett spörsmål är om bolagsstämman är bunden av en bestämmelse i bolagsordningen, som inskränker bolagsstämmans rätt att fatta beslut om gåva enligt 12:6 1 st. 1 meningen ABL. Lindskog anser att så fallet. Se JFK 12:6-3.3 (s. 122). Däremot inte Kedner–Roos. Se Kedner–Roos II 12:6.02 (s. 259). Det kan enligt min mening ifrågasättas, om man inte i avseende bör skilja mellan ett stämmobeslut som förhindrar att styrelsen företar en viss gåva och stämmobeslut eller bestämmelse i bolagsordningen som generellt förbjuder styrelsen eller bolagsstämman att utnyttja den i 12:6 ABL stadgade rätten att fatta beslut om eller företa gåvor. Blott stämmobeslut av det förra slaget borde vara giltiga. Skälet till denna distinktion skulle närmast vara att 12:6 ABL ger bolagsstämman och styrelsen en självständig behörighet att fatta beslut om och företa gåvor. Denna behörighet kan inskränkas i visst fall men inte generellt. Jfr prop. 1975:103 s. 374 beträffande funktionsfördelningen mellan styrelsen och verkställande direktören.

bolagsorganen inte får disponera över bolagets tillgångar för ändamål, som uppenbarligen är främmande för föremålet för bolagets verksamhet.[63] Föremålet för bolagets verksamhet skall framgå av bolagsordningen, där det skall vara angivet till sin art (2:4 1 st. p. 3 ABL). Genom att föremålet för verksamheten registreras hos Patent- och registreringsverket[64] (PRV) och kungörs i Post- och Inrikes Tidningar presumeras tredje man känna till vad för slags verksamhet bolaget ägnar sig åt (18:3 ABL). Tredje man såsom bolagets borgenärer eller anställda kan utgå från att bolaget bedriver näringsverksamhet inom denna yttre ram för verksamheten. En fordringsägare, som t.ex. lämnat bolaget en större kredit, har rätt att förvänta sig att bolaget inte börjar ägna sig åt annan verksamhet annat än om detta sker efter ett regelrätt stämmobeslut om ändring av bolagsordningen, som har registrerats hos PRV (9:14 3 st. 1 meningen ABL). Skyddet för aktieägarna består i att bolaget – genom de verkställande organens försorg – skall ägna sig åt sådan verksamhet som är förenlig med föremålet för verksamheten och att aktieägarna äger förutsätta att tillskottskapitalet blott riskeras inom denna.

Även om det finns skäl som talar för att nämnda princip bereder bolagets borgenärer och andra tredje män skydd,[65] är det tveksamhet om den kan betraktas som absolut tvingande.[66] En i litteraturen etablerad uppfattning är att det med samtliga aktieägares samtycke är möjligt att fatta beslut om att bolaget skall bedriva annan verksamhet än den som står angiven i bolagsordningen.[67] De lege lata är det därför sannolikt att principen är villkorligt tvingande.

Den s.k. likhetsprincipen torde vara den aktiebolagsrättsliga rättsgrundsats som är mest allmänt känd. Likhetsprincipen kommer till uttryck i 3:1 1 st. ABL och innebär att alla aktier – varmed jag även förstår aktieägare proportionellt med aktieinnehavet – har lika rätt i bolaget, om inte annat följer av ABL, bolagsordningen eller samtliga aktieägares samtycke.[68] Likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL skall vid beslut om och

[62] Jfr Johansson, Bolagsstämma s. 116 med avsnittets rubrik s. 101 och Nial, Svensk associationsrätt s. 139.

[63] Jfr 55 § 1 st. 1910 års lag (se t.ex. NJA 1934 s. 280) och 76 § 1 st. 1944 års lag. Se om principen bl.a. Johansson, Bolagsstämma s. 110ff; Nial, Svensk associationsrätt s. 139 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 246. Se därtill intresseväckande Berglund, Ekonomiskt forum 1941 s. 3ff.

[64] 44 § p. 3 aktiebolagsförordningen (1975:1387).

[65] Jfr därtill Berglund, Ekonomiskt forum 1941 s. 3ff.

[66] Jfr bl.a. Johansson, Bolagsstämma s. 32f. Till synes annorlunda SOU 1988:38 Bilaga 1 s. 64, särskilt not 213.

[67] Se Johansson, Bolagsstämma s. 32; Nial, Svensk associationsrätt s. 150 och Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 246.

[68] Se härom nedan avsnitt 5.4.7.2.

verkställande av vinstutdelning förstås som att varje aktie är berättigade till ett lika stort belopp som varje annan aktie av samma klass (proportionellt med aktieinnehavet för aktieägare), om inte annat följer av bolagsordningen.[69] I linje med likhetsprincipen gäller ett strängt majoritetskrav för att aktieägarna skall kunna fatta ett beslut om ändring av bolagsordningen som innebär att bolagets aktier delas upp i stamaktier och preferensaktier med olika rätt till andel i bolagets vinst (9:15 1 st. p. 3 ABL). Likhetsprincipen är uppställd i aktieägarnas intresse och är relativt tvingande.

Generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL bör på samma vis som likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL anses som uppställda i aktieägarnas intresse och som relativt tvingande. Varken bolagsstämman eller bolagets ställföreträdare såsom styrelsen äger fatta beslut om eller företa rättshandling eller annan åtgärd, som är ägnad att bereda otillbörlig fördel för aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller annan aktieägare. Syftet med generalklausulerna är att motverka att någon eller några aktieägare tillskansar sig fördelar på annan eller andra aktieägares bekostnad.[70]

Den i 12:3 2 st. ABL stadgade skyldigheten för bolagsstämman, att på yrkande av ägare till minst en tiondel av samtliga aktier besluta om utdelning av åtminstone ett belopp som motsvarar minst hälften av nettovinsten för året (reducerat med vissa belopp), utgör en del av skyddet för minoritetsaktieägarna. Om ingen aktieägare eller otillräckligt många yrkar på utdelning enligt 12:3 2 st. ABL behöver bolagsstämman inte fatta beslut om vinstutdelning. Detsamma gäller naturligtvis om samtliga aktieägare är ense.

5.2.2.3 Om ABL:s bestämmelser rörande utbetalningar till aktieägare i samband med dels nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden, dels likvidation och relevanta ändamål

Jag har i det föregående betonat att aktiekapitalets funktion är att fungera som en slags säkerhet – en "garanti" – för bolagets förpliktelser, som ersätter delägarnas personliga betalningsansvar för bolagets skulder. Exempelvis 12:2 1 st. ABL syftar till att förhindra att utbetalning av vinstutdelning tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital – vari aktiekapitalet ingår – och bereder därigenom skydd för tredje man. 12:2 1 st. ABL är absolut tvingande.

[69] Se närmare avsnitt 5.4.7.3 nedan.

[70] Jfr t.ex. Johansson, Bolagsstämma s. 125 och Nial, Svensk associationsrätt s. 146. Se härom vidare avsnitt 5.4.7.2 och 5.4.7.4 nedan.

I 6 kapitlet ABL regleras under vilka förutsättningar och för vilka ändamål ett aktiebolag får sätta ned aktiekapitalet med eller utan utbetalning till aktieägarna. Reglerna syftar till att bevara aktiekapitalet intakt i framför allt bolagsborgenärernas intresse och skall garantera att tillgångar motsvarande aktiekapitalet inte vederlagsfritt förs över till aktieägarna annat än under för tredje man säkra former. Det anförda än enligt min uppfattning ett tillräckligt skäl för att anse samtliga lagrum ingående i 6 kapitlet ABL som absolut tvingande. Vad nu sagts beträffande 6 kapitlet gäller också reglerna om nedsättning av reservfonden med utbetalning till aktieägarna (12:4 3 st. p. 3, vari hänvisas till 6:6 ABL).

> Det kan dock ifrågasättas, om överträdelse av enskilda föreskrifter i 6 kapitlet ABL vid utbetalningar till aktieägarna i samband med nedsättning av aktiekapitalet alltid måste leda till ovillkorlig återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Jag tänker då på fall där föreskriften inte i och för sig är av grundläggande betydelse för tredjemansskyddet (jfr möjligen uttrycket "genast" i 6:10 1 meningen ABL).

Jag övergår därmed till bestämmelserna i 13 kapitlet ABL om utskiftning vid likvidation. I 13:13 1 st. 1 meningen ABL stadgas att likvidatorerna skall skifta bolagets tillgångar när den i kallelsen på okända borgenärer utsatta inställelsedagen är förbi och all veterlig gäld blivit betald (jfr 13:10 och 13:11 1 meningen ABL). Enligt min uppfattning följer redan av ordalydelsen i 13:13 1 st. 1 meningen ABL att regeln syftar till att bereda skydd för bolagets borgenärer. Följaktligen måste 13:13 1 st. 1 meningen ABL betraktas som absolut tvingande och om aktieägarna vederlagsfritt förfogar över bolagsförmögenheten innan den utsatta inställelsedagen är förbi och all veterlig gäld blivit betald uppkommer återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[71] Eljest torde återbäringsskyldighet inte komma i fråga såvida utbetalningen har skett i strid mot en bestämmelse som enbart är uppställd i aktieägarnas intresse (t.ex. i strid mot likhetsprincipen) och samtliga aktieägare är ense.[72]

[71] Se SOU 1971:15 s. 320f och jfr s. 337. Se ock t.ex. Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 253f) och Lehrberg, I aktiebolagens skymningsland s. 212, särskilt not 26, samt Lindskog JFK 13:13-4.2 (s. 291). I 1944 års lag stadgades en särskild sanktionsregel i 163 § 2 st., som slopades genom ABL och införandet av en enhetlig sanktionsregel i 12:5 vid utbetalningar i strid mot ABL. Se härom SOU 1971:15 s. 320f.

[72] Jfr utbetalningar i strid mot aktieägarskyddet SOU 1971:15 s. 337 och prop. 1975:103 s. 512 samt Kedner–Roos II 13:13.02 (s. 315).

5.3 Om utbetalning av vinstutdelning och andra typer av utbetalningar – ett försök till avgränsning mellan utbetalningstyperna

5.3.1 Inledning

Utbetalningar till aktieägarna av bolagets medel får enligt 12:1 1 st. ABL bara ske i tre former: vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation. Det vållar normalt sett inga svårigheter att bestämma huruvida en utbetalning är hänförlig till den ena eller andra utbetalningstypen. På bolagsstämman fattar aktieägarna med iakttagande av ABL:s bestämmelser beslut om t.ex. vinstutdelning och den efterföljande dispositionen över bolagsförmögenheten är enbart ett verkställande av det tidigare beslutet. Eftersom utbetalningen har skett i enlighet med bestämmelserna i ABL skall den klassificeras som utbetalning av vinstutdelning.

Med utgångspunkt i de tre[73] lagstadgade utbetalningstyperna i ABL är det emellertid betydligt svårare att fastställa om en utbetalning till aktieägarna, som inte har företagits i enlighet med bestämmelserna i ABL, skall klassificeras som olovlig utbetalning av vinstutdelning, olovlig utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet alternativt reservfonden eller olovlig utbetalning (utskiftning enligt 12:1 1 st. ABL) vid likvidation.

> Antag att enmansaktieägaren, och tillika bolagets styrelse och verkställande direktör, Adam tar 900 kr ur bolagets kassa för att inta en middag på Sheraton. Skall uttaget ses som en utbetalning enligt 12:1 1 st. ABL? Och om så är fallet vad för slags utbetalning är det fråga om – olovlig eller lovlig utbetalning av t.ex. vinstutdelning? Eller skall förfogandet kanske anses innefatta trolöshet mot huvudman, förskingring eller något annat? Eller kan uttaget förstås som både och förutsatt att det har skett i strid mot ABL? Ytterligare två alternativ är att uttaget utgör penningförsträckning från bolaget i strid mot 12:7 ABL eller förskott på lön.

Problemet kan formuleras på följande vis: Hur skall man med utgångspunkt i ABL systematisera vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten som inte har företagits i enlighet med bestämmelserna i ABL?

[73] Stundom förekommer det att man talar om fyra utbetalningstyper. För egen del anser jag att det är mer träffande att tala om tre utbetalningstyper, varav minst en innehåller *två olika kategorier av utbetalningar* (utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden).

> Jag avser inte att i undersökningen fastställa i vad mån vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten träffas av straffrättsliga regler. I det hänseendet får jag hänvisa till främst den straffrättsliga doktrinen.[74] Vad beträffar gränsdragningen mellan sedvanliga förmögenhetsrättsliga rättshandlingar och aktiebolagsrättsliga utbetalningar får jag hänvisa till nästa avdelning.

Följande tre avsnitt syftar främst till att avgränsa de i 12:1 1 st. ABL angivna utbetalningstyperna från varandra. Jag inleder med att i avsnitt 5.3.2 analysera utbetalningstypen utbetalning av vinstutdelning och övergår därefter i avsnitt 5.3.3 till att undersöka hur man skall avgränsa denna utbetalningstyp – (olovlig) utbetalning av vinstutdelning – från (olovlig) utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden, uppskrivningsfonden (och) eller annan bunden fond. I avsnitt 5.3.4 söker jag avgränsa dessa två utbetalningstyper från (olovlig) utbetalning (utskiftning) vid likvidation.

En bestämmelse som jag inte avser att närmare behandla i undersökningen är bestämmelsen om förvärv av egna aktier i 7:2 ABL. Det kan dock tänkas inträffa att ett lagligt förvärv av egna aktier samtidigt innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning i strid mot 12:1 1 st. ABL. (Ett aktiebolag kan t.ex förvärva egna aktier till en köpeskilling som överstiger marknadsvärdet. Till den del köpeskillingen överstiger det verkliga värdet av aktierna bör mellanskillnaden ses som en aktiebolagsrättslig utbetalning.)[75]

Härifrån är dock steget långt till att – som i SOU 1988:38 Bilaga I – hävda att återköp av egna aktier med "disponibla vinstmedel i praktiken innebär utdelning av vinst".[76] Förvärv av egna aktier innefattar i och för sig inte ett vederlagsfritt förfogande över bolagsförmögenheten och dylika förvärv kan inte förstås som en disposition som *typiskt sett tar i "anspråk" fritt eget kapital* (eller för den delen bundet eget kapital[77])[78] *blott av det skälet* att det är fråga om *egna aktier.*[79] Inte heller kan ett förvärv av egna aktier anses som utbetalning av vinstutdelning – ett veder-

[74] Se även skriften Förmögenhetsbrotten, Kreditväsendets rättsliga problem av Knut Rodhe ävensom Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 80f.

[75] Jfr Karlgren, SvJT 1938 s. 212 och SOU 1988:38 Bilaga 1 s. 60. Om förvärv av egna aktier inte är tillåtet enligt 7:2 ABL drabbas förvärvet av ogiltighet. Skulle förvärvet också ha skett till överpris, och därför utgöra en utbetalning av bolagets medel, inträder dessutom de rättsverkning som nämns i 12:5 ABL.

[76] SOU 1988:38 Bilaga 1 s. 62 och jfr s. 51f.

[77] En annan sak är att brukar sägas att förvärv av egna aktier innebär en de facto-nedsättning av aktiekapitalet.

[78] Jfr om skyddet för det bundna egna kapitalet i SOU 1988:38 Bilaga 1 s. 51f.

[79] Jfr Pehrson i Festskrift till Calissendorff s. 228 not 21. Jfr häremot Lindskog, JFK 12:2-4.9 (s. 46f), som menar att hela köpeskillingen skall anses utgöra "kapitalanvändning".

lagsfritt förfogande över bolagsförmögenheten – av den orsaken att egna aktier i balansräkningen skall tas upp som en tillgång utan värde (11:7 4 st. ABL).[80]

> För att illustrera det sagda må följande exempel anföras. Aktiebolaget Aktiestocken förvärvar vid tolv tillfällen under ett räkenskapsår egna aktier och avyttrar lika många gånger de förvärvade aktierna med god förtjänst. Varken civilrättsligt eller redovisningstekniskt torde aktieförvärven i och för sig jämställas med vederlagsfria förvärv,[81] vilket förutsätts för att utbetalningsreglerna i ABL skall kunna tillämpas (se härom kapitel 7–9 nedan).

Den i SOU 1988:38 Bilaga 1 förda argumentationen bygger möjligen på en sammanblandning av hur egna aktier tekniskt redovisas i bolagets balansräkning och hur förvärv av egna aktier civilrättsligt skall behandlas. Att egna aktier skall tas upp som en tillgång utan värde i *balansräkningen för varje räkenskapsår* innebär inte att förvärv av aktier under det löpande räkenskapsåret skall behandlas som en slags "utbetalning". Förutsatt att egna aktier förvärvas till marknadsvärdet måste rättshandlingen förstås som ett sedvanligt oneröst förvärv; det sker ett utbyte av prestation och motprestation. En tillämpning av utbetalningsreglerna i ABL kommer först i fråga om ett aktiebolag t.ex förvärvar egna aktier till överpris.[82]

> Se SOU 1992:83 s. 160f och 269ff respektive prop. 1993/94:196 s. 118ff och 165ff om det andra bolagsdirektivet och de nyligen genomförda ändringarna i ABL.

5.3.2 Utbetalning av vinstutdelning som utbetalningstyp och dess avgränsning

5.3.2.1 Om vinst och utdelningsbart fritt eget kapital[83]

I 73 § 1 mom. 1 meningen 1944 års lag stadgades att till aktieägarna inte fick utbetalas annat än den *vinst*, som fanns enligt fastställd balansräk-

[80] Jfr Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 397. Jfr dock Nial, SvJT 1943 s. 701f och Lindskog, JFK 12:2-4.9 (s. 46f).

[81] Märk väl att den omständigheten att egna aktier förs ut i balansräkning som tillgång utan värde inte innebär att realisationsvinster på grund av avyttrade aktier i bolagets räkenskaper bör behandlas på något annat vis än vad som gäller vid sedvanliga affärstransaktioner.

[82] Jfr Karlgren i SvJT 1938 s. 211f. Annorlunda bl.a. Nial i SvJT 1943 s. 701f och troligtvis Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 108. Se vidare SOU 1988:38 Bilaga 1 s. 48ff, särskilt s. 51f och s. 62 med utförliga hänvisningar.

[83] Se om terminologin avsnitt 1.2 ovan.

ning för det sista räkenskapsåret, i den mån vinsten inte skulle avsättas till reservfonden eller skuldregleringsfonden. Ordet "vinst" syftade på balanserad vinst och nettovinst för räkenskapsåret; se 101 § 1 mom. 1944 års lag.[84] Utdelningsbara medel utgjordes av nettovinst för räkenskapsåret, balanserad vinst och, trots balansräkningsschemat i 101 § 1 mom. 1944 års lag, s.k. fria fonder.[85] Med ABL infördes en annan terminologi – fritt eget kapital[86] – för att beskriva utdelningsbara poster i bolagets balansräkning. Aktiebolagets egna kapital delas enligt 11:7 2 st. 1 meningen ABL in i bundet eget kapital och fritt eget kapital. Under fritt eget kapital (eller ansamlad förlust) skall enligt 11:7 2 st. 3 meningen ABL upptagas fria fonder, var för sig, balanserad vinst eller förlust samt nettovinst eller förlust för räkenskapsåret. Den terminologiska förändringen har dock inte genomförts konsekvent. Termen "vinstutdelning" förekommer fortfarande i 12 kapitlet ABL oaktat en övergång till "utdelning av fritt eget kapital" borde ha skett.[87]

Vilken innebörd har då begreppet "vinstutdelning" i gällande rätt? I ordinärt juridiskt språkbruk brukar härmed förstås utbetalning av bolagets medel motsvarande – allt eller blott en viss del av – fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning (utdelningsbart eget kapital).[88] För att man skall kunna avgränsa vinstutdelning från de två andra utbetalningstyperna krävs det dock en närmare precisering. Begreppet *vinstutdelning* består av två ord: vinst och utdelning. Jag återkommer till ordet "utdelning" i avdelning II nedan.

Vad som är av intresse i förevarande avsnitt är vad som avses med ordet *vinst*. Det närmaste man härvidlag kommer är att med "vinst" avses detsamma som nettovinsten för året, balanserad vinst och fria fonder reducerat med ett antal poster och under beaktande av vad som följer av försiktighetsregeln (utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL).

[84] Tillsammans med aktiekapitalet, reservfonden och skuldregleringsfonden redovisades också fria fonder under beteckningen "andra fonder". Med andra fonder avsågs dels sådana som hade ett särskilt ändamål såsom vinstutjämningsfond, konjunkturinvesteringsfond etc., dels den vanligen såsom dispositionsfond betcknade fond, vartill besparade vinstmedel fördes utan särskilt angivet ändamål. Se SOU 1941:9 s. 406 och SWN s. 273.

[85] Jfr uttrycket "vinst" i 73 § 1 mom. 1 meningen och om fria fonder Nial, Aktiebolagsrätt s. 92 och Nial, Om aktiebolag s. 46. Jfr ock SWN s. 275 med s. 273.

[86] Den med ABL införda termen "fritt eget kapital" korresponderar inte mot uttrycket "vinst å bolagets verksamhet" i äldre rätt. Skillnaden ligger däri att fria fonder – annat än balanserad vinst och nettovinsten för året – tidigare togs upp vid sidan av aktiekapitalet och andra bundna poster.

[87] Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 86.

[88] I utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL synes ordet vinstutdelning liksom de två övriga utbetalningstyperna därtill syfta på de i ABL angivna förfarandena för värdeöverföringar till aktieägarna. Se inledningen till avdelning II nedan.

Sålunda kan "vinst" – dvs. utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL – definieras som vad som enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret (maximalt) utgör:

+ bolagets nettovinst för året
+ balanserad vinst
+ fria fonder
– redovisad förlust
– belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital
– belopp som enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna
– belopp som i förekommande fall enligt försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL inte får användas för vinstutdelning.

I ett moderbolag gäller därutöver – alltså förutom att ovanstående definition av "vinst" gäller för moderbolaget i relation till dess balansräkning – att "vinst", dvs. utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL, kan definieras som vad som enligt fastställd koncernbalansräkning för det senaste räkenskapsåret (maximalt) utgör koncernens:[89]

+ nettovinst för året
+ balanserad vinst
+ fria fonder
– redovisad förlust
– belopp som av det fria egna kapitalet i koncernen enligt årsredovisningarna för företag inom denna skall överföras till bundet eget kapital
– belopp som enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna[90]
– belopp som i förekommande fall enligt försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL inte i koncernen får användas för vinstutdelning.

Detta innebär att "vinst" – dvs. utdelningsbart fritt eget kapital enligt

[89] 12:2 ABL och se närmare Kedner–Roos II 12:2.06 (s. 231). Jfr i sammanhanget 11:11 ABL och Redovisningsrådets rekommendation 01:91 avseende koncernredovisning och p. 51ff rörande redovisning av koncernens eget kapital. Jfr därtill SOU 1994:17 Del I och särskilt 3:11 i förslaget till årsredovisningslag. Noteras bör ock att det i SOU 1994:17 Del I har föreslagits att vissa moderföretag skall undantas från skyldigheten att upprätta koncernredovisning. Se härom avsnitt 2.3.3 ovan.

[90] Varmed måste förstås belopp som enligt bolagsordningen i bolag som ingår i koncernen eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna.

12:2 ABL – i ett moderbolag är det mindre av de båda belopp som räknats fram i enlighet med de två ovan givna definitionerna.[91]

5.3.3 Avgränsningen mellan utbetalningstyperna (olovlig) utbetalning av vinstutdelning och (olovlig) utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden, uppskrivningsfonden (och) eller annan bunden fond.

5.3.3.1 En översikt

Ett för detta arbete grundläggande spörsmål är hur gränsen skall dras mellan, å ena sidan, utbetalningstypen utbetalning av vinstutdelning och, å den andra, utbetalningstypen utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden. Som tidigare nämnts vållar en utbetalning till aktieägarna som har företagits i enlighet med reglerna om vinstutdelning i 12 kapitlet, nedsättning av aktiekapitalet i 6 kapitlet eller nedsättning av reservfonden i 12:4 3 st. p. 3 ABL inga svårigheter.[92] En sådan utbetalning skall förstås som antingen utbetalning av vinstutdelning eller utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden. Och detsamma torde gälla om en utbetalning har skett i strid mot någon enstaka regel i ABL samtidigt som den i allt väsentligt står i överensstämmelse med bestämmelserna i ABL rörande vinstutdelning eller nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden.

En utbetalning till aktieägarna kan emellertid ske utan att de formella och materiella reglerna för någon av utbetalningstyperna i allt väsentligt har iakttagits av aktieägarna och bolagsorganen. Hur en sådan vederlagsfri disposition skall inordnas i ABL är inte givet.

> Frågeställningen kan tyckas konstlad för en läsare av ABL – nog vet man alltid vad för slags utbetalning det är fråga om när aktieägarna vederlagsfritt har disponerat över bolagets förmögenhet! Problemformuleringen är dock i högsta grad relevant. Alltsedan NJA 1951 s. 6 I och II har vederlagsfria dispositioner över bolagets förmögenhet i strid mot ABL:s bestämmelser, vilka tagit i "anspråk" mer än fritt eget kapital, kommit att betecknas och behandlas som olovlig "vinstutdelning". Det är dock inte självklart att man skall använda sig av denna terminologi och bestämmelserna om vinstutdelning. En utbetalning, vilken i allt väsentligt inte har företagits i enlighet med bestämmelserna i ABL, som tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet

[91] Se särskilt Kedner–Roos II 12:2.06 (s. 231).

[92] Notera vad som anförts i avsnitt 2.3.3 om den i SOU 1994:17 Del I föreslagna överkursfonden och ändringen av 12:4 ABL.

eget kapital innefattar *tekniskt sett* ett förfogande över bolagets förmögenhet i strid mot bestämmelserna i 6 kapitlet om nedsättning av aktiekapitalet (och) eller 12:4 3 st. p. 3 om nedsättning av reservfonden (en sådan utbetalning torde därjämte tekniskt sett kunna anses innefatta ett förfogande över bolagets förmögenhet i strid mot ABL:s regler om uppskrivningsfond [och] eller regler i bolagsordningen om annan bunden fond!). Att beskriva ett dylikt förfogande som "olovlig vinstutdelning" är sålunda – enligt min uppfattning – i teknisk mening missvisande. Se i det följande.

Man kan möjligen hävda att oavsett om de av mig anförda argumenten är riktiga så är avgränsningsproblemet praktiskt ointressant, eftersom utbetalningar av angivet slag strider mot ABL och ger upphov till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. ABL. Avgränsningsproblemet är dock praktiskt intressant. Den praktiska betydelsen består i att t.ex en tillämpning av godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL är beroende av hur man klassificerar utbetalningen (såvida man inte anser att godtrosregeln är generellt tillämplig analogt[93]).[94]

En utbetalning kan bestå av såväl pengar som annan egendom. I praktiken förekommer det inte sällan att en utbetalning döljs genom att värdeöverföringen sker i form av en vanlig affärsuppgörelse ("förtäckt vinstutdelning" som eventuellt är olovlig). Till den del en värdeöverföring av angivet slag, vilken i allt väsentligt inte har företagits i enlighet med bestämmelserna i ABL, tar i anspråk tillgångar motsvarande aktiekapitalet (och) eller reservfonden bör den åtminstone *tekniskt sett* klassificeras som *olovlig (förtäckt) utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet (och) eller reservfonden* (jfr ovan).

Den begagnade formuleringen *"olovlig (förtäckt) utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet (och) eller reservfonden"* är inte helt lyckad såtillvida att en olovlig utbetalning av ovan angivet slag, vilken tar i anspråk tillgångar motsvarande någon eller några av de poster som ingår i bundet eget kapital – alltså "olovlig vinstutdelning", inte i egentlig mening innefattar en olovlig utbetalning *"vid"* nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden (eller någon annan bunden fond; jfr nedan). Jag begagnar ändock denna formulering i det följande då den enligt min mening illustrerar problematiken och står i överensstämmelse med utbetalningsförbudets konstruktion.

Ett aktiebolags bundna egna kapital behöver inte endast bestå av aktiekapital och reservfond utan därtill kan komma både annan bunden fond

[93] Se härom avsnitt 13.4 nedan.

[94] Ytterligare ett exempel är att frågan om samtliga aktieägare helt eller delvis kan godkänna förfogandet. Skall utbetalningen ses som olovlig utbetalning vid nedsättning av någon av de i bundet eget kapital ingående posterna kan samtliga aktieägare inte ratihabera dispositionen.

enligt bestämmelse i bolagsordningen[95] och uppskrivningsfond. Belopp som enligt bolagsordningen skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna är, som följer av ordalagen, inte heller tillgängligt för utdelning och i den meningen bundet (12:2 1 st. p. 3 ABL).[96] Att uppskrivningsfonden tillhör det bundna egna kapitalet framgår av 11:7 2 st. 2 meningen ABL.

Eftersom det bundna egna kapitalet består av ett antal poster, varav endast två kan bli föremål för nedsättning med en därpå följande utbetalning till aktieägarna, är det i och för sig inte heller konsekvent att avgränsa utbetalningar till aktieägarna, vilka i allt väsentligt inte har företagits i enlighet med bestämmelserna i ABL, som antingen olovlig utbetalning av vinstutdelning eller olovlig utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet (och) eller reservfonden. Det är mer rätlinjigt att betrakta utbetalningar till aktieägarna, vilka i allt väsentligt inte har företagits i enlighet med bestämmelserna i ABL, som antingen olovlig vinstutdelning, dvs. vederlagsfria förfoganden över bolagets förmögenhet som bara tar i anspråk tillgångar motsvarande *fritt eget kapital* enligt fastställd balansräkning[97] men som i något annat avseende strider mot ABL, eller olovlig utbetalning vid nedsättning av bundet eget kapital,[98] dvs. alla vederlagsfria dispositioner som tar i anspråk tillgångar motsvarande *bundet eget kapital* enligt fastställd balansräkning.[99]

> Olovlig utbetalning av vinstutdelning skulle med en tekniskt sett korrekt definition sålunda omfatta förfoganden i strid mot bl.a. regeln om reservfondsavsättning i 12:2 1 st. p. 2 och 12:4 1 st. p. 1 ABL, försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL, vetorätten i 12:3 1 st. 2 meningen ABL och likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL.

Danielsson är den enda författare i svensk doktrin som i någon mån diskuterat avgränsningsproblematiken.[100] I Aktiekapitalet behandlar Danielsson i anslutning till utbetalningsförbudet i 73 § 1 mom. 1 meningen 1944 års lag avgränsningen mellan återbetalning av tillskott –

[95] Jfr 12:2 1 st. p. 2 ABL och prop. 1975:103 s. 476 samt lagrådet i prop. 1975:103 s. 765. Se ock nedan avsnitt 5.4.3.1. Uppräkningen i 11:7 2 st. ABL är således ofullständig.

[96] Belopp som avses med 12:2 1 st. p. 3 ABL är däremot inte bundet i den betydelse att det redovisas under bundet eget kapital i bolagets balansräkning. Se avsnitt 5.4.3.1 nedan.

[97] Det skall vara fråga om *fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret*. Detta förutsätter jag i det följande.

[98] Jfr beträffande denna formulering vad som sagt ovan ifråga om "olovlig (förtäckt) utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet (och) eller reservfonden".

[99] Denna distinktion bör inte förväxlas med vad som avses med "vinst" – utdelningsbart fritt eget kapital – i begreppet "vinstutdelning". Se beträffande detta avsnitt 5.3.2.1 ovan.

[100] Lindskog antyder – såvitt jag kan förstå – också problemet; jfr JFK 12:5-4.2 (s. 104).

dvs. vad som erlagts till bolaget för aktierna – och andra utbetalningar.[101] En metod är att alla andra utbetalningar till aktieägarna än utbetalning av vinst förklaras vara återbetalning av tillskott.[102] Något tredje alternativ skulle inte finnas.[103] Av olika skäl kan emellertid denna lösning tänkas vara oriktig. Exempelvis måste det vara oriktigt att dra gränsen vid tillskott, eftersom dels svensk rätt tillåter att aktiekapitalet växer annorledes än genom tillskott, dels att det bundna egna kapitalet omfattar andra poster än aktiekapitalet. En annan metod är att ange vissa slags utbetalningar som utgörande återbetalning av tillskott, t.ex bolags förvärv av egna aktier.[104] Till slut leder dock denna senare metod till invecklade bedömningar från fall till fall.[105] Danielsson företrädde själv den åsikten att det stod i bättre överensstämmelse med det bundna egna kapitalets konstruktion att göra åtskillnad mellan utbetalningar som angriper täckningen för det bundna egna kapitalet och övriga.[106]

Att man måste skilja mellan utbetalningar som inkräktar på det bundna egna kapitalet och övriga står i överensstämmelse med ABL:s konstruktion. ABL skiljer mellan fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning, som kan användas för utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna (observera dock 12:2 1 st. p. 1–3 och 12:2 2 st. 1 meningen ABL), och bundet eget kapital enligt fastställd balansräkning, som endast delvis och under vissa förutsättningar kan användas för en aktiebolagsrättslig utbetalning till aktieägarna. Motivet till att tillgångar motsvarande bundet eget kapital inte fritt får utbetalas till aktieägarna är att det bundna egna kapitalet i sin helhet fungerar som en slags säkerhet för bolagets skulder.

Även i rättspraxis brukar man upprätthålla distinktionen mellan utbetalningar som tar i anspråk tillgångar motsvarande fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning och utbetalningar som tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital enligt fastställd balansräkning. Första gången denna distinktion kommer till uttryck i rättspraxis är i det föreningsrättsliga avgörandet NJA 1948 s. 651 och andra gången i NJA 1951 s. 6 I och II. Den i NJA 1948 s. 651 och NJA 1951 s. 6 I och II fastslagna principen, att man skall skilja mellan utbetalningar som inkräktar på bundet eget kapital och övriga, har upprätthållits i senare praxis; se NJA

[101] Danielsson, Aktiekapitalet s. 207ff.

[102] A.a. s. 207 med vidare hänvisning till Brodmann 213 § HGB Anm. 1 a. Se om tysk rätt avsnitt 3.5.2.2 ovan och 11.3.2 nedan. I gällande rätt synes detta vara den härskande tolkningen av 57 § och 58 § 5 st. AktG. Utbetalning av vinst skall då helt och hållet ha skett enligt reglerna om vinstutdelning.

[103] Danielsson, Aktiekapitalet s. 207 med vidare hänvisningar till äldre tysk doktrin.

[104] A.a. s. 207f med vidare hänvisningar till äldre tysk doktrin.

[105] A.a. s. 208 med vidare hänvisningar till äldre tysk doktrin.

[106] A.a. s. 209

1966 s. 475, 1976 s. 60, 1976 s. 618, 1980 s. 311 och 1990 s. 343.

Sammanfattningsvis skall utbetalningar, som i allt väsentligt inte har företagits i enlighet med bestämmelserna i ABL, delas in i sådana som tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital enligt fastställd balansräkning och sådana som tar i anspråk tillgångar motsvarande fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning.

5.3.3.2 Om inkonsekvent systematik och terminologi: Olovlig utbetalning av vinstutdelning eller olovlig utbetalning vid nedsättning av (någon av de i) bundet eget kapital (ingående posterna)?

Tekniskt sett finns det sålunda all anledning att skilja på olovliga utbetalningar som tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital enligt fastställd balansräkning och olovliga utbetalningar som tar i anspråk tillgångar motsvarande fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning. Om aktieägarna vederlagsfritt disponerar över ett bolags tillgångar utan att i allt väsentligt iaktta ABL:s bestämmelser och utbetalningen tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital står förfogandet, som framgått, tekniskt sett inte i strid mot bestämmelserna i 12 kapitlet ABL om vinstutdelning. I stället strider utbetalningen tekniskt sett mot bestämmelserna i 6 kapitlet ABL om nedsättning av aktiekapitalet (och) eller 12:4 3 st. p. 3 ABL om nedsättning av reservfonden (en sådan utbetalningen bör därjämte tekniskt sett kunna anses stå i strid mot ABL:s regler om uppskrivningsfond [och] eller regler i bolagsordningen om annan bunden fond). En utbetalning som på angivet vis inte står i överensstämmelse med bestämmelserna i ABL och som tar i anspråk tillgångar motsvarande både fritt eget kapital och bundet eget kapital borde i enlighet med samma princip systematiseras på följande sätt: Till en del strider utbetalningen mot bestämmelserna i 12 kapitlet ABL,[107] till en del strider utbetalningen mot bestämmelserna i 6 kapitlet ABL (och) eller 12:4 3 st. p. 3 ABL (därjämte bör utbetalningen kunna anses stå i strid mot ABL:s regler om uppskrivningsfond [och] eller regler i bolagsordningen om annan bunden fond).

I såväl rättspraxis[108] som doktrin[109] begagnas sedan många år tillbaka emellertid en annan terminologi och systematik. En utbetalning som tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital, och vilken i allt väsentligt inte har företagits i enlighet med bestämmelserna i ABL, skall

[107] Jfr vad som sagts i föregående avsnitt.

[108] Se nedan.

[109] Jfr t.ex Kedner-Roos II 12:1.01 (s. 223), Nial, Svensk associationsrätt s. 83 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 109.

betraktas som olovlig (eventuellt förtäckt) utbetalning av vinstutdelning oberoende av om den i stort sett bara tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital. I t.ex NJA 1951 s. 6 I fann HD:s majoritet att uttaget av tillgångar ur Suecia – till den del det omfattade mer än disponibla vinstmedel – skulle ses som "otillåten vinstutdelning" (jfr nedan).[110] HD synes ha använt sig av en liknande terminologi och systematik i NJA 1951 s. 6 II[111] och senare i NJA 1976 s. 60,[112] 1976 s. 618,[113] 1980 s. 311[114] och 1990 s. 343[115].

Det är oklart varför domstolarna valt att pröva olovliga utbetalningar med utgångspunkt i vinstutdelningsreglerna. En förklaring, som i och för sig framstår som sannolik, är att utbetalningar till aktieägarna i första hand skall prövas med hänsyn till vad som är tillåtet med samtliga aktieägares samtycke. Och därvidlag gäller att samtliga aktieägare vederlagsfritt äger disponera över tillgångar motsvarande utdelningsbart fritt eget kapital, dvs. vad som utgör fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL framräknat på grundval av fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret och är utbetalningsbart enligt försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL.

Vad som ändock framstår som märkligt är varför en utbetalning till aktieägarna till den del dispositionen tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital – typiskt sett aktiekapitalet eller reservfonden – skall behandlas som "olovlig vinstutdelning".[116] *Tekniskt sett* rör det sig snarare, som jag redan har framhållit, om en olovlig utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet (och) eller reservfonden (därjämte antagligen uppskrivningsfond [och] eller annan bunden fond).

> I NJA 1951 s. 6 hade Suecia drygt 120000 kr i fritt eget kapital. Carlsund och Santesson disponerade vederlagsfritt över mer än 1350000 kr, vilket med drygt 900000 kr översteg bundet eget kapital och sålunda "inkräktade på" bolagets skulder. För egen del har jag svårt att se hur förfogandena kunde klassificeras som "olovlig vinstutdelning". Ett annat anmärkningsvärt avgörande är NJA 1976 s. 618. I detta mål hade en ensam aktieägare disponerat över drygt 60000 kr utan att bolaget hade upprättat någon balansräkning. Än mindre fanns det någon utdelningsbar vinst. Se härtill för liknande omständigheter NJA 1990 s. 343 nedan.

[110] Referatet s. 25.
[111] Referatet s. 37.
[112] Referatet s. 67f. Jfr därtill NJA 1966 s. 475 och särskilt justitierådet Riben på s. 487f.
[113] Referatet s. 622ff.
[114] Referatet s. 316ff.
[115] Referatet s. 348ff.
[116] Se för i någon mån liknande kritik Lindskog, SvJT 1992 s. 82ff och JT 1992–93 84f.

De lege lata torde det mot bakgrund av rättspraxis och doktrin på området få antas att utbetalningar till aktieägarna, som i allt väsentligt inte sker med iakttagande av bestämmelserna i ABL avseende någon av de två nämnda utbetalningstyperna, skall prövas enligt reglerna i 12 kapitlet ABL. Det saknar härvidlag betydelse huruvida utbetalningen tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital enligt fastställd balansräkning och i tekniskt hänseende snarare borde betraktas som olovlig utbetalning vid nedsättning av någon eller samtliga de poster som ingår i bundet eget kapital. (Jfr NJA 1948 s. 651, 1951 s. 6 I och II, 1966 s. 475, 1976 s. 60, 1976 s. 618 och 1980 s. 311 samt se NJA 1990 s. 343.)

> I NJA 1990 s. 343 saknade bolaget helt utdelningsbar vinst samtidigt som dess aktieägare – ett moderbolag – vederlagsfritt disponerade över drygt 11 milj kr. HD fann att det var fråga om "förtäckt vinstutdelning" från dotterbolaget i strid mot 12:1–2 ABL.[117]

5.3.3.3 Presumtionen att aktiebolagsrättsliga utbetalningar (utom i samband med aktiebolags likvidation) antas ta i anspråk tillgångar motsvarande i första hand utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL

Utbetalningar till aktieägarna, som i allt väsentligt inte sker med iakttagande av bestämmelserna i ABL avseende någon av de två ovan behandlade utbetalningstyperna, skall sålunda prövas enligt reglerna i 12 kapitlet ABL om vinstutdelning. En konsekvens av denna princip är att man måste presumera att utbetalningar tar i anspråk tillgångar motsvarande i första hand utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL (se avsnitt 5.3.2.1 ovan och närmare avsnitt 5.4.3 och 5.4.4 nedan). Presumtionen har stöd i rättspraxis såtillvida att HD har prövat huruvida vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten varit lovliga med utgångspunkt i redovisat fritt eget kapital; jfr NJA 1948 s. 651, 1951 s. 6 I och II, 1966 s. 475, 1976 s. 60, 1976 s. 618, 1980 s. 311 och 1990 s. 343.

5.3.4 (Olovlig) Utbetalning av vinstutdelning, (olovlig) utbetalning vid nedsättning av någon av de i bundet eget kapital ingående posterna och avgränsningen gentemot utbetalningstypen (olovlig) utbetalning (utskiftning) vid likvidation

I 13 kapitlet ABL ges bestämmelser om likvidation av aktiebolag och deras upplösning. Enligt 13:13 1 st. 1 meningen skall, när den i kallelsen

[117] Se referatet s. 350f.

på okända borgenärer utsatta inställelsedagen är förbi och all veterlig gäld blivit betald, likvidatorerna skifta bolagets tillgångar.

> Med uttrycken "skifte" eller "skifta" avses enligt förarbetena till ABL fastställande av vad som tillkommer varje aktieägare; inte det faktiska utelämnandet av skifteslotten till aktieägarna.[118]

Både utbetalning av vinstutdelning och utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden är utförligt reglerade i ABL. En utbetalning till aktieägarna, som sker i enlighet med lagens regler om endera utbetalningstypen, skall också förstås som en utbetalning av det i lagen angivna slaget. Detsamma gäller naturligtvis beträffande den tredje utbetalningstypen – utbetalning (utskiftning[119]) vid likvidation. En utbetalning till aktieägarna som har skett efter det att den i kallelsen på okända borgenärer utsatta inställelsedagen är förbi och all veterlig gäld blivit betald skall ses som utbetalning (utskiftning) vid likvidation.

Ett inte ointressant avgränsningsproblem aktualiseras emellertid om ett bolag låter företa en utbetalning till aktieägarna i samband med likvidation utan att ABL:s bestämmelser i allt väsentligt har iakttagits. Skall utbetalningen förstås som olovlig utbetalning (utskiftning) vid "likvidation"? Eller kan den möjligen betraktas som olovlig utbetalning av "vinstutdelning" eller som olovlig "utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden" (eller annan bunden fond)?

En möjlig lösning på problemet erbjuder följande uttalande av föredraganden i prop. 1975:103.[120]

> "Departementsförslaget anger i likhet med gällande lag på vad sätt och vid vilka tidpunkter aktiebolag upplöses. Normalt sker det genom likvidation varom bestämmelser ges i detta kapitel. Under likvidationen avvecklas bolagets verksamhet, dess skulder betalas och behållna tillgångar utskiftas bland aktieägarna. Likvidationen innebär inte i och för sig upplösning av bolaget. Detta visar sig bl.a. däri att likvidation i vissa fall kan avbrytas så att någon upplösning av bolaget inte kommer till stånd, se 17 §. Även under likvidationen är bolaget ett bestående rättssubjekt, där visserligen styrelsen ersatts av likvidatorerna men bolagstämma och revisorer fortfarande fungerar. Bolagsorganens rättigheter och skyldigheter är i stora delar desamma som förut, fastän deras uppgifter naturligtvis förändras och begränsas därigenom att syftet med likvidationen är att avveckla bolagets verksamhet och göra det färdigt för upplösning. Därför kan under likvidationen inte ske

[118] Prop. 1975:103 s. 512.

[119] Jfr dock ovan om uttrycken "skifte" eller "skifta", vilken till synes har en annan innebörd.

[120] Prop. 1975:103 s. 498f. Jfr ock SOU 1971:15 s. 324 och Kedner–Roos II inledning till 13 kapitlet (s. 281).

vinstutdelning, ökning eller nedsättning av aktiekapitalet eller emission av skuldebrev enligt 5 kap. och som regel inte heller ändring av bolagsordningen. Bolagets upplösning bildar slutpunkten i likvidationsförfarandet och sammanfaller med att slutredovisning framläggs av likvidatorerna eller, om bolaget inte har tillgångar som täcker likvidationskostnaderna, med att rätten förklarar att likvidationen skall nedläggas."

Av uttalandet att döma "kan" det under likvidation inte *lagligen* ske någon utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna. Inte heller "kan" det *lagligen* ske någon nedsättning av aktiekapitalet med utbetalning till aktieägarna.[121] Det får antas att motsvarande gäller beträffande nedsättning av reservfonden med utbetalning till aktieägarna (12:4 3 st. p. 3 ABL); jag utgår från detta i det följande.

Enligt min mening ger detta uttalande dock inte någon säker vägledning för det fall att bolagsorganen i samband med likvidation företar en utbetalning till aktieägarna utan att ABL:s bestämmelser i allt väsentligt har iakttagits. Innebär ordet "kan" att någon utbetalning av vinstutdelning och utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden över huvud taget inte kan komma i fråga i samband med likvidation och att en på angivet vis lagstridig utbetalning *alltid skall betraktas som olovlig utbetalning (utskiftning) vid likvidation*? Eller skall uttalandet förstås som att utbetalning av vinstutdelning och utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden *inte lagligen kan ske i samband med likvidation*, men att detta inte hindrar att en på angivet vis lagstridig utbetalning i samband med likvidation betraktas *som olovlig utbetalning av vinstutdelning eller som olovlig utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden* (eller annan bunden fond)?

Problemet kan i förevarande fall tyckas vara av akademiskt snarare än praktiskt intresse. Huruvida en utbetalning är av det ena eller andra slaget kan dock vara av praktisk betydelse dels för återbäringsskyldighetens innebörd,[122] dels huruvida godtrosregeln kan tillämpas (12:5 1 st. 2 meningen ABL).

I princip är följande alternativa lösningar möjliga:

[121] Se ock hänvisningar i föregående not.

[122] Jfr pleniavgörandet NJA 1922 s. 137 I och II, som skulle kunna tolkas som att olovligen utskiftad egendom i och för sig inte behöver innebära att ett å skiftet grundat fång är olagligt i den meningen att lagfart inte kan meddelas. Det skulle med anledning härav kunna hävdas att rättsföljden vid olovlig utskiftning inte är ogiltighet – däremot återbäringsskyldighet i form av ersättningsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL – medan rättsföljden vid otillåten utbetalning av utdelning eller olovlig utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet är ogiltighet och blott sekundärt medför ersättningsskyldighet enligt samma lagrum. Se emellertid om NJA 1922 s. 137 I och II avsnitt 12.3.2.7 nedan.

(1) Från den tidpunkt bolaget är försatt i likvidation skall alla utbetalningar – vare sig de sker lagligen eller olagligen – betraktas som (lovlig eller olovlig) utbetalning (utskiftning) vid likvidation.
(2) Samtliga tre utbetalningstyper kan förekomma i samband med likvidation, men bara utbetalning (utskiftning) vid likvidation kan ske lagligen. En utbetalning i samband med likvidation som har företagits utan att ABL:s bestämmelser i allt väsentligt har iakttagits skulle alltså kunna tänkas utgöra antingen olovlig utbetalning av vinstutdelning, olovlig utbetalning vid nedsättning av någon av de poster som ingår i bundet eget kapital eller olovlig utbetalning (utskiftning) vid likvidation.
(3) I samband med likvidation gäller att blott utbetalningar som i allt väsentligt har företagits i överensstämmelse med ABL:s bestämmelser, särskilt 13:13 ABL, kan betraktas som utbetalning (utskiftning) vid likvidation; alla andra utbetalningar utgör antingen olovlig utbetalning av vinstutdelning eller olovlig utbetalning vid nedsättning av någon av de poster som ingår i bundet eget kapital.

Vilket av de angivna alternativen bör då tillämpas? En analys av 13 kapitlet ABL ger enligt min mening vid handen att utbetalning (utskiftning) vid likvidation är den enda utbetalningstyp som är tänkt att lagligen kunna ske i samband med likvidation. I linje med lagstiftningens systematik och syfte är det därför rimligt att anta, att utbetalningar som sker i samband med likvidation och som i allt väsentligt inte företas i överensstämmelse med ABL:s bestämmelser skall likställas med sådana som lagligen kan företas, dvs. utbetalning (utskiftning) vid likvidation. Detta är en lösning som också står i överensstämmelse med den ovannämnda principen, att utbetalning av vinstutdelning och utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden (eller annan bunden fond) i princip inte får förekomma i samband med likvidation.[123] Att betrakta utbetalningar i samband med likvidation som har företagits utan att ABL:s bestämmelser i allt väsentligt har iakttagits som något annat än olovlig utbetalning (utskiftning) vid likvidation skulle dessutom i onödan komplicera rättstillämpningen. Enligt min mening är således alternativ ett att föredra: Från den tidpunkt bolaget är försatt i likvidation bör alla

[123] Jfr ock 13:12 2 st. ABL om hur aktiekapitalet redovisas under pågående likvidation. Av förarbetena framgår det att det under likvidation inte är nödvändigt att kunna urskilja utdelningsbara poster i balansräkningen. Någon uppdelning mellan fritt och bundet eget kapital behöver inte göras. Uppgiften om aktiekapitalet är enbart av intresse för beräkningen av andelen per aktie i de behållna tillgångarna. Se härom SOU 1971:15 s. 336, prop. 1975:103 s. 511 och Kedner–Roos II 13:12.04 (s. 313) samt Lindskog, JFK 12:1-3.1 (s. 23) och 13:8-4.2.1 (s. 263).

utbetalningar – såväl lagliga som olagliga – betraktas som (lovlig eller olovlig) utbetalning (utskiftning) vid likvidation.[124]

Vid vilken tidpunkt träder då ett aktiebolag i likvidation? Ett likvidationsbeslut av bolagsstämman skall enligt 13:1 2 st. 2 meningen ABL[125] alltid ha omedelbar verkan när grund för tvångslikvidation föreligger enligt 13:2 och 13:4 samt 13:4a ABL. Efter denna tidpunkt bör följaktligen utbetalningar till aktieägarna betraktas som utbetalning (utskiftning) vid likvidation. Vid frivillig likvidation är det däremot tillåtet att i likvidationsbeslutet föreskriva att likvidationen skall inträda en viss senare dag (13:1 2 st. 3 meningen ABL). I sistnämnda fall bör först från den dag bolaget enligt stämmobeslutet är i likvidation utbetalningar till aktieägarna betraktas som utbetalning (utskiftning) vid likvidation. ABL vilar ytterst på principen att aktieägarna har rätt att fatta beslut om en lämplig tidpunkt då bolagets avveckling skall påbörjas, och det finns inte några skäl som talar mot att aktieägarna före denna dag äger besluta om och låta verkställa vinstutdelning eller nedsättning av aktiekapitalet (och) eller reservfonden (med utbetalning).

> Om verksamheten återupptas syns det rimligt att den tidpunkt då beslutet träder i kraft får avgöra huruvida en viss utbetalning till bolagets aktieägare skall bedömas jämlikt reglerna om utbetalning (utskiftning) vid likvidation eller ej. En svårighet i sammanhanget är dock regeln i 13:17 3 st. 2 meningen ABL, som stadgar att ett beslut om att återuppta verksamheten inte får verkställas förrän det har registrerats. Med hänsyn härtill skulle det kunna hävdas, att det inte är den tidpunkt då beslutet skall träda i kraft utan registreringstidpunkten, som är avgörande för avgränsningen mellan utbetalningstypen utbetalning (utskiftning) vid likvidation och de två andra. Att beslutet inte får verkställas förrän registrering skett hindrar emellertid inte att bolaget efter den tidpunkt beslutet har trätt i kraft behandlas som en "going concern". Enligt min uppfattning bör därför utbetalningar till aktieägarna som sker efter det att beslutet har trätt i kraft – och fastän det inte har blivit registrerat – bedömas enligt reglerna om vinstutdelning eller nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden (eller annan bunden fond); sådana utbetalningar måste dock betraktas som lagstridiga.

[124] Men se annorlunda beträffande s.k. vinsteliminering Lindskog, JFK 13:8-4.2.1 (s. 263) och 13:9-5 (s. 269).

[125] Se bl.a. prop. 1975:103 s. 500 och Kedner–Roos II 13:1.02 (s. 284) samt Lindskog, JFK 13:1-5.3.1 (s. 171).

5.4 Om vinstutdelningens gränser – skyddet för tredje man och skyddet för aktieägare samt funktionsfördelningens betydelse

5.4.1 Inledning

Jag har i det föregående redogjort för de bestämmelser i ABL som reglerar vinstutdelning. I princip måste man skilja på två typer av bestämmelser, dels sådana som är uppställda i tredje mans intresse, dels sådana som är uppställda i aktieägarnas intresse. En översiktlig framställning av de bestämmelser i ABL som är av intresse vid beslut om och verkställande av vinstutdelning och vilken typ de tillhör återfinns i avsnitt 5.2.2.2 ovan. Jag avser att i följande avsnitt närmare precisera deras innebörd. Därjämte kommer jag in på reglerna om funktionsfördelningen och deras betydelse vid beslut om och verkställande av vinstutdelning.

5.4.2 Om skyddet för tredje man och kravet på upprättad och fastställd resultaträkning och balansräkning

Av 12:2 1 st. ABL följer att vinstutdelning inte får överstiga vad som i fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som fritt eget kapital i bolaget med avdrag för ett antal poster. Hur stort belopp som sålunda får användas för utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna skall bedömas med utgångspunkt i balansräkningen för det senaste räkenskapsåret. Av balansräkningen framgår vilka poster som utgör bundet respektive fritt eget kapital. Med hänsyn till att balansräkningen vid tillämpningen av 12:2 1 st. ABL syftar till att tillgodose skyddet för tredje man måste det anses som ett ovillkorligen tvingande krav, att utbetalning av vinstutdelning sker på grundval av en upprättad balansräkning för det senaste räkenskapsåret (se om utbetalning av förskottsutdelning i avsnitt 12.3.2.3.3 nedan). Inte ens med samtliga aktieägares samtycke får ett bolag företa utbetalning av vinstutdelning i avsaknad av en upprättad balansräkning.[126] Vad nu sagts gäller även beträffande det i 12:2 1 st. ABL stadgade kravet på att det – i förekommande fall – skall finnas en koncernbalansräkning för det senaste räkenskapsåret.

Balansräkningen bygger i sin tur på en fastställd resultaträkning för det senaste räkenskapsåret. Enligt min uppfattning är det därför vid tillämpningen av 12:2 1 st. ABL nödvändigt att i tredje mans intresse upp-

[126] Se NJA 1976 s. 618 och jfr NJA 1948 s. 651.

rätthålla ett krav på att det skall finnas en upprättad resultaträkning för det senaste räkenskapsåret och – i förekommande fall – en upprättad koncernresultaträkning för det senaste räkenskapsåret.

Av 9:5 2 st. p. 1 ABL följer att inom sex månader efter utgången av varje räkenskapsår skall avhållas ordinarie bolagsstämma vid vilken aktieägarna skall fastställa resultaträkningen och balansräkningen för det gångna räkenskapsåret.[127] Bolagsstämman är skyldig att ta ställning till om balansräkningen och resultaträkningen samt, i förekommande fall, koncernresultaträkningen och koncernbalansräkningen är felaktiga, och skall rätta eventuella felaktigheter.[128] I och med detta kan det enligt min mening hävdas, att bolagsstämmans beslut om att fastställa berörda handlingar fyller en funktion i tredje mans liksom aktieägarnas eget intresse; låt vara att bolagsstämmans faktiska möjligheter att kontrollera och rätta dem är begränsade. Kravet i 12:2 1 st. ABL på att utbetalning av vinstutdelning skall grunda sig på en *fastställd* balansräkning – och eventuellt *fastställd* koncernbalansräkning – får därför betraktas som absolut tvingande. Jag vill mena att samma ändamålsskäl talar för att det ovillkorligen måste krävas, att aktieägarnas dispositioner över bolagsförmögenheten i form av vinstutdelning grundar sig på en *fastställd* resultaträkning och eventuellt *fastställd* koncernresultaträkning (till vilka 12:2 1 st. ABL i och för sig inte hänvisar).

5.4.3 Om skyddet för tredje man – utbetalning av vinstutdelning och fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL[129]

5.4.3.1 Om fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL – en översikt

Om årets vinst (nettovinst för året, redovisat årsresultat)

Utbetalning av vinstutdelning får enligt 12:2 1 st. ABL inte överstiga vad som i fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som bolagets nettovinst för året, balanserad vinst och fria fonder med avdrag för redovisad förlust, belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital och belopp som enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktie-

[127] De av styrelsen avgivna redovisningshandlingarna skall ses som förslag. Se Johansson, Bolagsstämma s. 283.

[128] Jfr 85 § 1 st. 1910 års lag och 126 § 1 mom. 1 st. 1944 års lag samt se SOU 1971:15 s. 229 och prop. 1975:103 s. 395. Se Johansson, Bolagsstämma s. 283f och Kedner–Roos I 9:5.02 (s. 238f).

[129] Se om terminologin avsnitt 1.2.

ägarna. Med begreppet "nettovinst för året" i 12:2 1 st. ABL[130] avses, såvitt jag kan förstå, det som i redovisningspraxis[131] brukar betecknas som "årets vinst" i den fastställda balansräkningen. Båda begreppen torde beskriva det överskott som uppkommit i bolaget under räkenskapsåret och som utan ytterligare avdrag kan tillföras eget beskattat kapital samt stå till förfogande för beslut om och verkställande av vinstutdelning, i förekommande fall efter avdrag för belopp som skall täcka balanserad förlust och belopp som skall avsättas till bundna fonder m.m.[132] En annan term för "årets vinst" är i BFL "redovisat årsresultat" (se 19 §).[133]

> Det kan ifrågasättas om det är nödvändigt att använda två begrepp i lagstiftning och ytterligare ett i redovisningspraxis för att beskriva samma sak. Det behövs väl knappast mer än ett, lämpligen "årets vinst".

Om balanserad vinst

En till skillnad från "nettovinst för året" allmänt accepterad term är "balanserad vinst" i 12:2 1 st. ABL. Med begreppet "balanserad vinst" avses sparade vinstmedel – från ett eller flera tidigare räkenskapsår – med avdrag för belopp som tidigare år har gått åt för att täcka förluster, belopp som enligt lag eller bolagsordningen har avsatts till bundet eget kapital eller som har utnyttjats för fondemission eller nyemission, belopp som enligt bolagsordningen eljest har använts för annat ändamål än utdelning till aktieägarna (4:1 4 st., 4:16 1 st. och 12:2 1 st. p. 1–3 ABL) och det sammanlagda belopp som har utbetalats[134] till aktieägarna[135] som utdelning under tidigare år.

Om fria fonder

I praktiken är det inte ovanligt att vinstmedel, som inte har använts för utbetalning av vinstutdelning, förs till en fond, som benämns disposi-

[130] Se ock 11:7 2 st. 3 meningen ABL.

[131] Se främst FAR:s rekommendation Nr 1. Om årsredovisning i aktiebolag, resultaträkningsschemat och balansräkningsschemat.

[132] Jfr om begreppet nettovinst i prop. 1975:103 s. 447f, SOU 1971:15 s. 291f och Kedner–Roos II 18 § BFL p. 02 (s. 93f).

[133] I 2:9 förslaget till årsredovisningslag begagnas termen "årets resultat". Enligt 2:45 1 st. 3 meningen förslaget till årsredovisningslag skall dock under fritt eget kapital tas upp bl.a. "vinst eller förlust för räkenskapsåret". Se närmare SOU 1994:17 Del I.

[134] I princip alla utbetalningar – lovliga som olovliga. (Vad angår olovliga utbetalningar bör det emellertid påpekas att bolagets återbäringsanspråk eller bristtäckningsanspråk möjligen kan aktiveras i balansräkningen; se avsnitt 12.3.2.1 nedan.)

[135] Analogivis bör även vad som vederlagsfritt utbetalats till utomstående inräknas i detta belopp. Jfr avsnitt 5.4.5 nedan.

tionsfond eller dylikt.[136] En sådan fond står i princip på samma sätt till aktieägarnas förfogande för utbetalning av vinstutdelning som övriga poster ingående i fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning (12:2 1 st. ABL). Beslut om avsättning till fria fonder skall i princip fattas på den ordinarie stämman efter förslag från styrelsen (jfr 9:5 2 st. p. 2 med 11:9 3 st. ABL).

Innebörden av att ett aktiebolag har gjort avsättning till en dispositionsfond eller dylikt brukar i litteraturen beskrivas som en icke juridiskt bindande föresats från bolagets sida att tillgångar motsvarande denna post inte skall användas för utbetalning av vinstutdelning. En föresats som bolaget har full frihet att frångå.[137] Enligt 12:2 1 st. ABL får aktieägarna (med styrelsens samtycke) alltså disponera över tillgångar motsvarande fria fonder för utbetalning av vinstutdelning.

Om redovisad förlust

Från nettovinst, balanserad vinst och fria fonder skall enligt 12:2 1 st. p. 1 ABL subtraheras "redovisad förlust". Vad som närmare avses med detta begrepp framgår inte av lagtexten.[138] I redovisningssammanhang brukar användas begreppet "ansamlad förlust", varmed avses att det fria egna kapitalet enligt fastställd balansräkning är negativt.[139] Begreppet "ansamlad förlust" omfattar "balanserad förlust" och "årets förlust". Ansamlad förlust innefattar sålunda förluster som härrör från tidigare år än räkenskapsåret och förlust som hänför sig till det senaste räkenskapsåret.

Begreppet "redovisad förlust" kommer mig veterligen bara till användning i 12:2 1 st. p. 1 ABL. Vid tillämpningen av utsvältningsregeln i 12:3 2 st. 1 meningen ABL och reservfondavsättningsregeln i 12:4 1 st. p. 1 ABL[140] skall man beakta "balanserad förlust". Därför torde man kunna anta att "redovisad förlust" i 12:2 1 st. p. 1 ABL syftar på något annat och mer än enbart "balanserad förlust". Troligtvis innefattar "redo-

[136] Se uppräkningen i Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 87, vilken förutom dispositionsfond nämner delcrederefond och vinstregleringsfond. Jfr ock Kedner–Roos II 11:7.03 (s. 134) och 12:2.01 (s. 225) samt not 84 ovan.

[137] Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 87 och se Kedner–Roos II 12:2.01 (s. 225f).

[138] Enligt 11:7 2 st. 3 meningen ABL skall under fritt eget kapital eller ansamlad förlust upptagas fria fonder, var för sig, balanserad vinst eller förlust samt nettovinst eller förlust för räkenskapsåret. Balanserad förlust och förlust för räkenskapsåret skall därvid enligt 11:7 2 st. 4 meningen ABL upptagas som avdragsposter.

[139] Kedner–Roos II 11:7.03 (s. 134f).

[140] I 12:4 3 st. p. 1 ABL används uttrycket "sådan förlust enligt fastställd balansräkning som ej kan täckas av fritt eget kapital".

visad förlust" i 12:2 1 st. p. 1 ABL både "balanserad förlust" och "förlust för räkenskapsåret" (det senare även betecknat som "årets förlust"[141]).[142]

Förklaringen till att det i redovisningspraxis förekommande begreppet "ansamlad förlust" inte kommer till användning i 12:2 1 st. p. 1 ABL är – såvitt jag kan förstå – att detta förutsätter ett negativt fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning. Och om det fria egna kapitalet enligt fastställd balansräkning är negativt kan, som redan framgått, bolaget inte företa någon utbetalning av vinstutdelning.

Vid tillämpningen av 12:2 1 st. ABL får avdragsposten "redovisad förlust" två konsekvenser. För det första gäller att ett bolag äger företa utbetalning av vinstutdelning oavsett om verksamheten för det senaste räkenskapsåret gått med förlust förutsatt att bolaget disponerar över fria fonder och balanserad vinst från tidigare år. Det utdelningsbara beloppet motsvaras enligt 12:2 1 st. ABL av fria fonder och balanserad vinst med avdrag för årets förlust såvida inte annat följer av försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL (vilket inte är osannolikt). För det andra gäller att om ett bolag har en balanserad förlust från tidigare år skall förlusten subtraheras från årets vinst och fria fonder. Överskottet kan användas för utbetalning av vinstutdelning, om inte annat följer av försiktighetsregeln.[143]

> I litteraturen förkommer det att olovliga utbetalningar som leder till ett negativt fritt eget kapital betecknas som "förlust" i balansräkningen.[144] Termen "förlust" fungerar utmärkt som ett pedagogiskt hjälpmedel för att illustrera vad som inträffar vid utbetalningar som tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital. I tekniskt hänseende torde det emellertid vara oriktigt att beskriva den ekonomiska obalans som otillåtna dispositioner ger upphov till som "förlust". En "förlust" torde förutsätta att det är en *i bolagets rörelse* uppkommen ekonomisk obalans och detta har inte något att göra med olovliga utbetalningar till aktieägarna.[145] Enligt min mening vore det bättre att föra ut olovliga utbetalningar som en negativ post i balansräkningen betecknad som just olovlig utbetalning, eventuellt specificerad som "olovlig utdelning" eller dylikt.[146]

[141] Se balans- och resultaträkningsschemat i FAR:s rekommendation Nr. 1 Om årsredovisning i aktiebolag.

[142] Kedner–Roos II 12:2.01 (s. 226).

[143] Jfr hänvisningen i föregående not. Om inte ytterligare avdrag följer av 12:2 1 st. p. 2 och 3 ABL.

[144] Jfr t.ex Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 85.

[145] Det kan dock ifrågasättas, om inte den genom en olovlig utbetalning uppkomna bristen i eget kapital motsvaras av ett anspråk för bolaget avseende återbäring eller bristtäckning, som kan aktiveras i balansräkningen. Se avsnitt 12.3.2.1 nedan.

[146] Jfr emellertid om bolagets återbäringsanspråk och bristtäckningsanspråk i föregående not.

Om avsättning till reservfond enligt ABL

Vid beräkning av det belopp som står till aktieägarnas förfogande skall avdrag ske med – förutom redovisad förlust – belopp som enligt lag[147] skall avsättas till bundet eget kapital. I 12:4 1 st. p. 1 ABL stadgas att till reservfonden skall avsättas ett belopp som minst motsvarar tio procent av den del av årets vinst som inte går åt för att täcka balanserad förlust, om reservfonden inte uppgår till tjugo procent av aktiekapitalet. Årets vinst skall enligt 12:4 2 st. ABL ökas med vad som kan ha tillerkänts styrelseledamot, verkställande direktör eller annan som tantiem. Avsättning behöver dock inte ske med ett större belopp än att reservfonden inklusive årets avsättning når upp till tjugo procent av aktiekapitalet. Skulle reservfonden genom nedsättning för ändamål som täckande av förlust, ökning av aktiekapitalet genom nyemission eller fondemission eller annat ändamål ha kommit att understiga vad som föreskrivs i 12:4 1 st. p. 1 ABL, skall bolaget återigen börja avsätta medel till denna. Motsvarande gäller om bolaget har företagit en höjning av aktiekapitalet och reservfonden av denna orsak inte motsvarar tjugo procent av aktiekapitalet[148].[149]

Om avsättning till reservfond enligt bestämmelse i bolagsordning eller genom beslut på bolagsstämma

Det finns – som följer av 12:4 1 st. p. 6 ABL – inget som hindrar att bolagsordningen stadgar större avsättningsskyldighet till reservfonden än vad som följer av 12:4 1 st. p. 1 ABL. I princip torde det i bolagsordningen kunna införas en bestämmelse, vari stadgas avsättningsskyldighet av ett belopp motsvarande hela årsvinsten (i den mån årsvinsten inte går åt för att täcka balanserad förlust).[150] Måste bolagsordningen ändras skall beslut härom tas på bolagsstämman i enlighet med de krav som föreskrivs i 9:15 2 st. p. 2 ABL.[151] För beslutets giltighet förutsätts att det har

[147] Härmed avses ABL eller – såvitt jag kan förstå – speciallag.

[148] Detsamma gäller om ytterligare avsättningsskyldighet stadgas i bolagsordningen.

[149] Se närmare om avsättningsskyldigheten t.ex. Kedner–Roos II 12:4.02 (s. 248ff) och Lindskog, JFK 12:4-4 (s. 88ff).

[150] Jfr SOU 1971:15 s. 314, prop. 1975:103 s. 483 och Kedner–Roos II 12:4.07 (s. 250) samt Lindskog, JFK 12:4-5.6 (s. 92).

[151] Se SOU 1971:15 s. 314 och prop. 1975:103 s. 410. I litteraturen se t.ex. Kedner–Roos I 9:15.05 (s. 259) och Kedner–Roos II 12:4.07 (s. 250).

biträtts av aktieägare med två tredjedelar av de avgivna rösterna och nio tiondelar av de på stämman företrädda aktierna.[152]

> För det fall att bolaget enligt en föreslagen bestämmelse i bolagsordningen skall avsätta ett belopp till reservfonden som motsvarar hela eller så gott som hela vinsten kan det ifrågasättas om man inte i stället för 9:15 2 st. p. 2 ABL analogivis borde tillämpa 9:15 1 st. p. 1 ABL, varav följer att beslut om ändring av bolagsordningen varigenom aktieägarnas rätt till bolagets vinst minskas måste ha biträtts av samtliga vid stämman närvarande aktieägare företrädande nio tiondelar av aktierna. I sak innebär ju ändringen av bolagsordningen att bolaget skall ha ett annat syfte än att bereda aktieägarna vinst (jfr 12:1 2 st. ABL).

Belopp som enligt bolagsordningen[153] skall avsättas till reservfonden skall enligt 12:2 1 st. p. 2 ABL reducera nettovinsten för året, balanserad vinst och fria fonder. Detta framgår av lagtexten på så sätt att avdrag skall ske för belopp som enligt "bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital".

12:4 1 st. p. 7 ABL tillerkänner bolagstämman kompetens[154] att fatta beslut om större avsättning till reservfonden än vad som följer av p. 1.[155] Det framgår inte av regeln med vilken majoritet ett sådant beslut skall fattas, men troligtvis är det tillräckligt med enkel majoritet (9:13 1 st. 1 meningen ABL).[156]

> Enligt min mening vore det i förevarande fall dock mer rimligt att ställa samma majoritetskrav som gäller för att införa en bestämmelse om större avsättningsskyldighet i bolagsordningen (se ovan). Lagstiftningen bygger på att aktieägarna i princip (inte faktiskt) har rätt till andel i bolagets vinst (jfr det allmänna s.k. "allgemeine mitgliedschaftliche Anspruch auf

[152] Jfr beträffande det stadgade majoritetskravet den s.k. utsvältningsregeln i 12:3 2 st. ABL och däri angivna minoritetskrav och en tiondel av samtliga aktier. Det stadgade majoritetskravet tillkom mot bakgrund av sistnämnda bestämmelse (jfr SOU 1971:15 s. 242). Enligt gällande rätt krävs det dock enligt 9:15 2 st. ABL (två tredjedelar av de avgivna rösterna och) nio tiondelar av de på stämman företrädda aktierna och enligt 12:3 2 st. ABL en tiondel av samtliga aktier.

[153] Med samtliga aktieägares samtycke synes det vara möjligt att åsidosätta en dylik föreskrift. Jfr Lindskog, JFK 12:2-5.2.2 (s. 48f).

[154] Om detta också innebär en kompetens för bolagsstämman att besluta om högre avsättning till reservfonden än vad som följer av en bestämmelse i bolagsordningen är oklart. Dock torde så vara fallet.

[155] Avsättning av nämnt slag får inte inkräkta på minoritetens rätt enligt 12:3 2 st. ABL. Se prop. 1975:103 s. 480 respektive 483; Kedner–Roos II 12:4.08 (s. 250f); Lindskog, JFK 12:4-5.7 (s. 92) och Rodhe s. 248. Jfr SOU 1971:15 s. 314 och s. 318.

[156] Samma Lindskog, JFK 12:4-5.7 (s. 92).

Gewinnbeteiligung"[157]). För att denna rätt skall kunna inskränkas genom en bestämmelse i bolagsordningen förutsätts att beslut härom tas på bolagsstämman med en särskilt kvalificerad majoritet, vilken skall vara mycket kvalificerad, om bolagsordningsändringen rör principen i sin helhet (9:15 2 st. p. 2 respektive 9:15 1 st. p. 1 ABL). Om man godtar att bolagsstämman med enkel majoritet kan fatta beslut om avsättning till reservfonden – som alltså delvis strider mot berörda princip – då bestämmelse om avsättningsskyldighet utöver den lagstadgade saknas i bolagsordningen, innebär det i praktiken att majoritetsaktieägare vid efter varandra följande bolagsstämmor kan tillämpa en sådan bestämmelse men med ett lägre majoritetskrav (jfr 9:15 2 st. p. 2 ABL).[158]

Vad som enligt bolagsstämmans beslut och i enlighet med 12:4 1 st. p. 7 ABL har avsatts till reservfonden utöver vad som stadgas i 12:4 1 st. p. 1 ABL eller föreskrivs i bolagsordningen[159] kan inte räknas som fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL[160].[161]

Om avsättning till annan bunden fond än reservfonden enligt bolagsordning

Till bundet eget kapital räknas enligt legaldefinitionen i 11:7 2 st. 2 meningen ABL aktiekapital, reservfond och uppskrivningsfond. Hit hör också annan bunden fond enligt föreskrift i bolagsordningen[162] (jfr 9:15 2 st. p. 2 ABL: "avsättas till reservfond eller på annat sätt hållas inne").[163]

En bunden fond av nämnt slag kan enligt litteraturen vara "villkorligt" bunden,[164] varmed avses att tillgångar motsvarande denna i princip inte får användas för utbetalning av vinstutdelning (något specifikt angivet ändamål synes inte vara erforderligt), om inte några i bolagsordningen närmare angivna förutsättningar är för handen. Med en "ovillkorligt" bunden fond måste motsatsvis förstås att tillgångar motsvarande denna inte alls får användas för utbetalning av vinstutdelning.

[157] Se Lutter i Kölner Komm 58 § RdNr 80. Jfr Nial, Aktiebolagsrätt s. 98 och Om aktiebolag s. 49 samt ovan avsnitt 4.3.4.2.

[158] Se för ytterligare kritik Lindskog, JFK 12:4-5.7 (s. 92).

[159] Se not 153.

[160] Den omständigheten att detta inte framgår av 12:2 1 st. p. 2 ABL saknar betydelse.

[161] Jag förutsätter således att stämman har fattat ett dylikt beslut; eljest måste ifrågavarande belopp räknas som fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL.

[162] Föredraganden i prop. 1975:103 s. 476 och lagrådet i prop. 1975:103 s. 765 samt Kedner–Roos II 11:7.03 (s. 134).

[163] Föredragande i prop. 1975:103 s. 476 och lagrådet i prop. 1975:103 s. 765 samt Kedner–Roos II 11:7.03 (s. 134).

[164] Se Kedner–Roos II 12:2.01 (s. 227).

Tillgångar motsvarande en ovillkorligt bunden fond bör dock kunna användas för utbetalning av vinstutdelning, om samtliga aktieägare samtycker till detta eller om bolagsstämman ändrar bolagsordningen och beslutet i vederbörlig ordning registreras (9:14 3 st. 1 meningen ABL).[165] Ett giltigt beslut om ändring av bolagsordningen måste kunna fattas med i 9:14 1 st. 2 meningen ABL angiven majoritet.

Av 12:2 1 st. p. 2 ABL följer att nettovinsten för året, balanserad vinst och fria fonder också skall reduceras med belopp som enligt föreskrift i bolagsordningen[166] skall avsättas till annan bunden fond än reservfonden (avdrag skall ske för "belopp som enligt /.../ bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital").

Om avsättning till annan bunden fond än reservfonden enligt beslut på bolagsstämma

ABL innehåller inte någon bestämmelse om att bolagsstämman kan besluta avsätta medel utöver vad som redan föreskrivs i bolagsordningen till annan bunden fond än reservfonden. Det torde enligt gällande rätt dock kunna antas att bolagsstämman har en sådan kompetens (såvida inte regeln avseende stämmans kompetens att fatta beslut om ytterligare avsättning till reservfonden i 12:4 1 st. p. 7 ABL skall betraktas som exklusiv, vilket förefaller vara osannolikt). Förmodligen är det tillräckligt att beslut härom fattas med enkel majoritet (9:13 1 st. 1 meningen ABL).

> För giltigheten av ett avsättningsbeslut av berört slag är det enligt min mening lämpligare att kräva samma kvalificerade majoritet som gäller för att införa en bestämmelse i bolagsordningen avseende högre avsättningsskyldighet till reservfonden än den lagstadgade eller att en del av nettovinsten för räkenskapsåret "på annat sätt skall hållas inne" (9:15 2 st. p. 2 ABL).[167] Om man tillåter att en enkel majoritet på bolagsstämman kan avsätta ytterligare medel – dvs. utöver vad som föreskrivs i bolagsordningen – innebär det i praktiken, att majoritetsaktieägare vid efter varandra följande bolagsstämmor kan tillämpa en sådan bestämmelse men med ett lägre majoritetskrav (jfr 9:15 2 st. p. 2 ABL).[168]

Vad som enligt bolagsstämmans beslut har avsatts till annan bunden fond

[165] Jfr i sammanhanget Lindskog, JFK 12:4-5.2.2 (s. 49).

[166] Med samtliga aktieägares samtycke synes det vara möjligt att åsidosätta en dylik föreskrift. Jfr Lindskog, JFK 12:2-5.2.2 (s. 48f).

[167] Det är ju för övrigt denna majoritet i enlighet med vilken man redan har infört en bestämmelse i bolagsordningen om avsättningsskyldighet till fonden i fråga.

[168] Jfr ovan.

än reservfonden utöver vad som föreskrivs i bolagsordningen[169] kan enligt min mening inte räknas som fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL[170] (jfr ovan beträffande 12:4 1 st. p. 7 ABL vad gäller belopp som enligt beslut av bolagsstämman har avsatts till reservfonden utöver vad som stadgas i 12:4 1 st. p. 1 ABL).[171]

> Det är sannolikt att bolagsstämman även kan avsätta ett belopp till en enligt stämmobeslutet bunden fond utan att någon bestämmelse härom finns i bolagsordningen. I så fall kan detta belopp inte räknas som fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL. Den genom stämmobeslutet konstituerade fonden får närmast anses som bunden intill dess att bolagsstämman beslutar annat.[172]

Belopp som enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än vinstutdelning till aktieägarna

Enligt 12:2 1 st. p. 3 ABL skall avdrag även ske för belopp som enligt bolagsordning[173] eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna.[174] Punkten kom till i slutskedet av arbetet med ABL och infördes på inrådan av lagrådet med följande motivering:[175]

> "/.../ skall alltså beaktas även avsättning enligt bolagsordningen till annan fond än reservfonden. En sådan avsättning kan innefatta vad som i 1 § andra stycket avses med 'användning av vinst' i bolag vars verksamhet delvis har annat syfte än att bereda vinst åt aktieägare. Meningen kan vara att i framtiden fonden skall tillgodose exempelvis vetenskapliga ändamål. Emellertid kan en vinstanvändning – för annat ändamål än utdelning till aktieägarna – i bolag varom här är fråga tänkas i stället enligt enligt bolagsordningen skola ha den formen att beloppet utbetalas direkt för det avsedda ändamålet t.ex. till någon vetenskaplig inrättning. Självfallet bör inte heller sådana belopp kunna disponeras för utdelning till aktieägarna. Också detta bör framgå av lagtexten."

Regeln i 12:2 1 st. p. 3 ABL berör, som framgår av lagrådets uttalande, typiskt sett aktiebolag vars verksamhet helt eller delvis skall ha ett annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna (12:1 2 st. ABL). Ett stämmo-

[169] Jfr dock reservationen ovan.

[170] Den omständigheten att detta inte framgår av 12:2 1 st. p. 2 ABL saknar betydelse.

[171] Jag förutsätter således att stämman har fattat ett dylikt beslut; eljest måste ifrågavarande belopp räknas som fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL.

[172] Se föregående not.

[173] Med samtliga aktieägares samtycke synes det vara möjligt att åsidosätta en dylik föreskrift. Jfr Lindskog, JFK 12:2-5.2.2 (s. 48f).

[174] Se om hithörande bestämmelser i bolagsordning Bergendal s. 173ff och s. 205ff.

[175] Prop. 1975:103 s. 769f.

beslut om att införa en bestämmelse av angivet slag i bolagsordningen måste för sin giltighet ha biträtts av samtliga vid stämman närvarande aktieägare företrädande nio tiondelar av aktierna (9:15 1 st. p. 1 ABL).[176]

> Det stränga majoritetskravet gäller bara beträffande redan utgivna aktier. I annat fall måste, såvitt jag kan förstå, majoritetskravet i 9:15 2 st. p. 3 ABL tillämpas.

Det finns inte något som hindrar att aktiebolag inför en bestämmelse i bolagsordningen, vari det stadgas en begränsad utbetalningsskyldighet till utomstående av bolagets "vinst". En sådan bestämmelse kan vara uppställd för vilket syfte som helst och behöver inte avse ett allmännyttigt ändamål. 9:15 1 st. p. 1 ABL syftar över huvud taget på ändringar av bolagsordningen som minskar aktieägarnas rätt till bolagets "vinst eller övriga tillgångar"[177] och anger inga som helst krav i fråga om *ändringens innehåll*. Det står således aktieägarna fritt att i bolagsordningen inta bestämmelser om att bolagets "vinst" skall betalas ut till utomstående såsom pensionsförmåner till aktieägares föräldrar, skolförmåner till aktieägares eller anställdas barn eller bidrag till exempelvis utgivning av tidskrift eller tidning.[178] Ytterligare ett exempel är att bolagets "vinst" skall utbetalas till en säljare av bolagets aktier i avräkning på hans köpeskillingsfordran för aktierna gentemot den nuvarande aktieägaren (aktieförvärvaren).[179]

> Bestämmelsen i 12:6 ABL, vilken innebär att bolagstämman med enkel majoritet kan besluta om gåva till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål såvida det med hänsyn till ändamålets beskaffenhet, bolagets ställning eller omständigheterna i övrigt får anses skäligt, kan tyckas märklig i jämförelse med det kvalificerade majoritetskravet i 9:15 1 st. p. 1 ABL. En väsentlig skillnad mellan 9:15 1 st. p. 1 och 12:6 ABL är emellertid att den senare bestämmelsen blott tillerkänner stämman en begränsad kompetens. I princip torde det krävas samtycke av samtliga aktieägare för beslut om gåvor som inte täcks av 12:6 ABL.[180]
>
> En svårighet med att tillämpa 12:6 ABL är att stadgandet anses som ett

[176] SOU 1971:15 s. 240 och prop. 1975:103 s. 409. I litteraturen se t.ex Dotevall s. 405 och Kedner–Roos I 9:15.02 (s. 257f) samt Lindskog, JFK 12:1-5.2.2 (s. 28).

[177] Uttrycket "vinst" används i sammanhanget i allmän betydelse; jfr Dotevall s. 405ff om 12:1 2 st. ABL.

[178] Jfr för allehanda exempel Bergendal s. 173ff. Förmåner till aktieägare eller aktieägares barn kan dock ifrågasättas som varande utbetalning av utdelning.

[179] Jfr dock om utbetalning av utdelning i föregående not.

[180] Se ovan avsnitt 5.2.2.2. Möjligen är det tillräckligt med så stor majoritet som stadgas i 9:15 1 st. ABL

undantag[181] från den eljest gällande principen om förbud mot användande av bolagets tillgångar eller om åtagande av förpliktelser för ändamål, som uppenbarligen är främmande för verksamhetens syfte.[182] Måhända skulle man då – åtminstone logiskt sett – kunna tro att aktieägarna för klanderrätt enligt 9:17 1 och 2 st. ABL eller skadeståndstalan enligt 15:1 ABL måste visa att gåvan, som skett till utomstående, *uppenbarligen är främmande för verksamhetens syfte*. Detta torde emellertid inte vara nödvändigt. Vid tillämpningen av 9:17 1 st. och 2 st. ABL om klander av stämmobeslut eller skadeståndstalan enligt 15:1 ABL är det *tillräckligt* att det *visas att gåvan strider mot 12:6 ABL*. (Jfr 9:17 1 st: "/.../ strider mot denna lag /.../" och 15:1 2 meningen ABL: "/.../ överträdelse av denna lag /.../".)

Det anförda synes vidare innebära att det oftast räcker med att aktieägare åberopar bestämmelsen i 12:6 ABL. Skulle bolagsstämman fatta beslut om användande av bolagets tillgångar eller åtagande av förpliktelser för ändamål, som uppenbarligen är främmande för verksamhetens syfte, torde ju beslutet *i regel också* stå i strid mot 12:6 ABL. Aktieägare kan klandra beslutet som varande i strid mot 12:6 ABL och behöver således inte åberopa den allmänna principen, vilken synes vara mer ofördelaktig för dem.

Om bundet eget kapital

Av 12:2 1 st. ABL följer motsatsvis att utbetalning av vinstutdelning inte får inkräkta på det bundna egna kapitalet, som förutom vad som anges i 11:7 2 st. 2 meningen ABL – dvs. aktiekapital, reservfond och uppskrivningsfond – omfattar annan bunden fond, varom det stadgas i bolagsordningen[183].[184] Storleken på det bundna egna kapitalet framgår av den fastställda balansräkningen.

På särskilt senare tid har det i litteraturen hävdats att det existerar en materiell skillnad mellan, å ena sidan, vad som är fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL och, å andra sidan, principen om skyddet för det bundna egna kapitalet (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden jämlikt 12:4 1 st. p. 1 ABL), vilken också anses komma till uttryck i 12:2 1 st. ABL. Det kan enligt min mening ifrågasättas, om inte denna distinktion vad gäller 12:2

[181] Se ovan avsnitt 5.2.2.2.

[182] Jfr 76 § 1 st. 1944 års lag och se HD:s uttalande i NJA 1987 s. 394 på s. 402, varav framgår att det är fråga om en allmän associationsrättslig princip. I litteraturen se t.ex. Johansson, Bolagsstämma s. 115 och Nial, Svensk associationsrätt s. 139.

[183] Se dock det finstilta partiet i slutet i underavsnittet med rubriken "Om avsättning till annan bunden fond än reservfonden enligt beslut på bolagsstämma".

[184] Se avsnitt ovan. Möjligen kan i vissa fall även ingå s.k. "Pågående nyemission", varmed avses att bolaget genomför nyemission som tecknats före balansdagen men som registrerats först efter denna dag. Se SOU 1971:15 s. 284f. Härutöver bör uppmärksammas vad som föreslagits i SOU 1994:17 Del I om s.k. överkursfond och kapitalandelsfond. Se härom avsnitt 2.3.3 ovan.

1 st. ABL är "konstruerad" (jfr dock ovan avsnitt 3.6.3 om den s.k. balance sheet surplus test med avsnitt 3.6.4 om den s.k earned surplus test).[185] I den utsträckning det verkligen existerar en skillnad mellan dessa två olika sätt att se på 12:2 1 st. ABL följer – oavsett vilket – (numera) av art. 15 p. 1 (c) i det andra bolagsdirektivet (på samma sätt som 12:2 1 st. ABL är konstruerad) att endast det förra kan vara riktigt. Se härom närmare avsnitt 12.3.2.1 nedan.

Aktiekapitalet skall i balansräkningen föras ut till det registrerade aktiekapitalet med angivande av antalet aktier och det nominella beloppet i kr.[186] Reservfonden förs ut till det sammanlagda belopp varmed avsättning skett under de räkenskapsår som föregått räkenskapsåret reducerat med det sammanlagda belopp varmed den har tagits i anspråk.[187] Årets avsättning förs inte direkt in i balansräkningen utan redovisas i nästa års balansräkning.[188]

Vad beträffar uppskrivningsfonden gäller andra principer. Enligt 20 § 1 st. p. 3 BFL skall i resultaträkningen och balansräkningen lämnas uppgifter och upplysningar om uppskrivning av anläggningstillgångar som verkställts under räkenskapsåret med angivande av uppskrivningsbeloppet och dess användning (jfr därtill 11:8 1 st. p. 6 ABL). En uppskriven tillgång syns i redovisningsspraxis direkt tas upp till det högre värdet i balansräkningen samtidigt som ett häremot svarande belopp avsätts till uppskrivningsfonden.[189] Avsättningen är godkänd i och med att bolagsstämman fastställer balansräkningen.

I fråga om andra bundna fonder, varom det stadgas i bolagsordningen,[190] torde man analogivis kunna tillämpa samma principer som gäller beträffande reservfonden (se ovan och jfr 12:2 1 st. p. 2 och 12:4 p. 6–7 ABL). Andra bundna fonder skall i så fall tas upp till det samman-

[185] Annorlunda Danielsson, SvJT 1954 s. 571ff.

[186] Se 11:7 3 st. ABL och jfr balansräkningsschemat och not F FAR:s rekommendation Nr. 1 om årsredovisning i aktiebolag. Att det registrerade aktiekapitalet skall anges – och inget annat som exempelvis inbetalt aktiekapital – följer indirekt av ABL; jfr 2:9 2 st. p. 1 och 3 st., 4:12 1 st. p. 2–4 och 3 st., 4:13 och 4:16 3 och 4 st. ABL. Jfr ock 11:7 1 st. ABL, vari stadgas att bland tillgångarna skall som en egen huvudgrupp anges fordringar på icke fullgjorda inbetalningar på tecknade aktier. Jfr Danielsson, Aktiekapitalet s. 40ff om 1944 års lag.

[187] Se 9:5 2 st. p. 1–2 ABL och FAR:s rekommendation Nr 1 om årsredovisning i aktiebolag not G till balansräkningsschemat samt 12:4 3 st. ABL. Jfr ock 12:2 1 st. ABL: "/.../ i fastställd balansräkning /.../ nettovinst för året /.../" och 12:4 1 st. p. 1 ABL.

[188] Se 9:5 2 st. p. 1–2, 12:2 1 st. p. 2 samt 12:4 1 st. p. 1 och p. 6–7 ABL ävensom not G till balansräkningsschemat i FAR:s rekommendation Nr 1 om årsredovisning i aktiebolag.

[189] Jfr SOU 1971:15 s. 282 och prop. 1975:103 s. 444 samt se Kedner–Roos II 11:4.03 (s. 71).

[190] Se härtill ovan om avsättning till annan bunden fond än reservfond enligt beslut på bolagsstämma.

lagda belopp varmed avsättning skett under de räkenskapsår som föregått räkenskapsåret reducerat med det sammanlagda belopp varmed fonderna tagits i anspråk.

12:2 1 st. ABL anses ge uttryck åt principen om skyddet för det bundna egna kapitalet. Detta är en någorlunda träffande beskrivning beträffande de i bundet eget kapital ingående posterna aktiekapital, reservfond (inklusive vad som skall avsättas enligt lag eller bolagsordning[191]), uppskrivningsfond och andra bundna fonder (inklusive vad som skall avsättas enligt bolagsordning[192]), men inte för belopp som direkt skall utbetalas för visst ändamål enligt 12:2 1 st. p. 3 ABL.[193] En utbetalning av angivet slag redovisas inte i bolagets bundna egna kapital. Vad som direkt skall utbetalas för visst ändamål är blott "bundet" i den meningen att det inte får användas för utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna.[194]

5.4.3.2 Särskilt om fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL i moderbolag

Ett moderbolag får – om man bortser från försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL[195] – enligt 12:2 1 st. ABL inte fatta beslut om eller verkställa vinstutdelning med ett större belopp än det mindre av de båda belopp som utgörs av dels fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. framräknat på grundval av moderbolagets egna balansräkning, dels fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. framräknat på grundval av koncernens balansräkning. Det förra beloppet beräknas i enlighet med vad som sagts i det föregående. Det senare beloppet räknas fram på så sätt att att man först adderar vad som i fastställd koncernbalansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som koncernens nettovinst för året, dess balanserade vinst och fria fonder. Det sålunda framräknade beloppet reduceras därefter med redovisad förlust i koncernen enligt fastställd koncernbalansräkning för det senaste räkenskapsåret, belopp som av det fria egna kapitalet i koncernen enligt årsredovisningarna för företag inom denna skall överföras

[191] Därtill kommer vad som avsätts enligt stämmobeslut. Se härom ovan. Notera i sammanhanget vad som sägs i not 153.

[192] Se dock not 166. Därtill kommer sådan avsättning som sker enligt beslut på bolagsstämma till annan bunden fond än reservfond.

[193] Vad angår belopp som avsätts till reservfond eller annan bunden fond än reservfond enligt stämmobeslut utan att detta följer av lag eller bolagsordning kan man dock tycka att detta skall anses som utdelningsbart enligt 12:2 ABL, eftersom att bolagsstämman före ifrågavarande beslut mycket väl hade kunnat fatta ett beslut om vinstutdelning, som skulle ha tagit i anspråk tillgångar motsvarande avsättningsbeloppet. Se not 161 ovan beträffande reservfonden och not 171 ovan i fråga om annan bunden fond än reservfond.

[194] Vilket egentligen är kännetecknet för bundet eget kapital!

[195] Se om denna 5.4.4.3.7 nedan.

till bundet eget kapital och belopp som enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna[196].[197]

5.4.4 Om skyddet för tredje man – utbetalning av vinstutdelning och försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL

5.4.4.1 Inledning

Lagstiftaren har dock inte nöjt sig med begränsa det belopp som får användas för utbetalning av vinstutdelning till fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL:[198] Principen om skyddet för det bundna egna kapitalet. Enligt 12:2 2 st. 1 meningen ABL får utbetalning av vinstutdelning inte heller ske med så stort belopp att utbetalningen med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed.

> Vad som enligt 12:2 1 st. ABL utgör fritt eget kapital[199] och som i enlighet med försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL äger utbetalas till aktieägarna betecknar jag, som tidigare nämnts, som *utdelningsbart fritt eget kapital*[200].

5.4.4.2 Historik

Försiktighetsregeln har sitt ursprung i 1944 års lag beträffande koncerner. Lagberedningen föreslog inte några särskilda bestämmelser om beräkning av vinst i koncernförhållanden och därmed speciella regler om internvinsters eliminering samt upprättande av resultaträkning för koncerner.[201] I stället föreslogs en regel med innehåll att ett så stort belopp inte fick delas ut att utdelningen, med hänsyn till koncernens ställning och resultatet av koncernens verksamhet i dess helhet, kunde anses stå i strid mot god affärssed (se 80 § i lagberedningens förslag). I sin slutliga utformning erhöll försiktighetsregeln följande lydelse (74 § 1 st. 1944 års lag):

[196] Varmed måste förstås belopp som enligt bolagsordningen i bolag som ingår i koncernen eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna.
[197] Se härom Kedner–Roos II 12:2.06 (s. 231). Jfr i sammanhanget 11:11 ABL och Redovisningsrådets Rekommendation 01:91 avseende koncernredovisning och p. 51ff rörande redovisning av koncernens eget kapital.
[198] Se om denna term avsnitt 1.2.
[199] Se föregående not.
[200] Se om terminologin avsnitt 1.2.
[201] SOU 1941:9 s. 287 och 372f.

"Av moderbolags vinst må, ändå att vinstutdelning eljest är medgiven, så stort belopp ej utdelas att vinstutdelningen, med hänsyn till koncernens ställning och resultatet av koncernens verksamhet i dess helhet, får anses stå i strid mot god affärssed."

Försiktighetsregeln i 1944 års lag var sålunda tillämplig på moderbolag i koncerner. Hur de i lagtexten angivna rekvisiten – "med hänsyn till koncernens ställning och resultatet av koncernens verksamhet i dess helhet" – skulle tolkas går inte att med säkerhet utläsa i lagberedningens motiv.[202] Bolagsorganen hade i varje fall att skaffa sig noggrann kännedom om koncernredovisningens innehåll.[203] Vid upprättande av förslaget till disposition beträffande vinst eller förlust ansågs styrelsen och verkställande direktören skyldiga att ta hänsyn till vad koncernredovisningen utvisade rörande koncernens ställning och resultatet av koncernens verksamhet i dess helhet.[204] Stadgandets *syfte* synes ha varit att begränsa storleken på det utdelningsbara beloppet till så stor del av vinsten enligt moderbolagets balansräkning som (ungefärligen) motsvarade vinsten för koncernen i dess helhet.[205]

Försiktighetsregeln i 1944 års lag berördes något i förarbetena till 1975 års lag.[206] Det betonas av aktiebolagsutredningen att även om ett moderbolags balansräkning utvisar utdelningsbar vinst kan hela koncernens ställning vara sådan att den, betraktad som ett enhetligt företag, ej skulle kunna utdela någon vinst eller endast mindre vinst än vad som redovisas i moderbolagets balansräkning. Liksom enligt 74 § 1 st. 1944 års lag borde sådana förhållanden i koncernen beaktas vid utdelningens bestämmande i moderbolaget (110 § 2 st. i förslaget).[207] Aktiebolagsutredningens förslag till försiktighetsregel föreskrev på samma vis som 74 § 1 st. 1944 års lag att utdelningen ej fick stå i strid mot god affärssed. Härvidlag skulle hänsyn tas till storleken av det fria egna kapitalet inom koncernen och koncernens ställning i övrigt. Detta kunde ses som en precisering av rättsläget enligt 1944 års lag, men innebar "knappast någon saklig olikhet mot [då] gällande rätt".[208]

Uttrycket "god affärssed" förefaller redan i remissvaren till förslaget till 1944 års lag ha uppfattats som ett svårtolkat rekvisit.[209] Det bör näm-

[202] Jfr SOU 1941:9 s. 287f.
[203] SOU 1941:9 s. 287f och SWN s. 183.
[204] SOU 1941:9 s. 287f och SWN s. 183.
[205] Jfr SOU 1941:9 287f och SOU 1971:15 s. 311f. Jfr ock SWN s. 182f.
[206] SOU 1971:15 s. 311f och jfr prop. 1975:103 s. 182f.
[207] SOU 1971:15 s. 311.
[208] SOU 1971:15 s. 312.
[209] Se hänvisningar i not 211 nedan.

nas att i den då gällande bokföringslagen (1929:117) skulle bokföringen ske "i överensstämmelse med allmänna bokföringsgrunder och med iakttagande av god köpmannased" (jfr "god redovisningssed" i 2 § 1 st. BFL).[210] Sannolikt skulle "god affärssed" förstås som ett rekvisit med vidare innebörd än "god köpmannased".[211]

Lagberedningen nöjde sig inte med att framhålla försiktighetsregelns begränsande verkan vid bestämmandet av storleken på det utdelningsbara beloppet i *moderbolag*. Vid beslut om vinstutdelning i moderbolag borde styrelsen – till synes som ett led i vårdplikten – inte bara beakta den legala gränsen utan också ta hänsyn till koncernresultatet för räkenskapsåret och dess förhållande till tidigare årsresultat (koncernens räntabilitet) och koncernens likviditet.[212] Måhända kunde vårdplikten anses åsidosatt, om styrelsen underlät att ta sådan hänsyn (jfr nedan).[213]

> Av det anförda synes följa att varken "räntabilitet" eller "likviditet" omfattades av försiktighetsregeln i 74 § 1 st. 1944 års lag. (Jfr häremot den nuvarande försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL.)

För de *enskilda aktiebolagens del* synes lagberedningen i förslaget till 1944 års lag ha tolkat in en begränsad "försiktighetsregel"[214] i den allmänna vårdplikt som åvilar ledamöter av bolagets styrelse och verkställande direktören. Styrelsen och verkställande direktören borde i samband med upprättande av förslag till dispositioner i anledning av bolagets vinst enligt balansräkningen beakta en förlust, som visat sig efter balansdagen men före balansräkningens fastställande, eftersom en sådan förlust ofta ansågs betyda att däremot svarande "avskrivning på tillgångarna"[215] varit påkallad redan på balansdagen. Lagberedningen stannade dock inte vid detta. Styrelsen och verkställande direktören borde även beakta förluster som inte på nämnda sätt kunde hänföras till balansdagen eller tiden dessförinnan samt i övrigt händelser av väsentlig betydelse som inträffat "efter räkenskapsårets slut" (jfr 103 § 1944 års lag om förvaltningsberät-

[210] Se om begreppen Thorell, Skattelag och affärssed s. 32ff.

[211] Jfr remissvaren av FAR och Handelskammaren i Gävle till lagberedningens förslag återgivna i prop. 1944:5 på s. 283. I litteraturen förekommer uttrycken som synonymer; se Thorell, Skattelag och affärssed s. 32, vilken använder termen "affärssed" synonymt med "redovisningssed".

[212] SOU 1941:9 s. 289 och SWN s. 183f och vad beträffar likviditet se prop. 1944:5 s. 283 och SWN s. 184.

[213] Jfr SOU 1941:9 s. 288f och SWN s. 183f. Det kan dock ifrågasättas huruvida en försummelse av berört slag var sanktionerad.

[214] Jfr Nial, Svensk associationsrätt s. 82, som dock inte hänvisar till vårdplikten.

[215] SWN s. 179. I SOU 1941:9 s. 282 används uttrycket "avskrivning eller nedsättning".

telsens innehåll).[216] Härutöver skulle hänsyn tas till händelser som inträffat efter avgivandet av förslaget till dispositioner i anledning av bolagets vinst och som kunde tänkas vara av betydelse för lämpligheten av en föreslagen utdelning.[217] Enligt lagberedningen skulle det betraktas som en försummelse från styrelsens och verkställande direktörens sida, att föreslå en utdelning, vilken med hänsyn till förluster efter räkenskapsåret utgång äventyrade bolagets ställning.[218] Förutom vad som nu sagts ansågs styrelsen och verkställande direktören skyldiga att i skötseln av bolagets angelägenheter sörja för att det hade likvida tillgångar[219] och föranstalta om fonderingar utöver vad som föreskrevs i 1944 års lag då detta var påkallat av företagets särskilda förhållanden[220] (bristande konsoliditet; jfr härom strax nedan).

> Det är osäkert om aktieägarna vid beslut om vinstutdelning var skyldiga att ta hänsyn till ovanstående förhållanden. Ett uttalande av lagberedningen i SOU 1941:9 på s. 281 tyder möjligen på att så var fallet:[221]
>
> "Vid *vinstutdelningens bestämmande* bör därför hänsyn givetvis tagas /.../ till bolagets räntabilitet. Synes denna vara i nedåtgående bör naturligtvis särskild försiktighet iakttagas vid vinstutdelningens bestämmande". (Min kursivering.)
>
> Man skulle möjligen kunna hävda att denna skyldighet följer av en slags allmän lojalitetsplikt för aktieägarna gentemot bolaget och bolagets borgenärer.

5.4.4.3 Försiktighetsregeln enligt gällande rätt

Aktiebolagsutredningens förslag till den nuvarande aktiebolagslagen innehöll således inte några större ändringar av försiktighetsregeln. Regeln skulle fortfarande bara tillämpas på moderbolag i koncerner, dock med en något mer preciserad innebörd (se ovan). Moderbolag skulle enligt den föreslagna försiktighetsregeln inte få dela ut ett så stort

[216] SOU 1941:9 s. 282f. Se ock SWN s. 179 och beträffande gällande rätt 11:9 1 st. ABL nedan.

[217] SOU 1941:9 s. 283 och SWN s. 179f.

[218] SOU 1941:9 s. 283 och SWN s. 180.

[219] SOU 1941:9 s. 274 och SWN s. 179.

[220] SOU 1941:9 s. 274 och s. 281 samt SWN s. 178f. I det senare avseendet var bolagsorganen skyldiga att ta hänsyn till bolagets räntabilitet, dvs. resultatet av bolagets verksamhet för sista räkenskapsåret enligt resultaträkningen och dess förhållande till tidigare årsresultat. Se SOU 1941:9 s. 281 och SWN s. 179.

[221] Jfr ock SWN 179. Uttalandet görs efter det att lagberedningen funnit att lagens fonderingsregler blott är minimikrav och att hänsyn måste tas till det behov av frivillig reservering av vinstmedel som med hänsyn till bolagets förhållanden föreligger för dess konsolidering och utveckling.

belopp att utdelningen med hänsyn till storleken av det fria egna kapitalet inom koncernen och koncernens ställning i övrigt stod i strid mot god affärssed. I propositionen föreslogs dock att försiktighetsregeln skulle tillämpas såväl utom som inom koncernförhållanden. Någon egentlig förklaring till detta ges inte i den allmänna eller speciella motiveringen.[222]

5.4.4.3.1 Försiktighetsregelns funktion

Motiven till försiktighetsregelns sedermera utvidgade tillämpningsområde framgår emellertid indirekt av de rekvisit som ingår i bestämmelsen och hur dessa skall tillämpas.[223] Vare sig det är fråga om ett moderbolag eller enskilt bolag skall bolagsorganen vid beslut om vinstutdelning ta hänsyn till huruvida bolaget behöver förbättra sin konsoliditet, om likviditeten är betryggande samt i vad mån bolagets ställning i övrigt, särskilt med beaktande av förluster som inträffat efter räkenskapsårets utgång, är god. Samtliga tre rekvisit tar sikte på faktiska ekonomiska förhållanden, som är av betydelse för tredjemansskyddet och den "säkerhet" som tredje man åtnjuter i bolagets förmögenhetsmassa. Utbetalning av vinstutdelning förutsätter en god ekonomisk ställning. Lagstiftaren har inte ansett att principen om skyddet för det bundna egna kapitalet (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden[224]) bereder tredje man såsom bolagets borgenärer ett tillfredsställande skydd (12:2 1 st. ABL).

> Det framförs inte sällan kritik mot försiktighetsregelns oprecisa utformning och att den genom hänvisningen till "god affärssed" är mycket svår att tillämpa.[225] Enligt min uppfattning måste man emellertid väga detta mot det förhållandet, att försiktighetsregeln fyller en viktig funktion såtillvida att den syftar till och torde kunna åstadkomma ett reellt och relativt verklighetsnära skydd för tredje man såsom bolagets borgenärer (se närmare nedan). Detta är betydligt mer än vad principen om skyddet för det bundna egna kapitalet syftar till och nästintill motsatsen till vad principen kan åstadkomma.[226] Principen om skyddet för det bundna egna kapitalet torde ju, som

[222] Jfr särskilt föredragande i prop. 1975:103 s. 212, där det antyds att lösningen skulle vara densamma som utredningens?!

[223] Jfr ock ovan avsnitt 2.3.1.

[224] Detta är en förenkling. Se avsnitt 5.1.2 not 2 och närmare avsnitt 5.4.3.

[225] Jfr t.ex. Lindskog, JFK 12:2-7.1 (s. 58f); Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 88f; Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 21 (till synes annorlunda i Svensk associationsrätt nedan) samt Walin, Borgen s. 102. Försiktighetsregeln kritiseras regelbundet muntligen utan att detta i lika hög grad kommer till uttryck i litteraturen.

[226] Måhända kan man – låt vara något överdrivet – säga att principen om skyddet för det bundna egna kapitalet är lika enkel att tillämpa som den är "meningslös" i funktionellt hänseende.

jag har framhållit i det föregående,[227] ofta vara av mycket begränsad betydelse för tredjemansskyddet, t.ex. när aktiekapitalet och reservfonden uppgår till ett blygsamt belopp i förhållande till de risker, som är förenade med bolagets verksamhet.[228] Det anförda bekräftas i någon mån av att både Danmark och Norge upprätthåller en slags försiktighetsregel.[229]

Ett argument mot försiktighetsregeln måste likväl anses vara att den är svårtillämpad.[230] Argumentet har onekligen fog för sig. Ändock bör svårigheterna inte överdrivas. Enligt min mening finns det anledning att tro, att domstolarna inte kommer att tillämpa försiktighetsregeln med de rättsföljder som stadgas i 12:5 ABL annat än när det är tydligt att utbetalning av vinstutdelning inte borde ha skett; tillfällen då styrelsen och verkställande direktören kan sägas ha åsidosatt vårdplikten. Därtill kommer att godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL torde skydda flertalet aktieägare,[231] om försiktighetsregeln i enlighet med dess tredjemansskyddande funktion ges ett "vidare"[232] omfång (egentligen dess "verkliga" omfång).[233]

Mot bakgrund av 1944 års lag är det för övrigt ingalunda märkligt att försiktighetsregeln skall tillämpas såväl inom som utom koncernförhållanden. Enligt 1944 års lag hade styrelsen och verkställande direktören – till synes inom ramen för vårdplikten – att (i syfte att stärka konsoliditeten) föranstalta om fonderingar utöver lagens krav i de fall så kunde anses påkallat och att tillse att bolagets likviditet var god. Nämnda bolagsorgan

[227] Se om kritik mot borgenärsskyddet avsnitt 4.3.3.3 ovan.

[228] Ett exempel från verkligheten må nämnas. I ett av mig bekant bolag uppgick skulderna till ca 100 milj kr. Bolagets egna kapital efter årets förlust uppgick till drygt 1 milj kr. Under året hade bolaget lämnat koncernbidrag till sitt moderbolag med drygt 5 milj kr. Till saken hör dessutom att fritt eget kapital enligt koncernbalansräkningen var negativt!

[229] Se avsnitt 3.5.3.2 respektive avsnitt 3.5.5.2.

[230] Jfr i not 225 nämnda arbeten.

[231] Se emellertid Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 111. Rodhes kritik är enligt mitt förmenande inte rättvisande. Godtrosregeln liksom försiktighetsregeln måste naturligtvis tillämpas med "sunt förnuft".

[232] Den kritiska frågan synes vara om försiktighetsregelns tillämpningsområde skall reduceras eller inte. Jfr därtill följande not.

[233] Lindskog, JFK 12:2-7.1 (s. 58f), menar att mot bakgrund av att bolagsborgenärerna knappast kan anses med fog ha påräknat skydd i vidare mån än vad som följer av den buffert som det bundna egna kapitalet skall göra och i syfte att nedbringa den osäkerhet som försiktighetsregeln innebär (se härom a.st.), skulle det vara rimligt att ge försiktighetsregeln ett snävt omfång. Endast i klara fall av "oförsiktighet" borde försiktighetsregeln anses vara åsidosatt.

Det förra argumentet har jag svårt för att förstå. Argumentet grundar sig på antagandet att bolagsborgenärerna med fog inte kan anses ha påräknat skydd i vidare mån än vad som följer av principen om skyddet för det bundna egna kapitalet (12:2 1 st. ABL). Men varför så skulle vara fallet framgår inte (har försiktighetsregeln gått blivit "smått" obsolet?). Det bör dock poängteras att Lindskog medger att det saknas ett auktoritativt stöd för hans uppfattning.

skulle vidare ta hänsyn till förluster som inträffat efter balansdagen men före fastställandet av balansräkningen samt beakta andra händelser av väsentlig betydelse som inträffat efter räkenskapsårets utgång; till och med händelser som inträffat efter det att bolagsorganen avgivit sitt förslag till dispositioner i anledning av bolagets vinst skulle beaktas.

En väsentlig skillnad mellan försiktighetsregeln i gällande rätt och vad som (troligtvis) kunde anses följa av *vårdplikten* enligt 1944 års lag är att dagens regel riktar sig till bolagets aktieägare vid sidan av – vilket endast var fallet tidigare[234] – styrelsen och verkställande direktören.[235] Försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL kan därför kritiseras för att den ställer för höga krav på aktieägarna. Även om bolagets styrelse och verkställande direktör kan förväntas ha en god uppfattning om bolagets ställning och kunna bedöma vad som krävs av försiktighetsregeln, är det inte skäligt att ställa samma krav på bolagets aktieägare. Hur skall t.ex. en aktieägare med ett obetydligt aktieinnehav i ett publikt aktiebolag kunna bedöma huruvida en föreslagen vinstutdelning med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed? Av just denna orsak synes emellertid godtrosskyddet för aktieägare vid otillåten utbetalning av utdelning ha erhållit sin nuvarande utformning i 12:5 1 st. 2 meningen ABL.[236] Föredraganden framhöll i propositionen till ABL att det för många aktieägare är (något) svårt att bedöma om en föreslagen vinstutdelning är förenlig med god affärssed.[237] Man torde följaktligen kunna utgå från att aktieägare som uppbär utbetalning av utdelning i strid mot försiktighetsregeln i regel är skyddade mot återbäringskrav. Med hänsyn till godtrosskyddet kan det enligt min mening inte anses som oskäligt att försiktighetsregeln riktar sig till såväl aktieägare som bolagets verkställande organ.

Försiktighetsregeln tjänar i sin nuvarande utformning som ett hinder mot alltför vidlyftiga utbetalningar oavsett om dessa ryms inom fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL.[238] Försiktighetsregeln kompletterar det tredjemansskydd – främst borgenärsskydd – som principen om det bundna egna kapitalet skall åstadkomma. Tillsammans med det bundna egna kapitalet syftar försiktighetsregeln till att garantera tredje man en

[234] Jfr emellertid ovan.

[235] Den för *moderbolag* uppställda *försiktighetsregeln i 74 § 1 st. 1944 års lag* var dock tillämplig på aktieägare liksom på styrelsen och verkställande direktören. Aktieägare var skyddade mot obilliga återbäringskrav genom en godtrosregel i 74 § 2 st. 1944 års lag.

[236] Se närmare avsnitt 13.3.1–13.3.3.

[237] Prop. 1975:103 s. 485.

[238] Jfr prop 1975:103 s. 477.

slags säkerhet i bolagets förmögenhet. Eftersom försiktighetsregeln är uppställd i tredje mans intresse är den absolut tvingande.

Om 12:2 2 st. 1 meningen ABL, å ena sidan, ger uttryck för ett principiellt stärkt tredjemansskydd är det, å andra sidan, svårare att fastställa den övergripande princip som försiktighetsregeln söker åstadkomma: Vinstutdelning får inte ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed. Av ordalydelsen och försiktighetsregelns systematiska placering, som ett komplement till principen om skyddet för det bundna egna kapitalet i 12:2 1 st. ABL, får man uppfattningen att utbetalning av vinstutdelning i varje fall förutsätter att bolagets ekonomiska ställning är god. Men försiktighetsregeln söker åstadkomma mer än så. Bolagets ekonomiska ställning måste även vara god efter det att utbetalning av vinstutdelning har ägt rum. Enligt försiktighetsregeln skall således bolagets ekonomiska ställning inom en viss tidsrymd – några månader till flera år (?) – efter det att stämman fattade beslut om vinstutdelning och att vinstutdelningen verkställdes inte (annat än marginellt) ha *försämrats* genom utbetalningen till aktieägarna. Den övergripande princip som försiktighetsregeln söker åstadkomma kan sammanfattas som att ett aktiebolag inte skall fatta beslut om och verkställa vinstutdelning med större belopp än att dess ekonomiska ställning efter utbetalningen är betryggande för tredje man, särskilt bolagets fordringsägare.

Trots det anförda kanske försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL fyller sin viktigaste funktion som en preventiv lagregel. Regelns preventiva effekt består i att bolagsorganen (förhoppningsvis) i större utsträckning tar hänsyn till bolagets *materiella* ekonomiska ställning och i mindre mån vad som *formellt* är uppfyllt genom förekomsten av fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL.[239]

5.4.4.3.2 Försiktighetsregelns innehåll

Enligt gällande rätt får således vinstutdelning jämlikt 12:2 2 st. 1 meningen ABL inte ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed. I det följande avser jag att närmare undersöka betydelsen och innebörden av de enskilda rekvisiten "konsolideringsbehov", "likviditet" och "ställning i övrigt". Jag avslutar med en analys av rekvisitet "god affärssed".

[239] Jfr Nial, Svensk associationsrätt s. 82 om ansvarsmedvetna företag och konsolidering.

5.4.4.3.3 Om konsolideringsbehov

Det är knappast möjligt att ge någon exakt juridisk definition av begreppet "konsolideringsbehov", då detta egentligen är ett uttryck som härrör från företagsekonomin. I företagsekonomisk litteratur brukar man med konsolidering avse en förbättring av företagets soliditet genom innehållande av vinstmedel.[240] Härvidlag synes "soliditet" syfta på det egna kapitalets storlek i förhållande till bolagets skulder.[241]

Mot denna bakgrund är det något osäkert vad rekvisitet "konsolideringsbehov" innebär.[242] Det torde dock kunna antas att härmed avses det behov av soliditetsförbättring genom innehållande av vinstmedel som föreligger i bolaget.[243]

Av ett uttalande i förarbetena till ABL synes följa att man vid den bedömning av konsolideringsbehovet som måste göras skall beakta såväl obeskattade som beskattade reserver.[244] Att man skall beakta obeskattade och beskattade reserver är i varje fall en etablerad uppfattning i litteraturen.[245] Obeskattade och beskattade reserver är inget annat än vinstmedel som innehålles i bolaget.[246]

> För det fall att bolaget innehåller vinstmedel genom att skapa obeskattade reserver är det oegentligt att tala om en förbättring av bolagets soliditet i den meningen att det egna kapitalet ökar (jfr ovan). På balansräkningens passivsida förs obeskattade reserver ut som en post före eget kapital.

Obeskattade reserver bildas i regel genom undervärdering av tillgångar och övervärdering av skulder. Därtill kommer sådana särskilda typer av obeskattade reserver varom det stadgas i skattelagstiftningen.[247] Efter 1990 års skattereform är undervärdering av tillgångar i praktiken endast aktuellt för anläggningstillgångar (ackumulerade överavskrivningar, dvs. avskrivningar utöver plan).[248] Övervärdering av skulder kan närmast

[240] Se Kedner–Roos II 12:2.03 (s. 228).

[241] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 88 beträffande rekvisitet konsolidering. Notera Löfgren, Personligt ansvar s. 69, som berörs i not 243 nedan.

[242] Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 88.

[243] Jfr Lindskog, JFK 12:2-7.2 (s. 59). Löfgren, Personligt ansvar s. 69, anger att med konsolideringsbehov avses företagets soliditet (förhållandet mellan eget kapital och tillgångar), dvs. betalningsförmågan på lång sikt.

[244] Jfr prop. 1975:103 s. 477.

[245] Bökmark–Svensson s. 129; Grosskopf, Vinstbolag s. 43; Kedner–Roos II 12:2.03 (s. 228f); Lind, s. 264; Lindskog, JFK 12:2-7.2 (s. 60) och Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 27.

[246] Kedner–Roos II 12:2.03 (s. 228).

[247] Kedner–Roos II 12:2.03 (s. 228f). Se uppräkningen i FAR:s rekommendation Nr. 1 om årsredovisning i aktiebolag, där även nämns sådana som var aktuella tidigare.

[248] Numera är det inte tillåtet med lagernedskrivning utöver vad som följer av inkurans.

följa av att bolaget värderar dessa enligt den s.k. högsta värdets princip.[249]

Beskattade reserver bildas genom att ett bolag avsätter medel till bundet eget kapital[250] eller fritt eget kapital; i det senare fallet genom att bolaget företar avsättningar till fria fonder eller balanserar en del eller hela årsvinsten till följande räkenskapsår (vilket i sak innebär att tillgångar motsvarande en del eller hela vinsten för året inte blir föremål för utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna).[251]

Sålunda skall omfattningen av bolagets konsolideringsbehov bedömas med hänsyn till både obeskattade och beskattade reserver. Före 1990 års skattereform fanns det betydande möjligheter till reserveringar, t.ex. kan nämnas lagerreserv och investeringfond. Genom skattereformen beskars dessa möjligheter. I och med 1990 års skattereform synes därför rekvisitet "konsolideringsbehov" ha fått större betydelse. Företagen måste konsolidera sig genom avsättningar till eget beskattat kapital.

Av förarbetena till ABL framgår det att lagstiftaren för de "normala fallen" utgick från att bolagen hade att företa "ganska betydande" reserveringar av vinstmedel för att de skulle kunna möta de försämringar i lönsamheten, som kunde tänkas bli följden av konjunkturnedgång, konkurrens eller andra förhållanden.[252] Det kunde emellertid vara försvarbart att hela det fria egna kapitalet enligt den fastställda balansräkningen användes för utbetalning av vinstutdelning efter det att eventuellt erforderlig avsättning till reservfonden ägt rum.[253]

Hur pass bra bör då soliditeten i ett bolag vara för att ytterligare avsättningar jämlikt försiktighetsregeln och rekvisitet "konsolideringsbehov" inte skall vara påkallade? I förarbetena till 1944 års lag avseende 72 § om fondering i bolag med viss skuldsättning (78 § i förslaget) uppges att aktiebolag från företagsekonomisk synpunkt i allmänhet inte borde driva verksamhet med mindre eget kapital än hälften av omslutningen, dvs. det egna kapitalet borde vara lika stort som summan av skulderna.[254] Lagberedningen framhöll till och med att ett bolags finansiering i många fall kunde anses vara god först när det egna kapitalet översteg skulderna.[255] För att lagfästa en genomsnittsregel med giltighet för alla aktiebolag stannade dock lagberedningen vid att föreslå förstnämnda proportion.[256]

[249] Jfr prop. 1975:104 s. 187 och BFN:s rekommendation nr 7 om värdering av fordringar och skulder i utländsk valuta p. 4.
[250] Se härom ovan avsnitt 5.4.3.1.
[251] Jfr Kedner–Roos II 12:2.03 (s. 229).
[252] Prop. 1975:103 s. 477 och jfr SOU 1971:15 s. 311.
[253] Prop. 1975:103 s. 477.
[254] Se SOU 1941:9 s. 273 och 277. Se ock SWN s. 173.
[255] SOU 1941:9 s. 277.
[256] SOU 1941:9 s. 277. Se ock SWN s. 173.

Vid tillämpningen av 72 § 1944 års lag skulle bolagen enbart ta hänsyn till det bundna egna kapitalet: Enligt 1 mom. 1 st. skulle avsättning ske med minst tio procent av årsvinsten till reservfonden eller en skuldregleringsfond, om skulderna översteg summan av aktiekapitalet, reservfonden och skuldregleringsfonden. Lagberedningen angav som motiv för att man blott skulle beakta bundet eget kapital att besparade vinstmedel när som helst kunde tas i anspråk för vinstutdelning och därigenom förrycka förhållandet mellan det egna kapitalet och skulderna.[257]

Med ABL avskaffades avsättningsskyldigheten enligt 72 § 1944 års lag. Enligt förarbetena är det inte möjligt att för alla bolag, vilkas struktur och verksamhet kan vara starkt skiftande, fastställa en företagsekonomiskt lämplig relation mellan skuldsättning och eget kapital.[258] Enligt min uppfattning kan detta uttalande tillmätas betydelse såtillvida att man inte generellt kan fastställa vad som för alla företag är en lämplig proportion mellan det egna kapitalet (under beaktande av obeskattade reserver) och skulderna, dvs. en god soliditet. Följaktligen går det inte heller att fastställa hur pass bra soliditeten i ett bolag generellt skall vara för att ytterligare avsättningar jämlikt försiktighetsregeln och rekvisitet "konsolideringsbehov" inte skall vara påkallade.[259]

I stället får det anses vara en individuell fråga för bolagen att fastställa vad som med hänsyn till soliditeten och konsolideringsbehovet utgör en lämplig storlek på det belopp[260] som skall avsättas enligt 12:2 2 st. 1 meningen ABL och som sålunda inte kan användas för utbetalning av vinstutdelning.[261] Avvägningen av konsolideringsbehovet är en fråga, som i huvudsak är företagsindividuell med både kort- och långsiktiga aspekter.[262] Bedömningen torde vara beroende av bl.a. *verksamhetens art*

[257] Se även avsnitt 2.2.

[258] SOU 1971:15 s. 312 och prop. 1975:103 s. 211.

[259] Liknande Lindskog, JFK 12:2-7.2 (s. 59).

[260] Lindskog, vars mening i allt väsentligt överensstämmer med min (se hänvisningen i följande not), framhåller att bolaget skall skall ha en efter omständigheterna adekvat soliditet. Därefter anförs följande: "Så länge så inte är fallet skall någon vinstutdelning (eller annan kapitalanvändning) inte ske." Det senare uttalandet kan dessvärre missförstås. Naturligtvis kan vinstutdelning ske med ett större eller mindre belopp, om bolagets soliditet och konsolideringsbehov inte kräver mer. Något annat torde Lindskog knappast heller mena.

[261] Jfr Lindskog, JFK 12:2-7.2 (s. 59) och Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 88. Även jag är således av den uppfattningen att man inte kan ge ett generellt svar på frågan vilken grad av konsolidering som är den affärsmässigt riktiga, med detta är inte heller syftet med bestämmelsen. Jfr ovan.

[262] Kedner–Roos II 12:2.03 (s. 229).

och omfattning samt de risker som är förenade med denna[263].[264] Ett bolag som t.ex. driver serviceinriktad verksamhet har ofta obetydliga tillgångar och kan därför upprätta mycket små obeskattade reserver i lager och anläggningstillgångar. Om verksamheten inte är riskfylld och kräver måttligt kapital för expansion, föreligger inte något behov av att innehålla beskattade vinstmedel. Ett bolag som däremot driver en mer riskbetonad rörelse kan ha behov av att bygga upp betydande obeskattade och beskattade reserver.[265] Skulle det föreligga ett klart konsolideringsbehov i bolaget bör följaktligen utbetalning av vinstutdelning ske med ett ringa belopp eller möjligen inte alls. Jag återkommer i avsnitt 5.4.4.3.6 till vilken betydelse rekvisitet "god affärssed" har i förevarande sammanhang.

Det är förmodligen inte möjligt att *generellt fastställa vilket tidsperspektiv* som bedömningen av bolagets konsolideringsbehov bör ta sikte på enligt försiktighetsregeln.[266] Däremot bör man enligt min mening kunna utgå från att *utgångspunkten* måste vara att bedömningen skall omfatta en tidsperiod om flera år; (jfr betalningsförmågan på lång sikt[267]).[268] (Annorlunda i fråga om rekvisitet "likviditet" i följande avsnitt.)

Förutberörda uttalande i förarbetena till ABL att ett bolag normalt sett torde behöva företa en "ganska betydande reservering av vinstmedel", bör inte tolkas bokstavligen. Försiktighetsregeln får inte leda till att aktiebolagen genom att företa blygsamma utbetalningar i form av vinstutdelning motverkar kapitalanskaffning genom nyemission.[269] Tvärtom är det åtminstone i aktiemarknadsbolag som regel nödvändigt att företagsledningen företräder en konsekvent vinstutdelningspolitik, vilken är någorlunda fördelaktig för aktieägarna, i syfte att denna skall locka till sig kapitalintressenter, vilka är villiga att teckna aktier i bolaget vid nyemission.[270] Kapitalanskaffning genom nyemission kan vara av betydligt större vikt för soliditeten än att storleken på det belopp som används för utbetalning av vinstutdelning hålls nere.[271] Om ett bolag är i behov av

[263] Lindskog, JFK 12:2-7.2 (s. 59f) uttalar att man möjligen såsom en allmän princip skulle kunna säga, att bolagets kapitalsituation skall vara sådan att bolaget skall kunna rida ut icke osannolika ekonomiska faror. Ett slags genomsnittlig måttstock skulle kunna vara tre dåliga verksamhetsår i rad. Beträffande den senare tidsperionden framhåller Lindskog dock att någon generell "treårsregel inte är möjlig att tillämpa; varje verksamhet är unik och kräver sina beaktanden. Jfr dock Grosskopf i Skattenytt 1993 s. 110.

[264] Jfr den föreslagna § 3-5 2 st. i norsk rätt i avsnitt 3.5.5.1 ovan.

[265] Jfr Kedner–Roos II 12:2.03 (s. 229).

[266] Jfr Lindskog, JFK 12:2-7.2 (s. 60) och se härom not 263 ovan.

[267] Se not 243 ovan.

[268] Jfr not 263 ovan.

[269] Kedner–Roos II 12:2.03 (s. 229) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 88.

[270] Jfr Kedner–Roos II 12:2.03 (s. 229) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 88.

[271] Se Kedner–Roos II 12:2.03 (s. 229) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 88.

bättre soliditet torde det med hänsyn till försiktighetsregelns tvingande natur emellertid få krävas, att en för aktieägarna mycket fördelaktig vinstutdelningspolitik har förankring i en allvarligt menad nyemission det närmast kommande året eller de närmast kommande åren.[272]

5.4.4.3.4 Om likviditet

Bolagsorganen måste enligt försiktighetsregeln också ta hänsyn till bolagets likviditet. Med rekvisitet "likviditet" synes avses bolagets betalningsförmåga på kort sikt.[273] Likviditetskravet torde få förstås som att utbetalning av vinstutdelning inte får ske med ett så stort belopp att bolagets förmåga att fullgöra sina betalningsförpliktelser försämras. Ett aktiebolag skall alltså oaktat utbetalningen disponera över likvida medel i sådan omfattning att det kan fullgöra sina betalningsskyldigheter. Härav följer naturligtvis att ett bolag inte på grund av en utbetalning av vinstutdelning får råka i likviditetskris.[274] Därutöver måste en sådan utbetalning stå i överensstämmelse med bolagets förmåga att alstra vinstmedel i framtiden och styrelsens planer på investeringar och kapitalanskaffning.[275]

> Av rekvisitet "likviditet" i försiktighetsregeln följer enligt min mening att utbetalning av vinstutdelning inte får ske om bolaget är insolvent eller på grund av utbetalningen skulle bli insolvent. Jfr avsnitt 3.6.5 ovan.

Även i detta fall får det anses vara en individuell fråga för bolagen att fastställa vad rekvisitet "likviditet" kräver.[276] Bedömningen torde liksom

[272] En sådan "tumregel" kan förmodligen inte alltid följas. – Om läget är sådant att bolaget har ett konsolideringsbehov så stort att det enda argumentet för en vinstutdelning är att kapitalintressenter eljest inte skulle vara intresserade av att investera kapital i bolaget, bör kapitalintressenterna redan ha insett bolagets prekära belägenhet. Den naturliga slutsatsen skulle då bli den rakt motsatta, nämligen att när styrelsen och aktieägarna inte förstår att undvika vinstutdelning i en så besvärande situation bör man avstå från att investera i bolaget. Se Lindskog, JFK 12:2-7.3 (s. 60). Möjligen kan man missförstå Lindskog såtillvida att om kapitalintressenter är villiga att investera i bolaget mot en fördelaktig vinstutdelningspolitik detta inte bör godtas vid tillämpningen av försiktighetsregeln. Bolagets soliditet förbättras emellertid i linje med försiktighetsregelns funktion (såvida man inte trots detta kan förutse bolagets kollaps). Därför bör en dylik vinstutdelningspolitik godtas.

[273] Se Löfgren, Personligt ansvar s. 69.

[274] Man kan möjligen tänka sig att ett bolag kan låta verkställa vinstutdelning med annan egendom än kontanter för att på så vis tillgodose försiktighetsregeln och likviditetsbehovet i bolaget.

[275] Kedner–Roos II 12:2.04 (s. 230) och jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 89.

[276] Jfr Lindskog, JFK 12:2-7.3 (s. 60), vilken anger att det inte är möjligt att bestämma likviditetsbehovet till ett visst belopp, vare sig i absoluta tal eller ställt i relation till nyckeltal såsom omsättning eller balansomslutning.

beträffande rekvisitet "konsolideringsbehov" vara beroende av bl.a.[277] *verksamhetens art och omfattning samt de risker som är förenade med denna.*[278]

Det är svårt att ange vilket tidsperspektiv som bedömningen av bolagets likviditetsbehov bör ta sikte på enligt försiktighetsregeln.[279] Rör det sig om en månad, ett år eller en ännu längre tidsperiod? Enligt min mening kan man lika litet som beträffande rekvisitet "konsolideringsbehov" (se ovan) *generellt fastställa ett tidsperspektiv* för bedömningen. Däremot bör man enligt min uppfattning på motsvarande sätt som beträffande nämnda rekvisit kunna utgå från att *utgångspunkten* måste vara att bedömningen skall omfatta en tidsperiod om några månader till något år (bedömningen avser ju betalningsförmågan på kort sikt). I enskilda fall bör dock denna tidsperiod kunna variera betydligt; närmast beroende på storleken på utbetalningen till aktieägarna, den under räkenskapsåret förväntade likviditeten i företaget och styrelsens planer på investeringar och kapitalanskaffning samt de risker – i nuläget och förväntade – som är förenande med bolagets verksamhet.[280] Enligt min mening bör bedömningen emellertid blott undantagsvis kunna omfatta en tidsperiod om flera år.[281]

> Lindskog företräder en ståndpunkt som måhända inte sakligt sett skiljer sig så mycket från det anförda som till synes är fallet.[282] Denne menar att det synes vara rimligt att även[283] i fråga om likviditeten ta utgångspunkt i att icke osannolika hot mot likviditeten skall kunna mötas, därvid tre dåliga verksamhetsår skulle kunna vara någon slags utgångspunkt. Om bolaget har sådan likviditet att en likviditetsprognos för tre konsekutivt följande dåliga år visar att bolaget kommer att överleva, torde således kunna sägas att den behållna likviditeten är tillfredsställande.

[277] Tre mått som kan begagnas som hjälpmedel vid bedömningen är rörelsekapitalet, balanslikviditeten och kassalikviditeten. Man bör dock ha klart för sig att bedömningen enligt försiktighetsregeln är "fri" såtillvida att man inte behöver – och sannolikt inte heller bör – följa sådana mer eller mindre etablerade metoder som används vid räkenskapsanalys. Försiktighetsregelns funktion är i och för sig inte att lämna information till bolagets intressenter. En annan sak är att det finns likheter och paralleller; jfr nedan om rekvisitet "ställning i övrigt".

[278] Jfr i viss mån Lindskog, JFK 12:2-7.3 (s. 60).

[279] Rodhe s. 89.

[280] Jfr diskussionen i Kedner–Roos II 12:2.04 (s. 230).

[281] Jfr däremot beträffande rekvisitet "konsolideringsbehov" ovan.

[282] JFK 12:2-7.3 (s. 60f).

[283] Se om konsolideringsbehovet not 263 ovan.

5.4.4.3.5 Om ställning i övrigt

Utbetalning av vinstutdelning skall enligt försiktighetsregeln ske med beaktande av – förutom ovan nämnda faktorer – bolagets *ställning i övrigt*. I propositionen anmärkte föredraganden att till omständigheter som borde beaktas av bolagsorganen – och som täcks av rekvisitet "ställning i övrigt" – hör förändringar i bolagets ställning som inträffat efter räkenskapsårets slut. Svårigheter att avyttra bolagets produkter kan ha framträtt, en av bolaget lämnad större kredit kan visa sig bli förlustbringande osv. Sådana omständigheter kan utvisa att större avskrivningar redan borde ha gjorts i balansräkningen, men de kan även eljest utgöra ett särskilt skäl till återhållsamhet med utdelning.[284]

Rekvisitet "ställning i övrigt" torde dock inte bara syfta på händelser som inträffat efter räkenskapsårets utgång.[285] I princip bör rekvisitet anses omfatta dels omständigheter som inträffat under räkenskapsåret,[286] dels omständigheter som inträffat efter räkenskapsårets utgång fram tills dagen för vinstutdelningsbeslutet. Visserligen framgår det inte klart av förarbetena, att omständigheterna av det förra slaget skall beaktas. Men enligt min uppfattning får det anses följa av rekvisitets ordalydelse. Rekvisitet "ställning i övrigt" måste syfta på omständigheter som över huvud taget är av betydelse för bolagets ekonomiska ställning oavsett om de är hänförliga till räkenskapsåret eller en senare period.

> Se Lindskog JFK 12:2-7.4.2 (s. 62) beträffande rekvisitet "ställning i övrigt" i försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL och vilken betydelse detta rekvisit har för fastställd balansräkning för det senaste räken-

[284] Prop. 1975:103 478. Jfr SOU 1971:15 s. 311 och Kedner-Roos II 12:2.05 (s. 230). Lindskog menar beträffande händelser som har inträffat efter räkenskapsårets utgång att om dessa är av sådant slag att det måste antas att resultatet för det nya räkenskapsåret kommer att sluta i en förlust, bör vinstutdelning (eller annan kapitalanvändning) anses stå i strid mot försiktighetsregeln om det finns anledning befara att den beräknande förlusten efter en utdelning skulle komma att behöva täckas av det bundna egna kapitalet. Se JFK 12:2-7.4.1 (s. 61).

[285] Lindskog framhåller att bland övriga omständigheter som bör beaktas inom ramen för försiktighetsregeln märks *ny kunskap* som förändrar synen på bolagets ställning. Se JFK 12:2-7.4.1 (s. 61).

[286] Lindskog menar att beträffande *kunskap* som *har vunnits om äldre förhållanden*, som i negativ riktning borde ha påverkat den redan fastställda balansräkning, torde gälla att sådan kunskap skall beaktas vid tillämpningen av 12:2 1 st. ABL och beräkningen av fritt eget kapital enligt denna bestämmelse. Detta är säkerligen en riktig iakttagelse. Se JFK 12:2-7.4.1 (s. 62). Härav följer dock inte såsom Lindskog synes mena (a.st.) att *nyvunnen kunskap* om äldre förhållanden (i och för sig) *inte* skall beaktas vid tillämpningen av 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Dylik kunskap behöver ju inte nödvändigtvis innebära att beräkningen enligt 12:2 1 st. ABL är oriktig (dvs. att balansräkningen bör justeras) eller – motsatsvis – att berörda kunskap inte skall beaktas vid tillämpningen av 12:2 1 st. jämte 12:2 2 st. 1 meningen ABL.

skapsåret, god redovisningssed och värderingen av tillgångar och skulder. Lindskog synes sammanfattningsvis mena, att vad som i och för sig inte är oförenligt med god redovisningssed vad gäller värderingen av tillgångar och skulder i den fastställda balansräkningen för det senaste räkenskapsåret kan behöva korrigeras enligt försiktighetsregeln när det gäller att fastställa vad som är en lovlig utbetalning av vinstutdelning ("kapitalanvändning").

Förutom vad som nu nämnts[287] torde rekvisitet innefatta ett krav på att bolagsorganen måste beakta förhållanden varom information skall lämnas i förvaltningsberättelsen (jfr avsnitt 5.4.4.2 ovan om 1944 års lag).[288] I förvaltningsberättelsen skall enligt 11:9 1 st. ABL upplysning lämnas dels om sådana för bedömningen av bolagets verksamhetsresultat och ställning viktiga förhållanden, för vilka redovisning ej skall lämnas i resultaträkning eller balansräkning, dels om händelser av väsentlig betydelse för bolaget, som inträffat under räkenskapsåret eller efter dettas slut.[289]

Någon exemplifiering på vad som avses med uttrycket "för bedömningen av bolagets verksamhetsresultat och ställning viktiga förhållanden" ges varken av aktiebolagsutredningen eller av föredraganden i propositionen. Lagrådet angav att däri åtminstone inte kunde inbegripas projekt och planer, som befinner sig på ett förberedande stadium, t.ex. under bearbetning av teknisk eller ekonomisk personal i bolaget, utan vad uttrycket måste avse – såvitt gäller sådant som bolaget självt råder över – är förhållanden som beslutats på styrelsenivå eller av verkställande ledningen eller eljest blivit mer definitivt fastställda. Med "händelser av väsentlig betydelse för bolaget" avses – inom bolagets rådighetssfär – affärshändelser av olika slag, exempelvis ingångna avtal av väsentlig betydelse för bolaget. Däremot omfattas inte anbud som bolaget avgett, men om vilka ovisshet ännu råder huruvida de kommer att leda till affär. Det skall alltså vara fråga om sådant som är av mer definitiv karaktär.[290] Händelser som ligger utanför bolagets rådighet, men som i väsentlig mån påverkar företagets verksamhet och som därför bör nämnas i förvaltningsberättelsen, kan vara export- och importstopp respektive gynnsam eller ogynnsam prisutveckling på olika marknader.[291]

För en utförlig beskrivning av förvaltningsberättelsens funktion och de uppgifter som skall ingå i denna, får jag hänvisa till lagberedningens motiv till 1944 års lag[292] och lagrådets uttalande i prop. 1975:103[293]. Jfr därtill bokföringsnämndens (BFN:19; KFS 1983:3) numera upphävda anvisning beträffande förvaltningsberättelsens innehåll (främst avseende 11:9 1 st.

[287] Se därtill för några typfall Lindskog JFK 12:2-7.4.3 (s. 62f).
[288] Kedner–Roos II 12:2.05 (s. 230).
[289] Jfr 2:51 i förslaget till årsredovisningslag i SOU 1994:17 Del I.
[290] Lagrådet i prop. 1975:103 s. 768.
[291] Lagrådet i prop. 1975:103 s. 768 jämfört med SOU 1941:9 s. 425.
[292] SOU 1941:9 s. 425f.
[293] S 768f.

ABL) och det nu gällande uttalandet BFN U 90:11 avseende uppgifter om viktiga förhållanden m.m. i förvaltningsberättelsen.[294]

En rättstillämpning av angivet slag kan sägas följa av att förvaltningsberättelsen och försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL fyller en delvis likartad och parallell funktion. Förvaltningsberättelsen syftar till att i aktieägarnas och tredje mans intresse ge upplysning om förhållanden eller händelser som är "viktiga" eller av "väsentlig betydelse". Denna kan följaktligen sägas innehålla information – dvs. vad avser dylika förhållanden eller händelser – som kompletterar den information som tillhandahålles i resultaträkningen och balansräkningen. Försiktighetsregeln utgör i sin tur ett komplement till beloppsregeln i 12:2 1 st. ABL, enligt vilken utbetalning av vinstutdelning får ske med ett belopp motsvarande fritt eget kapital enligt denna regel framräknat på grundval av faställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. 12:2 2 st. 1 meningen ABL har till uppgift att garantera att ett aktiebolag inte företar utbetalning av vinstutdelning med ett större belopp än att dess ekonomiska ställning efter utbetalningen är betryggande för tredje man, särskilt bolagets borgenärer. Och detta gäller oavsett om bolaget disponerar över fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL framräknat på grundval av fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret.

5.4.4.3.6 Om god affärssed

Försiktighetsregeln stadgar att vinstutdelning inte får ske med ett så pass stort belopp att utdelningen med hänsyn till ovanstående förhållanden står i strid mot god affärssed. Vad som avses med "god affärssed" är oklart.[295] Det torde dock kunna antas att "god affärssed" syftar på en sedvana av annat slag än "god redovisningssed" i 2 § 1 st. BFL[296] och allmänna bokföringsgrunder och god köpmannased i 1929 års bokföringslag.[297]

Jag vill mena att rekvisitet "affärssed" måste förstås som en faktiskt förekommande praxis hos en kvalitativt representativ krets aktiebolag som driver rörelse.[298] Bedömningen torde ofta få ske branschvis för att

[294] Se därtill Kedner–Roos II 11:9.01ff (s. 157ff).

[295] Jfr särskilt Rodhe s. 89 och Kedner–Roos II 12:2.04 (s. 230).

[296] Se beträffande förslaget till årsredovisningslag avsnitt 2.3.3 ovan.

[297] Jfr prop. 1975:104 s. 148 beträffande begreppet "god redovisningssed" med remissvaren – FAR och Handelskammaren i Gävle – till försiktighetsregeln i 74 § 1 st. 1944 års lag beträffande koncerner återgivet i prop. 1944:5 s. 283. Se ock avsnitt 5.4.4.2 ovan. Vad som utgör "god redovisningssed" kan beskrivas genom en hänvisning till att det bör röra sig om en faktiskt förekommande praxis hos en kvalitativt representativ krets av bokföringsskyldiga. Stundom kan god redovisningssed få bestämmas branschvis. Se prop. 1975:104 s. 148. Se härtill t.ex. Thorell, Skattelag och affärssed s. 32ff.

[298] Jfr begreppet "god redovisningssed" och härom i föregående not.

någon praxis alls skall kunna identifieras.[299] Ordet "god" torde syfta på praxis som är utvecklad på basis av erfarenheter och förutsättningar i ett antal aktiebolag och som står i överensstämmelse med den övergripande princip som försiktighetsregeln ger uttryck åt, nämligen att garantera att ett aktiebolag inte företar utbetalning av vinstutdelning med ett större belopp än att dess ekonomiska ställning efter utbetalningen är betryggande för tredje man, särskilt bolagets fordringsägare.[300]

Rekvisitet "god affärssed" i försiktighetsregeln får antas innebära att man *först* skall försöka utröna vilka krav som följer av på nyss nämnt vis fastställd praxis med avseende på konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt. Man skall således försöka fastställa en *norm* för vad som krävs av bolaget i berört hänseende.

Bolagsorganen måste *i nästa steg* företa en individuell prövning av bolagets ekonomiska ställning. En prövning som går ut på att de undersöker huruvida bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt motsvarar vad som följer av den fastställda *normen*. Skulle det härvidlag visa sig att bolagets ekonomiska ställning är sämre än vad som följer av normen, måste i regel en större del av vinsten eller möjligen hela vinsten innehållas i bolaget. Bolaget kan inte alls eller blott delvis företa utbetalning av vinstutdelning.

> I 12:2 2 st. 1 meningen ABL används ordet "eller". Enligt min uppfattning bör detta dock inte tolkas bokstavligt utan som konsolideringsbehov, likviditet *eller* alternativt *och* ställning i övrigt. Försiktighetsregelns funktion är att bolagets ekonomiska ställning skall ses som en enhet och inte i sina enskildheter (t.ex. om den föreslagna vinstutdelningen sammantaget är olämplig men acceptabel med hänsyn till bolagets konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt bedömt var för sig). Vid tillämpningen av försiktighetsregeln måste man undersöka om rekvisiten *var för sig eller tillsammans* begränsar det utdelningsbara beloppets storlek.

För det fall att någon sedvana alls inte går att fastställa uppstår frågan om försiktighetsregeln ändå går att tillämpa.[301] Rodhe företräder den åsikten,

[299] Jfr om "god redovisningssed" i not 297 ovan.

[300] Jfr ovan avsnitt 5.4.4.3.1 och liknande beträffande begreppet "god redovisningssed" Thorell, Skattelag och affärssed s. 52.

[301] Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 89 (jfr Kedner–Roos II 12:2.04 [s 230]) anger att det skulle vara svårt att fastställa förekomsten av god affärssed bortsett från rena ytterlighetsfall. Enligt min mening skall, som framgått, rekvisitet "god affärssed" tolkas branschvis. Jfr i viss mån Mallmén 10:3.02 (s. 389). En omständighet som torde medföra att god affärssed ofta eller i vart fall inte sällan får anses föreligga. Genom rekvisitet "ställning i övrigt" och det stora antalet faktorer som skall beaktas kan det dock tänkas att det i vissa fall till och med är svårt att fastställa en branschvis praxis. I sådant fall får "god affärssed" förmodligen fastställas efter en enklare schablon; jfr nedan om "självständig" tillämpning av försiktighetsregeln.

att det i sådana fall bör vara ganska svårt att påstå att regeln har överträtts.[302] Enligt Rodhe kan man dock inte utesluta att en domstol, i brist på utredning om vad som kan vara faktiskt existerande sedvana, anser sig efter egen bedömning kunna förklara, att ett visst handlande "står i strid mot god affärssed".[303]

Med hänsyn till försiktighetsregelns funktion är det enligt min uppfattning fullt godtagbart att domstolarna – då någon sedvana inte finns eller bevisningen härom är otillräcklig – själva fastställer en norm. Härvidlag bör utgångspunkten måhända vara vad som vid tidpunkten för vinstutdelningsbeslutet eller eljest förfogandet framstår som ett aktsamt handlingssätt i förhållande till tredje man såsom bolagets borgenärer.[304]

Försiktighetsregeln skulle med ett motsatt synsätt i många fall komma att sakna mening och skulle därtill komma att tillämpas slumpmässigt (beroende på om någon god affärssed kunde fastställas). Den osäkerhet som är förknippad med att domstolarna själva fastställer en norm är små; för egen del tror jag att förutsebarheten i rättstillämpningen försämras ytterst lite. Jag vill även erinra om att aktieägare som i god tro uppbär utbetalning av utdelning i strid mot försiktighetsregeln undgår återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL och att bristtäckningsskyldighet för styrelseledamot eller verkställande direktör förutsätter vårdslöshet eller uppsåt enligt 12:5 2 st. ABL (vilket kan sägas innebära ett godtrosskydd liknande det i 1 st. 2 meningen). För övrigt torde domstolarna, i den utsträckning de lägger en "egen" norm till grund för prövningen, inte förklara en utbetalning lagstridig med hänvisning till försiktighetsregeln annat än när det är tydligt att någon utbetalning av vinstutdelning inte borde ha skett.

Jfr Klippans tingsrätts dom 1982-12-29 DT 213 (i mål nr T 227/81) nedan.

5.4.4.3.7 Särskilt om försiktighetsregeln och koncerner

Försiktighetsregeln skall vid sidan av de enskilda aktiebolagen även tillämpas i koncerner. Enligt 12:2 2 st. 1 meningen ABL får vinstutdelning

[302] Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 89 och jfr förmodligen samma Kedner–Roos II 12:2.04 (s. 230).

[303] Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 89. Lindskog menar att den omständigheten att det inte finns någon "god affärssed" utbildad inte bör hindra en domstol från att själv skapa en sådan sed, men att domstolen därvid skall ge försiktighetsregeln ett snävt omfång. Se JFK 12:2-7.1 not 123 (s. 59) Den senare ståndpunkten delar jag inte. Se närmare avsnitt 5.4.4.3.1 ovan och jfr nedan.

[304] Jfr Martinussen–Aarbakke s. 446 och avsnitt 5.4.4.3.1 ovan om försiktighetsregelns funktion.

från *moderbolag* inte ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till *bolagets* eller *koncernens* konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed. Sålunda får utbetalning av vinstutdelning från moderbolag inte ske med så stort belopp att utbetalningen med hänsyn till såväl moderbolagets som koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed.[305]

5.4.4.3.8 Försiktighetsregeln i rättspraxis

Något avgörande från högre instans vari 12:2 2 st. 1 meningen ABL har tillämpats finns inte. Blott i ett av mig känt underrättsavgörande har regeln använts.[306]

> Se Klippans tingsrätts dom 1982-12-29 DT 213 (mål nr T 227/81). AB Bröderna Ottosson & Co hade i mars 1979 sålt sina dotterbolag AB Preska och Ottosson NV till Conorgruppen AB. AB Bröderna Ottosson & Co var sedan den 1 februari samma år dotterbolag till Conorgruppen AB. Dotterbolagen överläts för en köpeskilling uppgående till sammanlagt 856000 kr, varav köpeskillingen för aktierna i Ottosson NV uppgick till 806000 kr. AB Bröderna Ottosson & Co försattes i konkurs den 28 maj 1980.
>
> Målet rörde bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL på grund av att försäljningen av dotterbolagen hade innefattat en förtäckt utbetalning av vinstutdelning i strid mot försiktighetsregeln. AB Bröderna Ottosson & Co hade under 1978 drabbats av ekonomiska svårigheter, som lett till betalningsinställelse och ett ackordsförfarande. Genom en rekonstruktion tillfördes bolaget dels en ackordsvinst om 5101910 kr, dels genom försäljning av anläggningstillgångar ytterligare 4495350 kr. Årsredovisningen per den 31 december 1978 kom därför att redovisa en vinst om 7122134 kr och ett eget kapital om 5536642 kr.
>
> Tingsrätten fann att överlåtelsen av aktierna i dotterbolagen, där köpeskillingen för aktierna i respektive dotterbolag motsvarade aktiernas bokförda värde respektive anskaffningsvärde, hade skett till ett värde understigande deras verkliga värde och att underpriset kunde uppskattas till 932000 kr. Avyttringen var att betrakta som förtäckt utbetalning av vinstutdelning.
>
> För bedömningen av om den förtäckta utbetalningen stod i strid mot försiktighetsregeln var det av avgörande betydelse om AB Bröderna Ottosson & Co (sedermera ändrades firmanamnet till Ottosson Klippan AB) efter den av styrelsen beslutade betalningsinställelsen och den därpå genomförda rekonstruktionen av bolaget alltjämt var i sådant behov av konsolidering att

[305] Kedner–Roos II 12:2.06 (s. 231) och Rodhe s. 271.

[306] Därtill kommer att ett okänt antal skiljedomar lär ha avgjorts med tillämpning av 12:2 2 st. 1 meningen ABL.

eventuellt uppkommen vinst borde ha innehållits. Med avseende på denna fråga hänvisar tingsrätten i domskälen till ovannämnda ekonomiska förhållanden i bolaget efter rekonstruktionen och anför därefter följande (domen s. 14): "Särskilt mot bakgrund härav finner tingsrätten det uppenbart, att [AB Bröderna Ottosson & Co:s] ekonomiska ställning var svag vid årsskiftet 1978–1979 och att bolaget efter den genomförda rekonstruktionen alltjämt var i behov av konsolidering. Att så varit förhållandet borde ha stått klart för de i bolagsledningen ingående svarandena. Likaledes borde dessa ha insett, att varje kapitaluttag av betydenhet i den förevarande situationen varit oförenligt med god affärssed."

Tingsrätten sammanfattar något senare i domskälen sin bedömning på följande vis (domen s. 16f):

"Sammanfattningsvis konstaterar tingsrätten, att aktierna i Ottosson NV och AB Preska försålts till Conorgruppen till ett sammanlagt underpris av 932000 kr. Försäljningen har inneburit en förtäckt vinstutdelning, som med hänsyn till vad förut sagts om [AB Bröderna Ottosson & Co:s] konsolideringsbehov strider mot god affärssed."

Samtliga svaranden befanns skyldiga att solidariskt ersätta konkursboet med 932000 kr.

Det går naturligtvis inte att mot bakgrund av en underrättsdom dra några generella slutsatser. Ändock tyder avgörandet på att domstolarna vid tillämpningen av försiktighetsregeln kan ge rekvisitet "god affärssed" ett innehåll med avseende på övriga rekvisit även om det inte går att fastställa någon faktiskt existerande sedvana. I det aktuella målet framstår tingsrättens bedömning som riktig. Det var uppenbart att den förtäckta utbetalningen var olämplig med hänsyn till bolagets ekonomiska ställning.

5.4.5 Om skyddet för tredje man och frågan om utbetalningsbestämmelserna i ABL är tillämpliga på vederlagsfria förfoganden över bolagets förmögenhet till förmån för utomstående (icke aktieägare)

Bestämmelsen i 12:1 1 st. ABL innefattar ett förbud mot utbetalningar till *aktieägare* annat än enligt bestämmelserna i ABL om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation. I den mån dessa bestämmelser är uppställda i tredje mans intresse är de ovillkorligen tvingande.

I litteraturen har det sedan 1920-talet hävdats att principen om skyddet för det bundna egna kapitalet, som ett absolut hinder mot aktiebolagsrättsliga utbetalningar, skall tillämpas mot såväl aktieägare som *utomstående* (stundom används termen "tredje man", vilken inte får blandas

samman med det av mig använda uttrycket "tredjemansskyddet" eller motsvarande).[307] Uttalanden i förarbetena till ABL och i litteraturen tyder på att detta också är fallet enligt gällande rätt.[308]

> Aktiebolagsrättsliga utbetalningar till utomstående brukar i doktrinen betecknas som "vederlagsfria utbetalningar" till utomstående eller motsvarande.[309] Jag vill mena att det är systematiskt riktigare att enbart använda sig av den i 12 kapitlet ABL förekommande termen "utbetalning".[310] I det följande förekommer dock båda uttrycken. Härvidlag använder jag enbart ordet "vederlagsfri" för att förtydliga dispositionens vederlagsfria karaktär. Se ock inledningen till avdelning II samt jfr kapitel 10 nedan.

De lege lata får man sålunda anta att varken samtliga aktieägare eller bolagets övriga bolagsorgan vederlagsfritt äger förfoga över bolagsförmögenheten till förmån för utomstående, om dispositionen strider mot principen om skyddet för det bundna egna kapitalet sådan den kommer till uttryck i 12:2 1 st. ABL.[311] Motivet för att upprätthålla principen om skyddet för det bundna egna kapitalet på utbetalningar till utomstående liksom beträffande utbetalningar till aktieägare är uppenbart. Väljer man att inte upprätthålla principen finns det en avsevärd risk för kringgående av ABL; en aktieägare kan t.ex. vederlagsfritt föra över bolagets tillgångar till en närstående, en nära vän eller av honom kontrollerad juri-

[307] Se första gången möjligen Bergendal s. 41; uttryckligen Karlgren, Studier s. 128f och i SvJT 1938 s. 209; Nial, Aktiebolagsrätt s. 102 och i Om aktiebolag s. 51f men se för en annan uppfattning Danielsson, Aktiekapitalet s. 224ff. Danielsson företrädde den åsikten att utbetalningsförbudet i 73 § 1 mom. 1944 års lag, som ett skydd för det bundna egna kapitalet, enbart kunde tillämpas på utbetalningar till aktieägare eller för aktieägares räkning. Utomstående träffades av utbetalningsförbudet, om han uppträdde såsom bulvan för aktieägares räkning. Se Aktiekapitalet s. 226 och en likartad inskränkt rättstillämpning i (exempelvis) tysk rätt i avsnitt 6.3.2.3 nedan.

[308] Se t.ex. SOU 1971:15 s. 310; prop. 1975:103 s. 476; Andersson, SvJT 1993 s. 567 not 3; Kedner–Roos II 12:1.01 (s. 223) och 12:1.03 (s. 224); Lindskog, SvJT 1992 s. 82f respektive i JFK 12:2-3.2.2 (s. 34f) och 12:2-4.1.1 (s. 37); Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22; Sacklén i SvJT 1994 s. 144 och Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 19 och Rodhe, (bl.a.) Aktiebolagsrätt s. 125ff. Nial (a.st.) vill inskränka ogiltigheten till sådana dispositioner som tar i anspråk mer än utdelningsbar vinst *och* är uppenbart främmande för verksamhetens syfte eller medför otillbörlig fördel för medkontrahenten till bolagets nackdel. Om kopplingen mellan det bundna egna kapitalet och sistnämnda *minoritetsskyddsregler* får jag hänvisa till avsnitt 8.5 nedan och därtill avsnitt 9.7.

[309] Jfr t.ex. Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125ff. Lindskog använder termen "kapitalanvändning".

[310] Liknande t.ex. Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125 (rubriken).

[311] Jfr hänvisningen i not 307 och 308 ovan samt därtill RH 1992:80 jämte de i avsnitt 7.4.3.2.6 och 12.5.2 omnämnda hovrättsavgörandena. Annorlunda Danielsson, Aktiekapitalet s. 226.

disk person.[312] Med ett mer övergripande perspektiv framstår det likaså som nödvändigt att upprätthålla principen. Det bundna egna kapitalet, och särskilt då aktiekapitalet, är uppställt i tredje mans, särskilt bolagsborgenärernas, intresse och skall fungera som en slags "garanti" för att aktiebolagen har en förmögenhetsmassa av viss storlek vartill inte minst bolagsborgenärerna kan vända sig. Det ligger därmed nära till hands att generellt upprätthålla principen om skyddet för det bundna egna kapitalet oavsett om mottagaren av den vederlagsfria dispositionen är aktieägare eller vilken utomstående som helst. Skall det bundna egna kapitalet fungera som en slags säkerhet för tredje mans anspråk måste principen upprätthållas enhetligt.

> Samtidigt med att det i förarbetena till ABL och i litteraturen anges att utbetalningar till utomstående inte får ta i anspråk mer än fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL poängteras att utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL endast riktar sig mot aktieägarna.[313] Varför man skall tillämpa 12:2 1 st. ABL men inte 12:1 1 st. ABL framgår emellertid inte. För egen del skulle jag vilja ifrågasätta, om inte en tillämpning av 12:2 1 st. ABL förutsätter att 12:1 1 st. anses tillämplig.

Det är emellertid ingen självklarhet att principen om skyddet för det bundna egna kapitalet skall tillämpas på förevarande vis.[314] Man skulle förmodligen kunna nå ett likartat resultat genom att tillämpa ogiltighetsreglerna i AvtL (och) eller återvinningsreglerna i KL.

> I utländsk rätt synes principen om skyddet för det bundna egna kapitalet inte upprätthållas generellt på vederlagsfria utbetalningar till utomstående.[315]

Ett skäl mot att generellt upprätthålla principen om skyddet för det bundna egna kapitalet på vederlagsfria utbetalningar till *utomstående* är att den kan verka hämmande på omsättningen. Genom att upprätthålla principen är det närmare bestämt tänkbart att rättsordningen kommer att motverka eljest tillåtna avtal och andra rättshandlingar; förmögenhetsrättsliga dispositioner som ju bör främjas av rättsordningen.[316] Principens upprätthållande skulle därmed kunna motverka de övergripande ändamå-

[312] Jfr t.ex. Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125 och se beträffande exempelvis tysk rätt i avsnitt 6.3.2.3 nedan. Det är ju egentligen ett sådant förfogande som kommer i fråga vid koncerninterna värdeöverföringar.

[313] Se bl.a. SOU 1971:15 s. 310; prop. 1975:103 s. 475; Kedner–Roos 12:1.01 (s. 223) och Lind s. 262.

[314] Jfr i någon mån Kleineman, JT 1994–95 s. 430ff, särskilt s. 434ff.

[315] Se härom i kapitel 6 nedan, särskilt i fråga om tysk rätt.

[316] Jfr härvidlag kapitel 10 nedan om utbetalningsbegreppet.

len med ABL, bl.a. att underlätta näringsverksamhet och att främja omsättningen av varor och tjänster.

Danielsson har beskrivit nackdelen med att tillämpa principen på följande vis:[317]

> "Strängt taget kan i så fall ingen tryggt vare sig sälja till eller köpa från ett aktiebolag annat än om han vet, att han själv förlorar och bolaget tjänar på affären, och ett aktiebolag kan genom att hålla nere sin utdelningsbara vinst och bilda stora reserver trots god ställning skaffa sig ett skydd, som närmast är att likna vid det en omyndig åtnjuter."

För egen del tror jag inte att svårigheterna skall överdrivas. Det torde emellertid inte kunna förnekas att ett upprätthållande av principen om skyddet för det bundna egna kapitalet på vederlagsfria utbetalningar till utomstående kan verka hämmande på omsättningen[318] och att detta – om möjligt – måste förhindras. Härvidlag syns det möjligt att i två avseende tillmäta skyddet för omsättningen betydelse.

För det första förutsätter en tillämpning av principen, att det avtal som bolaget har ingått eller eljest den rättshandling som bolaget har företagit kan anses innefatta en vederlagsfri utbetalning till utomstående. Skyddet för omsättningen bör därför kunna tillmätas relevans inom ramen för utbetalningsbegreppet. Följaktligen bör gränsdragningen mellan vad som utgör ett vederlagsfritt förfogande över bolagsförmögenheten – en aktiebolagsrättlig utbetalning – och ett affärsmässigt avtal eller annan rättshandling ske under beaktande av skyddet för omsättningen. Vad beträffar detta spörsmål med avseende på vederlagsfria utbetalningar till utomstående får jag hänvisa till kapitel 10 nedan.

För det andra är det tänkbart att utomstående bör tillerkännas ett mer långtgående godtrosskydd vid avtal och andra rättshandlingar, som helt eller delvis skall anses innefatta en utbetalning i strid mot ABL, än vad som (möjligen) är fallet i relation till bolagets aktieägare.[319] Utomstående kan i två avseenden vara i god tro, närmare bestämt dels om att transaktionen var vederlagsfri (han förstod det som en bra affär), dels om att transaktionen stod i strid mot ABL (bolagets företrädare har gjort omfattande och trovärdiga utfästelser om att t.ex. en pantförskrivning hade täckning i fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL[320]). Ytterligare ett tänkbart fall, som inte normalt brukar föranleda något godtrosskydd, är att medkontrahenten inte kände till att ABL kunde tillämpas på avtalet eller

[317] Danielsson, Aktiekapitalet s. 225.

[318] Jfr i viss mån t.ex. Kedner–Roos II 12:1.03 (s. 224) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125.

[319] Se avsnitt 13.5 nedan.

[320] T.ex. på grundval av en "justerad" balansräkning för det senaste räkenskapsåret.

rättshandlingen (rättsvillfarelse).[321] Jag återkommer i avsnitt 13.5 nedan till godtrosskyddet.

> De lege ferenda är det betydligt mer tveksamt om principen om skyddet för det bundna egna kapitalet skall upprätthållas såväl mot aktieägare som utomstående. Huruvida så bör vara fallet måste besvaras utifrån ett helhetsperspektiv. Härvidlag måste man särskilt fråga sig om tredjemansskyddet – särskilt skyddet för bolagets fordringsägare – i stället och i tillräckligt hög grad kan tillgodoses med allmänna principer och regler (jfr ovan).

12:2 ABL ger inte bara uttryck för principen om skyddet för det bundna egna kapitalet. Vinstutdelning får enligt 12:2 2 st. 1 meningen ABL inte heller ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed. Bör då försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL anses tillämplig på vederlagsfria utbetalningar till utomstående? Uttalanden i förarbetena till ABL och i litteraturen tyder på att så är fallet.[322]

Försiktighetsregeln kompletterar det tredjemansskydd som är avsett med det bundna egna kapitalet. Tillsammans med det bundna egna kapitalet sådant det skyddas av 12:2 1 st. ABL syftar försiktighetsregeln till att garantera att aktiebolagen har en förmögenhetsmassa av viss storlek vartill kanske främst bolagsborgenärerna kan vända sig. För att åstadkomma ett tredjemansskydd i enlighet med lagstiftningens systematik och funktion är det enligt min uppfattning nödvändigt att upprätthålla försiktighetsregeln på samma sätt som principen om skyddet för det bundna egna kapitalet. Försiktighetsregeln måste vara tillämplig på vederlagsfria utbetalningar till utomstående. Man måste dock ta hänsyn till skyddet för omsättningen. Jag får hänvisa till kapitel 10 avseende utbetalningsbegreppet och avsnitt 13.5 beträffande godtrosskyddet.

I och med att principen om skyddet för det bundna egna kapitalet i 12:2 1 st. ABL och försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL skall tillämpas på vederlagsfria utbetalningar till utomstående måste man enligt min mening även upprätthålla kravet på fastställd balansräkning och fastställd resultaträkning (därtill i förekommande fall fastställd koncernbalansräkning och fastställd koncernresultaträkning) – annars kan i varje fall principen om skyddet för det bundna egna kapitalet omöjligen

[321] Jfr härom avsnitt 7.4.3.2.7 (finstilta partiet i slutet).

[322] SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 476. I litteraturen se bl.a. Andersson SvJT 1993 s. 567 not 3; Kedner–Roos II 12:1.01 (s. 223) och 12:1.03 (s. 224); Lindskog, SvJT 1982 s. 82f respektive i JFK 12:2-3.2.2 (s. 34f) och 12:2-4.1.1 (s. 37); Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22 jämfört med s. 21 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 126.

upprätthållas. Sålunda skall en vederlagsfri utbetalning till utomstående inte anses tillåten om det saknas fastställd balansräkning eller fastställd resultaträkning (i förekommande fall fastställd koncernbalansräkning eller fastställd koncernresultaträkning). Rättsläget synes emellertid vara oklart.[323]

Utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL anger ytterligare två utbetalningstyper, vilka är utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utbetalning (utskiftning) vid likvidation. Det är i varje fall *hypotetiskt* möjligt att ett bolag genom en utbetalning av endera slaget för över bolaget tillhörig egendom till utomstående. Bör då bestämmelserna i 6 kapitlet och 12:4 3 st. p. 3 ABL rörande utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden respektive bestämmelserna i 13 kapitlet ABL – främst 13:13 1 st. 1 meningen – upprätthållas på samma strikta vis som 12:2 ABL? Rättsläget får betraktas som osäkert, möjligen är svaret nekande.[324]

Jag vill mena att det vid tillämpningen av bestämmelserna i ABL om utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden måste sakna betydelse om mottagaren av utbetalningen är aktieägare eller utomstående. Aktiekapitalet och reservfonden tillhör det bundna egna kapitalet. Det bundna egna kapitalet syftar till att bereda tredje man skydd. Eftersom principen om skyddet för det bundna egna kapitalet i 12:2 1 st. ABL gäller vid vederlagsfria utbetalningar till utomstående, måste det vara systematiskt och funktionellt riktigt att utbetalningar till utomstående i samband med nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden skall ske med strikt iakttagande av bestämmelserna härom i ABL. Likaså bör åtminstone 13:13 1 st. 1 meningen ABL, som är uppställd i tredje mans intresse, iakttas strikt i samband med likvidation oavsett om det är aktieägare eller utomstående som tillgodogör sig bolagets förmögenhet.[325]

Vad som gäller i fråga om skyddet för aktieägarna vid vederlagsfria utbetalningar till utomstående återkommer jag till i avsnitt 5.4.7 nedan.

[323] Jfr avsnitt 5.4.2 ovan och ytterligare avsnitt 12.3.2.2 nedan om detta krav med avseende på aktiebolagsrättsliga utbetalningar till aktieägare.

[324] Utbetalningsförbudet skulle enbart rikta sig till aktieägarna. Se t.ex. SOU 1971:15 s. 310; prop. 1975:103 s. 475; Kedner–Roos 12:1.01 (s. 223) och Lind s. 262.

[325] Jfr Lindskog, JFK 12:1-3.1 (s. 23).

5.4.6 Om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen och dess betydelse vid utbetalning av vinstutdelning

5.4.6.1 Inledning

Aktieägarnas rätt att besluta i bolagets angelägenheter utövas vid bolagsstämman (9:1 1 st. ABL). Aktieägarnas rätt får utövas personligen eller genom ombud med dagtecknad fullmakt i skriftlig form (9:2 1 st. 1 meningen ABL). Inom sex månader efter utgången av varje räkenskapsår skall det hållas ordinarie bolagsstämma. Vid stämman skall årsredovisningen och revisionsberättelsen läggas fram. I moderbolag skall dessutom koncernredovisningen och koncernrevisionsberättelsen presenteras (9:5 1 st. ABL). Aktieägarna skall på bolagsstämman fastställa resultaträkningen och balansräkningen samt, i moderbolag, koncernresultaträkningen och koncernbalansräkningen (9:5 2 st. p. 1 ABL). Vidare skall aktieägarna fatta beslut om dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust enligt den fastställda balansräkningen och om ansvarsfrihet för styrelseledamöter och verkställande direktör (9:5 2 st. p. 2 och p. 3 ABL). Däremot skall aktieägarna inte på bolagsstämman eller eljest handha ledningen av bolaget. Enligt 8:6 1 st. 1 meningen ABL är det styrelsen som svarar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter. Om det finns en verkställande direktör är det han som skall handha den löpande förvaltningen efter de riktlinjer och anvisningar som styrelsen meddelar (8:6 1 st. 2 meningen ABL).

Från ansvaret för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter, som rör de interna förhållandena i bolaget, måste man skilja vem som företräder bolaget och alltså tecknar dess firma. Huvudregeln framgår av 8:11 1 st. ABL. Rätten att företräda bolaget och teckna dess firma tillkommer styrelsen. Styrelsen kan dock bemyndiga enskild styrelseledamot, verkställande direktör eller annan att företräda bolaget och teckna dess firma (särskild firmatecknare; 8:11 2 st. 1 meningen ABL). Verkställande direktör äger alltid företräda bolaget och teckna dess firma vad avser åtgärder som faller under den löpande förvaltningen (8:12 ABL).

Före den 1 januari 1995 gällde enligt 8:14 1 meningen ABL att om ställföreträdare, som företagit rättshandling för bolaget, handlat inom ramen för sin behörighet men samtidigt överskridit sin befogenhet, var rättshandlingen inte gällande mot bolaget, om den mot vilken rättshandlingen företogs insåg eller bort inse att befogenheten överskreds. Detsamma gällde enligt 8:14 2 meningen ABL om verkställande direktör vid företagande av rättshandling hade överskridit den behörighet att vidtaga

åtgärd på bolagets vägnar som hänförde sig till den löpande förvaltningen.

Enligt 8:14 1 st. 1 meningen ABL från den 1 januari 1995 gäller att om ställföreträdare som avses i 8:11 har företagit en rättshandling för bolaget och därvid har handlat i strid med bestämmelserna i ABL om bolagsorganens behörighet, gäller rättshandlingen inte mot bolaget. Detsamma gäller om en verkställande direktör vid företagande av en rättshandling har överskridit den behörighet som tillkommer honom enligt 8:12 och bolaget visar att motparten insåg eller bort inse behörighetsöverskridandet (8:14 1 st. 2 meningen ABL). Om ställföreträdare som avses i 8:14 1 st. har överskridit sin befogenhet, gäller rättshandlingen inte mot bolaget, om bolaget visar att motparten insåg eller bort inse befogenhetsöverskridandet (8:14 2 st. 1 meningen ABL). Detta gäller dock inte när styrelsen eller verkställande direktören har överträtt föreskrift om bolagets verksamhetsföremål eller andra föreskrifter som har meddelats i bolagsordningen eller av annat bolagsorgan (8:14 2 st. 2 meningen ABL). Se härom avsnitt 2.3.3 ovan men även avsnitt 5.4.6.5 och 5.4.6.8 nedan.

5.4.6.2 Funktionsfördelningen mellan bolagsorganen, ställföreträdare och behörighet och befogenhet

Beslut om vinstutdelning skall, som nyss nämnts, fattas av aktieägarna på bolagsstämman. Motsvarande gäller beträffande ökning av aktiekapitalet genom fondemission eller nedsättning av aktiekapitalet och reservfonden, ändring av bolagsordningen och tillsättande av styrelse och revisorer samt andra grundläggande ärenden i bolaget.[326] Bolagsstämman har däremot inte någon förvaltningsrätt beträffande bolagets angelägenheter och kan *i princip* inte binda bolaget vid rättshandlingar med utomstående (firmateckningsrätt);[327] det är fråga om ärenden som handhas av styrelsen och verkställande direktören. Vad angår sådana ärenden, över vilken bolagsstämman ensam har beslutanderätt, t.ex. val av förvaltnings- och kontrollorgan, fastställelse av balansräkning och resultaträkning, vinstutdelning, aktiekapitalets ökning genom fondemission eller nedsättning av aktiekapitalet och bolagsordningsändring, gäller som en ovillkorlig princip att de ligger utanför området för styrelsens funktion som organ för

[326] Jag bortser här och i det följande från de särskild fall där styrelsen har en sådan kompetens; se t.ex. 6:8 ABL och jfr 12:6 ABL.

[327] Jfr 9:5 ABL med 8:6, 8:11–12 och 8:14 ABL. Ett indirekt undantag från frånvaron av firmateckningsrätt är bolagsstämmans rätt enligt 9:18 1 st. ABL, för det fall styrelsen vill väcka talan mot bolaget, att välja ställföreträdare att föra bolagets talan i tvisten.

bolaget,[328] och utanför detta område har styrelsen varken befogenhet att handla för bolaget eller behörighet att företräda detta.[329] Vad nu sagts måste även gälla beträffande verkställande direktör.[330] En särskilt utsedd firmatecknare utgör inget "bolagsorgan" och saknar redan av denna orsak behörighet att företräda – och befogenhet att handla för – bolaget i nämnda ärenden (jfr nedan).

Den rättsliga förmåga, som tillkommer ställföreträdare att med bindande verkan för bolaget företräda bolaget, förstår jag härvidlag som behörighet och den rätt, som tillkommer ställföreträdare att i förhållande till bolaget utöva ställföreträdarskap, förstår jag som befogenhet.[331]

> Av lagberedningens motiv till 1944 års lag framgår det att vissa bestämmelser i lagförslaget inte skulle uppfattas som begränsningar i egentlig mening av ställföreträdares befogenhet eller behörighet att handla för aktiebolag utan som begränsningar i aktiebolags förmåga att genom rättshandlingar förvärva rättigheter och ikläda sig förpliktelser.[332] Lagberedningen nämner

[328] Se not 326 ovan.

[329] SOU 1941:9 s. 334f och jfr s. 321 samt s. 349 jämte prop. 1975:103 s. 383 och SOU 1992:83 s. 162 och s. 223f samt prop. 1993/94:196 s. 122, s. 125 och s. 168f. Jfr därtill SOU 1971:15 s. 247 och prop. 1975:103 s. 416 om reglerna rörande bolagens organisation såsom organens sammansättning samt deras befogenheter och skyldigheter m.m. och reglernas tvingande karaktär. I litteraturen se särskilt SWN s. 215 och jfr s. 204 samt s. 225. Se därtill Kedner–Roos I 8:14.01 (s. 220); Nial, Aktiebolagsrätt s. 118f, Om aktiebolag s. 61 och Svensk associationsrätt s. 227. Jfr i fråga om en till synes annorlunda uppfattning avsnitt 5.4.6.4 och 5.4.6.8 nedan och där anförda arbeten.

[330] Jfr föregående not.

[331] Samma SOU 1941:9 s. 335. Till grund för användningen av termerna behörighet och befogenhet i SOU 1941:9 låg 1915 års avtalslag. Se SOU 1941:9 s. 335 och härom ytterligare nedan.

[332] SOU 1941:9 s. 335 och Nial, Aktiebolagsrätt s. 118f, Om aktiebolag s. 61 och jfr Svensk associationsrätt 227. I sistnämnda arbete förekommer termen "ovillkorlig behörighetsbegränsning". Se a.st. Denna term används i samband med att Nial diskuterar den begränsningen att firmatecknare i aktiebolag eller ekonomisk förening inte genom sina rättshandlingar kan binda associationen i frågor som hör till stämmans exklusiva kompetens. Firmatecknaren – styrelsen eller särskild firmatecknare – kan sålunda inte genom avtal med utomstående förplika associationen till att t.ex. ändra eller inte ändra författningen. Från detta måste man emellertid skilja den i texten berörda situationen (Nial talar om "En annan viktig begränsning" beträffande firmatecknarens begränsade behörighet med avseende på ärenden som faller under stämmans kompetens.) Sålunda anger Nial att firmatecknaren i princip ej kan binda associationen – oavsett medkontrahentens goda tro – i fråga om sådana åtgärder som associationen över huvud taget inte får företa, exempelvis sådana som strider mot brottsbalkens regler eller, beträffande aktiebolag, mot förbuden i (numera) 7:2 och 7:3 ABL. Se anförda hänvisning till äldre arbeten där Nial talar om bolagets förmåga att förvärva rättigheter respektive ikläda sig skyldigheter. Härmed synes Nial avse bolagets rättskapacitet eller – vilket jag förordar – rättshandlingsförmågan. Se nedan. Tyvärr har denna distinktion inte uppmärksammats i förarbetena till den nyligen genomförda ändringen av 8:14 ABL. Se härom i det följande.

som ett exempel på en sådan bestämmelse förbudet mot förvärv av egna aktier i 51 § 1 st. 1910 års lag (jfr 69 § 1 st. 1944 års lag och 7:1 1 st. ABL före den 1 januari 1995; 7:2 1 st. från den 1 januari 1995).[333]

Motivuttalandet ger, såvitt jag kan förstå, uttryck för principen att t.ex. förbudet mot förvärv av egna aktier i 51 § 1 st. 1910 års lag skulle förstås som en inskränkning i rättshandlingsförmågan[334] och inte som en begränsning av ställföreträdares befogenhet eller behörighet. Ytterligare ett exempel på en sådan bestämmelse skulle i gällande rätt kunna tänkas vara 12:2 ABL (jfr 54 § 1 st. 1 meningen 1910 års lag och 73 § 1 mom. 1 meningen 1944 års lag beträffande principen om skyddet för det bundna egna kapitalet i 12:2 1 st. ABL; därtill kommer i gällande rätt försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL). Utbetalning av utdelning i strid mot 12:2 ABL ger i princip upphov till en ovillkorlig återbäringsskyldighet för mottagaren enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL (dock med ett godtrosskydd i 12:5 1 st. 2 meningen ABL). Se vidare avsnitt 5.4.6.8 nedan.

Den principiella skillnaden mellan en *begränsning av ställföreträdares behörighet* och en *inskränkning i bolagets rättshandlingsförmåga* är av visst praktiskt och teoretiskt intresse. Skulle bolagets ställföreträdare företa en rättshandling med överskridande av behörigheten – men inom ramen för rättshandlingsförmågan – kan åtminstone samtliga aktieägare ratihabera denna vid en senare tidpunkt (t.ex. utbetalning av vinstutdelning som företas av styrelsen; jfr 12:3 1 st. 1 meningen ABL). Samtliga aktieägare kan däremot inte ratihabera en rättshandling som strider mot en bestämmelse i ABL, vilken innefattar en inskränkning i bolagets rättshandlingsförmåga (i här angivet avseende).[335] För en godtroende kontrahent är dock distinktionen en klen tröst, eftersom bolaget enligt huvudregeln inte är bundet i något av fallen (om nu inte – vilket är osäkert med avseende på ABL – exstinktionsprincipen i godtrosförvärvslagen och annan lagstiftning kan tillämpas).[336]

Den funktionsfördelning som enligt det föregående gäller mellan bolagsorganen har betydelse vid utbetalning av vinstutdelning till aktieägarna

[333] I prop. 1993/94:196 s. 125 nämns – oriktigt enligt mitt förmenande – förvärv av egna aktier som ett exempel på överskridande av legal behörighet. Se härom föregående fotnot och följande fotnot.

[334] Det kan möjligen diskuteras om inte härmed till och med avses bolagets rättskapacitet. Med hänsyn till att begreppen rättskapacitet och rättshandlingsförmåga inte passar särskilt väl på juridiska personer och att bolaget i och för sig räknas som subjekt i fråga om tillgångar och skulder samt att lag eller allmänna principer blott innefattar en *viss begränsning av denna kapacitet*, har jag valt att betrakta nämnda begränsning som hänförlig till rättshandlingsförmågan. Det är dock fråga om en ovillkorlig begränsning av rättshandlingsförmågan.

[335] Rättshandlingen måste i princip företas på nytt.

[336] Se dock beträffande godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL nedan med vidare hänvisningar. Exstinktionsprincipen behandlar jag med avseende på aktiebolagsrättsliga utbetalningar i avsnitt 13.3.4.

såtillvida att det kan ifrågasättas, om inte en utbetalning i strid mot denna leder till återbäringsskyldighet för aktieägarna enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Skulle t.ex. styrelsen företa utbetalning av vinstutdelning i avsaknad av stämmobeslut uppkommer frågan om aktieägarna är återbäringsskyldiga för mottaget belopp. Och gäller en sådan återbäringsskyldighet oavsett om mottagaren var i god tro?

Jag avser att i följande avsnitt analysera om och i så fall i vilken utsträckning funktionsfördelningen mellan bolagsorganen begränsar styrelsens och andra ställföreträdares möjligheter att med bindande verkan för bolaget företa utbetalningar till aktieägarna. Avsnittet inleds med en analys av funktionsfördelningens ändamål, varefter följer en undersökning av bolagsstämmobesluts betydelse för ställföreträdares behörighet – kompetens – och befogenhet. Därefter behandlar jag i tur och ordning följande:

(1) Styrelsen eller annan ställföreträdare förfogar vederlagsfritt över bolagets förmögenhet trots att stämmobeslut saknas,
(2) Bolagsstämman fattar ett beslut om vinstutdelning eller annan utbetalning, som är ogiltigt eller angripligt, samtidigt som styrelsen eller annan ställföreträdare låter verkställa beslutet.
(3) Styrelsen eller annan ställföreträdare företar en utbetalning till aktieägarna fastän stämmobeslut saknas, dock har samtliga aktieägares samtycke inhämtats.
(4) Styrelsen eller annan ställföreträdare företar en utbetalning till aktieägarna i strid mot en bestämmelse i ABL, som är uppställd i tredje mans intresse.

Inom ramen för detta avsnitt kommer jag inte annat än perifiert in på spörsmålet under vilka förutsättningar aktieägare åtnjuter ett godtrosskydd vid aktiebolagsrättsliga utbetalningar enligt ovan. Se härom närmare kapitel 13 nedan.

5.4.6.3 Funktionsfördelningens ändamål

Motivet till funktionsfördelningen mellan bolagsstämman, styrelsen och verkställande direktören är att ABL är anpassad för en viss "normaltyp" av aktiebolag.[337] Ett aktiebolag där aktieägarna visserligen inte är många, men där det inte som beträffande handelsbolag är lämpligt att i lag stadga att enskilda aktieägare skall ha förvaltningsrätt och firmateckningsrätt (jfr häremot 2:3 1 st. och 2:17 1 st. BL). Styrelsens och verkställande direktörens förvaltningsrätt och firmateckningsrätt förklaras inte bara av

[337] Detta innebär naturligtvis inte att ABL inte fungerar väl i andra "typer" av bolag.

att aktieägarna omöjligen kan fullgöra samma uppgifter. Den affärsmässiga kompetensen och skötseln av bolagets angelägenheter blir naturligtvis bättre om den koncentreras till ett fåtal, som regelbundet (och beträffande verkställande direktör på heltid) kan ägna sig åt bolagets verksamhet.

De i juridiskt hänseende kanske viktigaste ändamålen som styrelsens och verkställande direktörens förvaltningsrätt och firmateckningsrätt tillgodoser torde dock vara skyddet för tredje man respektive skyddet för omsättningen.

Bestämmelserna om det bundna egna kapitalet m.m. innefattar ett förbud mot utbetalningar till aktieägarna (jämte utomstående) och fungerar som ett hinder mot att bolagets verksamhet fortsätter när det saknas ekonomiska förutsättningar för detta (se särskilt 12:2 och 13:2 ABL). Med aktiekapitalet och andra bundna poster är avsikten att tillförsäkra aktiebolagen en egen förmögenhetsmassa, som skall fungera som en slags säkerhet för tredje mans anspråk. Det ankommer på styrelsen och verkställande direktören att tillse att de bestämmelser i ABL, vilka är uppställda i bl.a. bolagsborgenärernas intresse, respekteras.[338]

Skyddet för omsättningen tillgodoses i förevarande sammanhang på så sätt att utomstående kan vända sig till ett bolagsorgan – styrelsen eller verkställande direktören – och utgå från att detta äger företräda bolaget med bindande verkan för detta.

5.4.6.4 Om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen, stämmobeslut och ställföreträdares behörighet och befogenhet

ABL vilar, som tidigare framhållits, på principen att det är bolagsstämman och inte styrelsen eller annan ställföreträdare som har att fatta beslut om vinstutdelning och andra typer av utbetalningar. Om styrelsen eller annan ställföreträdare t.ex. fattar beslut om och verkställer vinstutdelning i avsaknad av bolagsstämmobeslut överskrider ställföreträdaren därmed den i ABL stadgade funktionsfördelningen mellan bolagsorganen. Innebär då den omständigheten att styrelsen eller annan ställföreträdare överskridit funktionsfördelningen mellan bolagsorganen, att styrelsen eller annan ställföreträdare handlat utanför sin behörighet (kompetens)? Frågan kan generellt besvaras på två olika vis. Ett alternativ, som jag redan har varit inne på i avsnitt 5.4.6.2, innebär att beträffande ärenden, över vilka bolagsstämman ensam har beslutanderätt, saknar styrelsen och annan ställföreträdare behörighet att företräda bolaget och befogenhet att handla för detta. Se närmare nedan.

[338] Jfr SOU 1941:9 s. 323 och SWN s. 206.

Ett annat alternativ, som till synes finns representerat i litteraturen, är att betrakta styrelsens och övriga ställföreträdares rätt att företräda bolaget enligt 8:11 ABL, som den enda legala normen vad avser deras behörighet.[339] Övriga bestämmelser i ABL och andra typer av inskränkningar (t.ex. föreskrifter i bolagsordningen) skall anses hänförliga till befogenheten. Skulle t.ex. styrelsen företa en utbetalning till aktieägarna fastän stämmobeslut om vinstutdelning saknas, skall detta ses som att bolagets styrelse har företagit en rättshandling i avsaknad av befogenhet eller i allt fall som att utbetalningen innefattar ett befogenhetsöverskridande.[340] Detsamma gäller om styrelsen med samtliga aktieägares samtycke låter företa en utbetalning i strid mot 12:2 ABL.[341] (Jag bortser här från den speciella behörighet som tillkommer verkställande direktören enligt 8:12 jämförd med 8:6 ABL.)

Det enligt min mening riktiga synsättet, vilket har stöd i främst förarbetena till 1944 års lag men även i förarbetena till de nyligen (1994)

[339] Jfr för ett resonemang till synes i denna riktning Lindskog, SvJT 1992 s. 85ff, särskilt s. 86 och JT 1992–93 s. 100, särskilt not 60 samt möjligen JFK 12:5-4.1.2 (s. 99ff) beträffande s.k. indirekt kapitalanvändning. I sistnämnda arbete för Lindskog ett resonemang kring frågan om 8:14 ABL och befogenhetsregeln skall tillämpas med utgångspunkt i *kapitalanvändningens form* eller *kapitalanvändningens mottagare*. Se JFK 12:5-4.1.2 (s. 101). Ingetdera är emellertid bestämmande eller ens relevanta. I stället är det *rättshandlingens karaktär av aktiebolagsrättslig utbetalning* som är *bestämmande för utbetalningsförbudets och samtliga utbetalningsreglers tillämpning*, däribland 12:5 ABL.

Lindskog vacklar till synes också något i sitt resonemang då han framhåller att ett "kapitalanvändningsbeslut av styrelsen är alltid ogiltigt på grund av kompetensöverskridande" (Lindskog använder ordet "kompetens" i en annan betydelse än jag) men att frågan huruvida bolaget trots beslutets ogiltighet blir bundet av den disposition genom vilket beslutet har verkställts "torde vara att bedöma efter reglerna i 8:14 ABL". Se JFK 12:3-4.1.2 (s. 72) och a.st not 17. Förmodligen företräder Hellner en ståndpunkt som påminner om det anförda. Se Hellner, Kommersiell avtalsrätt s. 57ff. Se vidare avsnitt 5.4.6.5 och beträffande bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse avsnitt 5.4.6.8 nedan.

[340] Så i synnerhet Lindskog, JFK 12:1-4.2 (s. 25), där han uttalar följande: "Om fritt eget kapital tagits i anspråk genom en kapitalanvändning i annan form än vinstutdelning till aktieägarna utan att samtliga aktieägare varit ense föreligger ett kompetensöverskridande (ordet används i annan betydelse än i min framställning). Detta kompetensöverskridande torde när kapitalanvändning sker i form av en rättshandling med tredje man, och så sannolikt också vid rättshandlandande med aktieägare när han ej agerar som sådan, få betydelse inom ramen för 8:14 /.../. Vidare: "Ofta torde emellertid läget vara det att något *bolagsstämmobeslut inte föreligger*; *ställföreträdaren* har *vidtagit dispositionen* i fråga *med stöd av t.ex. ett styrelsebeslut*. I detta läge aktualiseras frågan i vad mån styrelsens kompetensöverskridande och därmed också *ställföreträdarnas befogenhetsöverskridande* kan läkas, t.ex. genom att samtliga aktieägare på bolagsstämma godkänner dispositionen." Lindskog diskuterar över huvud taget inte bestämmelserna i ABL om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen.

[341] Denna uppfattning förträds särskilt av Lindskog. Se Lindskog, SvJT 1992 s. 85ff, särskilt s. 86; JT 1992–93 s. 100, särskilt not 60 och JFK 12:5-4.1.2 (s. 99ff) beträffande s.k. indirekt kapitalanvändning

genomförda ändringarna av ABL (i vad avser 8:14)[342] samt i litteraturen, innebär att man inte skall betrakta 8:11 ABL som den enda legala norm, som anger styrelsens och annan ställföreträdares behörighet (se avsnitt 5.4.6.2 ovan med vidare hänvisningar).[343] Utgångspunkten för bedömningen är fortfarande att styrelsens och annan ställföreträdares behörighet följer av 8:11 ABL. Denna bestämmelse ger emellertid inte uttryck för en behörighet som sträcker sig längre än *vad som följer av övriga bestämmelser i ABL och allmänna principer* (t.ex. kan styrelsen inte med bindande verkan för bolaget ingå ett avtal som strider mot tvingande lag[344] eller goda seder[345]).

Om styrelsen rättshandlar för bolaget i ärenden, som bolagsstämman ensam har beslutanderätt över – t.ex. val av förvaltnings- och kontrollorgan, fastställelse av balansräkning och resultaträkning, vinstutdelning, aktiekapitalets ökning genom fondemission eller nedsättning av aktiekapitalet och ändring av bolagsordningen – agerar styrelsen utanför sin funktion av organ för bolaget. Utanför sin funktion av organ för bolaget saknar styrelsen både behörighet och befogenhet. Det sagda gäller även för annan ställföreträdare såsom verkställande direktör och särskild firmatecknare.

Bolagets ställföreträdare äger motsatsvis verkställa beslut som fattats på bolagsstämman rörande t.ex. vinstutdelning, ökning av aktiekapitalet genom fondemission eller nedsättning av aktiekapitalet och ändring av bolagsordningen. I och med stämmobeslutet kommer styrelsen eller annan ställföreträdare att med bindande verkan för bolaget kunna företa rättshandlingar för detta (t.ex. en utbetalning till aktieägarna). Vad ligger då till grund för denna förmåga att företa rättshandlingar med bindande verkan för bolaget? Beror den på 8:11 ABL? Nej, svaret torde i stället vara att stämmobeslutet får betraktas som det *rättsfaktum*, som konstituerar *behörighet* för bolagets ställföreträdare i den betydelsen att de kan

[342] Gentemot det anförda skulle möjligen kunna åberopas det faktum att ett "privat remissyttrande" av Lindskog i hög grad lär ha påverkat den slutliga utformningen av 8:14 ABL. Gentemot detta kan dock åberopas omständigheterna kring utformningen av godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Se härom bl.a. avsnitt 11.2 och 13.2.4 nedan.

[343] Jfr i tysk rätt beträffande förhållandet mellan å ena sidan 82 § AktG och å andra sidan 57 § AktG och 134 § BGB. Se Hefermehl i AktG 82 § RdNr 9 och jfr Mertens i Kölner Komm 82 § RdNr 4.

[344] Jag förutsätter här att ogiltighet är rättsföljden, vilket naturligtvis inte är fallet med all tvingande lagstiftning. Detta är närmast beroende av vilka skyddsändamål som skall tillgodoses och om dessa talar för en ogiltighetssanktion. Jfr nedan avsnitt 5.4.6.8 om legala förbud.

[345] Jag förutsätter här liksom i föregående fall att ogiltighet är rättsföljden, vilket naturligtvis inte är fallet med alla "goda seder". Detta är närmast beroende av vilka skyddsändamål som skall tillgodoses och om dessa talar för en ogiltighetssanktion.

företa *rättshandlingar* med *bindande verkan för bolaget*. Med stämmobeslutet uppkommer samtidigt *befogenhet* för bolagets ställföreträdare att företa rättshandlingar för detta. I de ämnen över vilka bolagsstämman ensam har beslutanderätt saknar följaktligen bolagets ställföreträdare både behörighet och befogenhet. Först med stämmobeslutet uppkommer behörighet och befogenhet.

> Vad nu sagts beträffande stämmobeslut gäller ock beträffande samtycke av samtliga aktieägare. Se avsnitt 5.4.6.7 nedan.

Enligt min uppfattning stödjer också syftet med funktionsfördelningen mellan bolagsorganen sistnämnda alternativ. Att styrelsen och verkställande direktören handhar förvaltningen av bolagets angelägenheter och företräder detta är en sak. En annan sak är att vissa ärenden ankommer på bolagsstämman. Syftet med funktionsfördelningen är att skilja på vilka uppgifter som ankommer på respektive organ. Inte att samtliga uppgifter skall kunna handhas av ett organ (jfr nedan).

> Om man tillämpar en motsatt lösning, där behörigheten enbart anses följa av 8:11 ABL, kommer det åtminstone i princip att vara möjligt för bolagets ställföreträdare att binda bolaget vid rättshandlingar, som berör ärenden över vilka bolagsstämman ensam har bestämmanderätt (om medkontrahenten är i god tro; ställföreträdaren skall enligt 8:14 2 st. 1 meningen ABL anses ha rättshandlat för bolaget i avsaknad av befogenhet eller i allt fall anses ha överskridit sin befogenhet). Lösningen skulle leda till att bolagets ställföreträdare med bindande verkan för bolaget skulle kunna företa utbetalning av vinstutdelning, sätta ned aktiekapitalet med utbetalning till aktieägarna och ändra bolagsordningen. En sådan *de facto* inskränkning av bolagsstämmans behörighet är enligt min mening oacceptabel. Rättshandlingar av angivet slag bör inte gälla ens gentemot utomstående i god tro.[346]

Vad nu sagts har, som nämnts, också stöd i förarbetena till den nyligen genomförda ändringen av 8:14 ABL, som trädde i kraft den 1 januari 1995. Aktiebolagskommittén beskriver rättsläget som så att ABL:s regler om kompetensfördelningen (funktionsfördelningen med min terminologi) mellan bolagsorganen utgår från att bolagsstämman är bolagets högsta beslutande organ. Bolagsstämman har exklusiv beslutanderätt i en rad frågor, såsom val av styrelseledamöter och revisorer, fastställande av balansräkning, åtgärder med anledning av bolagets vinst eller förlust

[346] Det behov av godtrosskydd som trots allt existerar vid t.ex. öppen eller förtäckt utbetalning av utdelning är redan tillgodosett i ABL (se 12:5 1 st. 2 meningen). Ett sådant godtrosskydd eftersträvas av Lindskog, och synes vara det huvudsakliga motivet till att man skulle tillämpa reglerna om befogenhetsöverskridande vid (förtäckt) utbetalning av utdelning i strid mot 12:2 ABL; jfr Lindskog, SvJT 1992 s. 87 och JT 1992–93 s. 85 och 97 samt JFK 12:5-4.1.2 (s. 101f).

(t.ex. beslut om vinstutdelning – min anm.), ändring av aktiekapitalets storlek samt ändring av bolagsordningen. Bolagets förvaltning handhas av styrelsen och, i förekommande fall, av dess verkställande direktör.[347]

Enligt 8:11 1 st. ABL är det styrelsen som företräder bolaget och tecknar dess firma. Styrelsens rätt i detta avseende begränsas emellertid av kompetensfördelningen mellan bolagsstämman och styrelsen. Sålunda saknar styrelsen kompetens att företräda bolaget i ärenden som enligt vad ovan sagts med exklusiv bestämmanderätt tillkommer bolagsstämman att avgöra. Vidtar styrelsen rättshandling för bolagets räkning med överskridande av denna kompetens, medför åtgärden inte några rättsverkningar mot kontrahenten, oberoende av om denne var i god tro.[348]

Om en ställföreträdare för bolaget såsom styrelsen handlar i strid med bestämmelserna i ABL om bolagsorganens kompetens binder ställföreträdarens åtgärder alltså inte bolaget.[349]

> Detsamma gäller åtgärder i strid mot klara förbud i ABL respektive bestämmelser i BrB.[350] Se närmare avsnitt 5.4.6.8 nedan.

I linje med det sagda stadgas i 8:14 1 st. 1 meningen ABL numera följande: "Om ställföreträdare som avses i 11 § har företagit en rättshandling för bolaget och därvid har handlat i strid med bestämmelserna i denna lag om *bolagsorganens behörighet*[351], gäller rättshandlingen inte mot bolaget." Motsvarande får antas gälla beträffande verkställande direktör. När en verkställande direktör vid företagande av en rättshandling har överskridit *den behörighet som tillkommer honom enligt 8:12 ABL krävs det dock* för att en rättshandling inte skall bli gällande mot bolaget, att bolaget lyckas visa att motparten insåg eller bort inse behörighetsöverskridandet (8:14 1 st. 2 meningen ABL).

> I jämförelse med Aktiebolagskommittén är föredraganden i prop. 1993/94:196 betydligt mer "försiktig" i fråga om vad som skall anses som rättshandlingar vidtagna av ett bolagsorgan i strid mot ABL:s regler om bolagsorganens behörighet. Visserligen beskrivs den allmänna principen på samma sätt som i utredningen, låt vara med en annan terminologi. Sålunda anförs det att om ett bolagsorgan företar en rättshandling eller fattar ett beslut som det enligt ABL inte har behörighet att företa eller fatta, blir rättshandlingen eller beslutet inte bindande mot bolaget oavsett om bolagets

[347] SOU 1992:83 s. 223.
[348] SOU 1992:83 s. 224.
[349] SOU 1992:83 s. 162 och jfr s. 137.
[350] Det bör framhållas att man i detta avseende knappast kan tala om "bolagsorganens kompetens" eller "bolagsorganens behörighet". Se avsnitt 5.4.6.8 nedan. Jfr dock i det följande.
[351] Med min terminologi "funktionsfördelningen mellan bolagsorganen" och med Aktiebolagskommitténs terminologi "bolagsorganens kompetens".

motpart var i god tro. Men principen illustreras inte särskilt väl. I den allmänna motiveringen anges blott att t.ex. styrelsen inte genom beslut eller avtal kan ålägga bolaget att ändra sin bolagsordning, eftersom ABL bygger på att endast bolagsstämman kan besluta om ändring av bolagsordningen.[352] Principen illustreras dock något utförligare i specialmotiveringen, där det poängteras att varken styrelsen eller någon särskild firmatecknare på egen hand kan förplikta bolaget att ändra sin bolagsordning, träda i likvidation eller träffa uppgörelser om skadestånd enligt 15 kapitlet m.m.[353]

Man kan på goda grunder misstänka att det större mått av "försiktighet" som framträder i propositionen i mångt och mycket beror på att det på senare tid hävdats att godtrosregeln i 8:14 ABL i den före den 1 januari 1995 gällande lydelsen skall tillämpas vid t.ex förtäckta utbetalningar i strid mot 12:2 ABL (som motsvarar 8:14 2 st. 1 meningen ABL från den 1 januari 1995). Vare sig denna misstanke är riktig eller ej kan man åtminstone tycka att berörda problem borde ha uppmärksammats i propositionen.

För egen del anser jag, som framgått, att en aktiebolagsrättslig utbetalning som företas av bolagets styrelsen i avsaknad av stämmobeslut (eller samligt aktieägares samtycke) strider mot bestämmelserna i ABL om bolagsorganens behörighet (funktionsfördelningen mellan bolagsorganen). Vid aktiebolagsrättsliga utbetalningar som företas av bolagets styrelse eller annan ställföreträdare och som grundar sig på stämmobeslut (eller samtliga aktieägares samtycke) i strid mot 12:2 ABL är 8:14 ABL över huvud taget inte tillämplig. Se närmare avsnitt 5.4.6.8 nedan.

5.4.6.5 Om bolagsstämmobeslut saknas samtidigt som styrelsen eller annan ställföreträdare företar rättshandling för bolaget som förutsätter ett sådant beslut

Om ett bolags styrelse eller annan ställföreträdare företar en rättshandling, som förutsätter ett stämmobeslut och stämmobeslut saknas, måste denna betraktas som oförbindande för bolaget, eftersom det saknas ett behörighetsgrundande[354] rättsfaktum i form av ett stämmobeslut (8:14 1 st. 1 meningen ABL).[355] Vad särskilt angår utbetalning av vinstutdelning och andra typer av utbetalningar till aktieägare eller utomstående innebär det anförda följande (jag bortser från 6:8 och 12:6 ABL): Företar bolagets ställföreträdare en – öppen eller förtäckt – utbetalning trots att stämmobeslut saknas är utbetalningen oförbindande för bolaget.

Utbetalningen behöver dock inte återbäras om mottagaren var i god tro; se kapitel 13 nedan om 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Notera härvidlag att denna

[352] Prop. 1993/94:196 s. 122.
[353] Prop. 1993/94:196 s. 169.
[354] Stämmobeslutet är samtidigt befogenhetsgrundande. Se föregående avsnitt.
[355] Se särskilt SOU 1941:9 s. 334. Se ock hänvisningar i not 329 ovan.

godtrosregel ursprungligen grundar sig på allmänna principer rörande condictio indebiti. Numera får 12:5 1 st. 2 meningen ABL betraktas som en godtrosregel av "eget slag". Godtrosregeln skall tillämpas oavsett orsaken till att utbetalningen är lagstridig förutsatt denna tillhör utbetalningstypen utbetalning av vinstutdelning. Sålunda torde det sakna betydelse att en utbetalning vidtagen av en ställföreträdare i och för sig innefattar ett rättshandlande för ett aktiebolag i avsaknad av behörighet.

5.4.6.6 *Om ett bolagsstämmobeslut är ogiltigt eller angripligt samtidigt som styrelsen eller annan ställföreträdare verkställer detta genom att företa en rättshandling för bolaget*

I 9:17 ABL regleras under vilka förutsättningar talan kan föras mot felaktiga stämmobeslut. Lagrummet anger i första stycket första meningen att om bolagsstämmobeslut ej tillkommit i behörig ordning eller eljest strider mot ABL eller bolagsordningen, kan talan mot bolaget om upphävande eller ändring av beslutet föras av aktieägare eller av styrelsen, styrelseledamot eller verkställande direktör. Talan måste väckas inom tre månader från dagen för beslutet. Om talan inte väcks inom nämnda tid faller rätten till talan bort (9:17 2 st. ABL). I tredje stycket anges dock tre situationer då talan kan väckas senare än tre månader från dagen för beslutet. *En* sådan situation är att stämmobeslutet inte lagligen hade kunnat fattas ens med samtliga aktieägares samtycke.

Felaktiga stämmobeslut brukar traditionellt indelas i sådana som är angripliga (klanderbara) och sådana som är att anse som nulliteter.[356] Med angripliga stämmobeslut avses stämmobeslut som måste klandras inom tre månader från beslutsdagen för att de skall bli ogiltiga. Ett stämmobeslut är att anse som en nullitet, om beslutet är sådant att det kan angripas – åtminstone i princip[357] – hur länge som helst (bestående ogiltighet).

Till vilken kategori ett stämmobeslut skall anses hänförligt måste bestämmas i flera steg. Den första frågan är om beslutet ej tillkommit i behörig ordning eller eljest strider mot ABL eller bolagsordningen (9:17

[356] Se härom t.ex.SOU 1941:9 s. 554ff; prop. 1944:5 s. 195; SOU 1971:15 s. 245ff och prop. 1975:103 s. 412ff. Bergendal s. 45ff; Johansson, Bolagsstämma s. 89ff; Kedner–Roos I 9:17.01ff (s. 262ff); Nial, Om klanderbara stämmobeslut s. 63ff och Svensk associationsrätt s. 172ff samt SWN s. 382ff.

[357] Förmodligen kan en längre tid passivitet från aktieägarnas sida enligt allmänna regler få till följd att delägarna förlorar sin rätt att föra talan mot beslutet. Se prop. 1975:103 s. 412 och SOU 1971:15 s. 245. Se ock bl.a. Johansson, Bolagsstämma s. 91f och Kedner–Roos I 9:17.01 (s. 263). Det vore ytterst märkligt om inte passivitet skulle avhjälpa ogiltighet beträffande stämmobeslut även i form av nullitet. En motsatt princip innebär att ett ogiltigt stämmobeslut från t.ex. sekelskiftet kan åberopas med de rättsverkningar det kan tänkas ha i senare led. En sådan rättstillämpning framstår i vart fall för mig som gränsande till stötande.

1 st. 1 meningen ABL). Med ordalagen att beslutet "ej tillkommit i behörig ordning" avses att beslutet är formellt felaktigt, dvs. felaktigt i fråga om tillkomstsättet.[358] Ett stämmobeslut strider mot ABL eller bolagsordningen, om det till sitt materiella innehåll är rättsstridigt.[359]

Den andra frågan är om beslutet är sådant att det inte lagligen hade kunnat fattas ens med samtliga aktieägares samtycke, samtycke till beslutet krävs av alla eller vissa aktieägare och sådant samtycke ej givits eller kallelse till stämma ej skett eller de för bolaget gällande bestämmelserna om kallelse väsentligen eftersatts (9:17 3 st. p. 1–3 ABL). Om stämmobeslutet eller omständigheterna kring hur detta har tillkommit faller under någon av de sistnämnda kategorierna, kan det angripas efter tremånadersfristen (stämmobeslutet skall betraktas som en nullitet).[360] I annat skall det, som framgått, klandras inom tre månader från beslutsdagen.

Av de tre nullitetsfallen i 9:17 3 st. ABL torde stämmobeslut som faller under första punkten vara av störst intresse. Ett stämmobeslut kan ej lagligen fattas ens med samtliga aktieägares samtycke, om det strider mot centrala regler i aktiebolagsrätten som avser skydda andra än bolagets nuvarande aktieägare, dvs. blivande aktieägare, borgenärer, anställda och andra som har rättigheter mot bolaget.[361] Hit hör framför allt regler som har till syfte att upprätthålla det bundna egna kapitalet men också regler beträffande bolagets organisation såsom organens sammansättning samt deras befogenheter och skyldigheter m.m. I princip är 3 st. p. 1 tänkt att tolkas e contrario. Om beslutet bara drabbar nuvarande aktieägare – personer som vid tidpunkten för beslutet är aktieägare – kan det fattas med samtycke av dem alla;[362] stämmobeslutet strider mot en bestämmelse uppställd i deras eget intresse.

Bolagets ställföreträdare får enligt 8:13 2 st. ABL[363] inte efterkomma föreskrift av bolagsstämman, om föreskriften inte är gällande därför att den står i strid mot ABL eller bolagsordningen. Regeln anses innebära att bolagets ställföreträdare inte får verkställa ett stämmobeslut, om beslutet strider mot ABL, bolagsordningen eller inte tillkommit i behörig ordning (9:17 1 st. 1 meningen ABL).[364] Bolagets ställföreträdare måste dock skilja

[358] Se bl.a. SOU 1971:15 s. 246 och prop. 1975:103 s. 413 samt Nial, Svensk associationsrätt s. 171f.

[359] Jfr hänvisningar i föregående not.

[360] Jag bortser härvidlag från 9:17 4 st. ABL och hänvisningen till 14:30 1 st. ABL.

[361] Se bl.a. SOU 1941:9 s. 557; SOU 1971:15 s. 247 och prop. 1975:103 s. 416. Se därtill t.ex. Kedner–Roos I 9:17.06 (s. 264) och SWN s. 383.

[362] SOU 1971:15 s. 247 och prop. 1975:103 s. 415f.

[363] Jfr 92 § 1 st. 3 meningen 1944 års lag.

[364] Se SOU 1941:9 s. 346f; SWN 223 och Kedner–Roos I 8:13.05 (s. 219). Jfr SOU 1971:15 s. 216 och prop. 1975:103 s. 382.

på stämmobeslut som är att anse som nulliteter och sådana beslut, som för ogiltighet måste klandras inom tre månader från beslutsdagen. Ställföreträdare får, och förmodligen skall,[365] verkställa ett stämmobeslut av det senare slaget när beslutet enligt 9:17 2 st. ABL blivit gällande på grund av underlåten klandertalan (jfr ordalagen i 8:13 2 st: "om föreskriften icke är gällande"), om inte omständigheterna föranleder att frågan om verkställighet får anses förfallen.[366] Däremot torde man i princip kunna utgå från att stämmobeslut, som strider mot tvingande bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse, inte får verkställas oberoende av tiden.[367]

Jag har i föregående avsnitt försökt visa att beträffande sådana ärenden över vilka bolagsstämman ensam har beslutanderätt saknar styrelsen behörighet. Behörighet och även befogenhet uppkommer genom ett giltigt stämmobeslut. Ett särskilt problem aktualiseras emellertid om stämmobeslutet är ogiltigt enligt 9:17 ABL. Bör bolagets ställföreträdare ändock anses ha behörighet och befogenhet eller saknas båda delarna? Eller skall man möjligen skilja mellan bolagsstämmobeslut som är angripliga och sådana som är att betrakta som nulliteter.

Enligt min uppfattning kan det ifrågasättas, om man inte bör använda sig av en distinktion av det senare slaget. Bolagets ställföreträdare får i varje fall anses sakna behörighet – och befogenhet – att företa rättshandlingar på bolagets vägnar i enlighet med ett stämmobeslut, som är att betrakta som en nullitet enligt 9:17 3 st. ABL. Detta får i synnerhet sägas vara fallet beträffande stämmobeslut som strider mot bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans, särskilt bolagsborgenärernas, intresse. Inte ens samtliga aktieägare kan fatta ett giltigt stämmobeslut om en utbetalning i strid mot bestämmelserna om det bundna egna kapitalet m.m. Skulle bolagets ställföreträdare låta verkställa ett stämmobeslut, som strider mot bestämmelserna i 6 kapitlet eller 12:2 ABL, är bolaget inte bundet av utbetalningen (12:5 1 st. 1 meningen ABL), eftersom rättshandlingen dels strider mot nämnda bestämmelser, dels sker i avsaknad av ett giltigt stämmobeslut, som kan konstituera behörighet att verkställa detta – alltså företa rättshandlingen – med bindande verkan för bolaget. Den

[365] Jfr 92 § 1 st. 3 meningen 1944 års lag ("ej vara gällande") och se SOU 1941:9 s. 346f; SWN s. 223; SOU 1971:15 s. 216 och prop. 1975:103 s. 382 samt Kedner–Roos I 8:13.05 (s. 219f). Ställföreträdaren får förmodligen ändå inte verkställa ett på grund av klanderpreskription eljest giltigt stämmobeslut om bolaget därigenom tillfogas skada. Se härom bl.a. SOU 1971:15 s. 216 och prop. 1975:103 s. 382f. Jfr 92 § 1 st. 3 meningen 1944 års lag:/.../ verkställighet styrelsen finner innebära ett uppenbart åsidosättande av bolagets intressen."

[366] Jfr 92 § 1 st. 3 meningen 1944 års lag. Se SOU 1941:9 s. 346 ("ändrade förhållanden"); SWN s. 223 ("ändrade förhållanden") och Kedner–Roos I 8:13.05 (s. 219) ("om beslutet då fortfarande är aktuellt").

[367] Jfr dock om passivitet ovan not 357.

omständigheten att bolaget under vissa förutsättningar inte kan återkräva vad som olovligen utbetalats på grund av godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL saknar härvidlag betydelse.[368] Denna godtrosregel är, som redan torde ha framgått, av "eget slag", och skall tillämpas oavsett den bakomliggande orsaken till att utbetalningen skall återbäras.

Problemet gestaltar sig annorlunda med avseende på rättshandlingar som företas av bolagets ställföreträdare på grundval av ett stämmobeslut som är klanderbart enligt 9:17 1 och 2 st. ABL. Ett angripligt stämmobeslut får visserligen inte verkställas men är samtidigt villkorligt giltigt. Ogiltighet förutsätter en framgångsrik klandertalan inom tre månader från dagen för beslutet. I annat fall blir stämmobeslutet fullt ut giltigt.

Enligt min uppfattning är det tänkbart, att en "relativ" ogiltighet av förevarande slag bör ha begränsade rättsverkningar med avseende på ställföreträdares möjligheter att i enlighet med ett (fortfarande) klanderbart stämmobeslut företa rättshandlingar för bolaget. Typiskt för angriplighet är att sådan ogiltighet inte kan göras gällande mot part i god tro.[369] Med hänsyn härtill är det inte osannolikt att ett klanderbart stämmobeslut blott skall tillmätas betydelse för ställföreträdares befogenhet. Bolagets ställföreträdare skulle med detta synsätt, som har ett visst stöd i förarbetena till 1944 års lag,[370] anses sakna befogenhet intill dess att rätten att föra talan mot stämmobeslutet går förlorad. Däremot får bolagets ställföreträdare redan i och med stämmobeslutet behörighet att företa rättshandlingar med bindande verkan för bolaget. Om bolagets ställföreträdare under denna tid, och i enlighet med det klanderbara stämmobeslutet, företar en rättshandling för bolaget, kan ogiltighet i princip bara göras gällande, om den mot vilken rättshandlingen företogs insåg eller bort inse att befogenheten "överskreds"[371] (8:14 1 meningen ABL före den 1 januari 1995 och 8:14 2 st. 1 meningen ABL[372] från den 1 januari 1995).

[368] Samma i SOU 1941:9 s. 560 och SWN s. 385 samt Nial, Svensk associationsrätt s. 173. Till synes kommer en annan uppfattning till uttryck i SOU 1941:9 s. 654 och SWN s. 495. Se ock för en annorlunda uppfattning beträffande 12:2 ABL Lindskog, SvJT 1992 s. 86 och i JT 1992–93 s. 85, 97 och 100 särskilt not 60. Se härom not 382 nedan.

[369] Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 219.

[370] Jfr SOU 1941:9 s. 349f och SWN 225f samt hänvisningen i SOU 1971:15 s. 216f och prop. 1975:103 s. 383 till 93 § 1944 års lag om verkan av att ställföreträdare överskridet sin befogenhet. Jfr ock beträffande generalklausulen nedan.

[371] I förevarande fall saknas egentligen befogenhet.

[372] Man skulle möjligen kunna tycka att detta väl är en typisk situation vid vilket 8:14 2 st. 2 meningen ABL kan tillämpas från den 1 januari 1995. Det är ju fråga om en föreskrift meddelad av ett annat bolagsorgan. Enligt min mening skall dock den av ställföreträdaren vidtagna rättshandlingen bedömas enligt 8:14 2 st. 1 meningen ABL, eftersom ställföreträdare vidtar en rättshandling för bolaget i strid mot 8:13 2 st. ABL (s.k. legal befogenhetsinskränkning).

Verkställer bolagets ställföreträdare en utbetalning i enlighet med ett klanderbart stämmobeslut, bör utbetalningen således anses ha företagits i avsaknad av befogenhet. Återbäringsskyldigheten för en ondtroende mottagare av en aktiebolagsrättslig utbetalning följer dock av 12:5 1 st. 2 meningen ABL (lex specialis).[373]

Skulle däremot det angripliga stämmobeslutet klandras och sålunda bli upphävt måste detta anses ha samma rättsverkningar som ett stämmobeslut som är att betrakta som en nullitet. Bolagets ställföreträdare saknar därefter behörighet – och befogenhet – att företa rättshandlingar på bolagets vägnar med bindande verkan för detta. Dock skall en rättshandling vidtagen av bolagets ställföreträdare före det att beslutet upphävdes behandlas på så sätt som angivits i föregående stycke.

Sammanfattningsvis gäller enligt min uppfattning i dag följande vid utbetalning av vinstutdelning och andra typer av aktiebolagsrättsliga utbetalningar: Om bolagets ställföreträdare verkställer en utbetalning i enlighet med ett stämmobeslut som är att betrakta som en nullitet enligt 9:17 3 st. ABL, får denna anses ha företagits i avsaknad av behörighet. Om bolagets ställföreträdare verkställer en utbetalning i enlighet med ett klanderbart stämmobeslut enligt 9:17 1 och 2 st. ABL, får denna i stället anses ha företagits i avsaknad av befogenhet.[374] I båda fallen följer återbäringsskyldigheten och godtrosskyddet av 12:5 1 st. ABL.[375]

5.4.6.7 Om betydelsen av samtliga aktieägares samtycke för styrelsens och annan ställföreträdares behörighet och befogenhet.

En grundläggande aktiebolagsrättslig princip är att samtliga aktieägares samtycke har samma rättsverkningar som ett i vederbörlig och korrekt ordning tillkommet beslut på bolagsstämman.[376] Samtliga aktieägares samtycke kan sålunda sägas ersätta ett regelrätt stämmobeslut.

[373] Se bl.a. SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485 samt se härom närmare avsnitt 13.3.1 och 13.4.3.

[374] Möjligen följer ogiltigheten inte av ställföreträdarnas befogenhets- eller behörighetsöverskridande utan av "allmänna rättsprinciper"; jfr Lindskog, JT 1992–93 s. 100 not 60 och SOU 1941:9 s. 286 samt SWN s. 182 (om vinstutdelning). Jfr ock allmänt Nial, Om klanderbara stämmobeslut s. 94ff. För egen del anser jag att ogiltigheten av den rättshandling som grundats på ett ogiltigt stämmobeslut antingen måste följa av att de överträdda bestämmelserna har en egen ogiltighetsverkan eller av att bolagets ställföreträdare överskridit sin behörighet eller, som i gällande rätt, befogenhet. Se härom ock avsnitt 12.3.3 not 200 nedan.

[375] Se not 373.

[376] Nial anger i Svensk associationsrätt (s. 168) att en förutsättning för att sådana beslut skall vara giltiga bör vara att de får formen av ett bolagsstämmebeslut som införs i daterat protokoll och undertecknas av eller på annat sätt godkänns av samtliga aktieägare. Se därtill SOU 1941:9 s. 486f och SWN s. 339f.

Jag har i det föregående framhållit att i fråga om sådana ärenden över vilka bolagsstämman ensam har beslutanderätt är det bolagsstämmobeslutet som konstituerar behörighet för bolagets ställföreträdare att företa rättshandlingar för bolaget med bindande verkan för detta (t.ex. företa en utbetalning i anledning av ett stämmobeslut om vinstutdelning). Med stämmobeslutet uppkommer också befogenhet för bolagets ställföreträdare att företa rättshandlingar för detta. Eftersom samtliga aktieägares samtycke ersätter ett regelrätt stämmobeslut, måste enligt min uppfattning ett sådant samtycke även ha rättsverkningar i förevarande avseende. Samtliga aktieägares samtycke konstituerar behörighet och befogenhet för bolagets ställföreträdare. Samtliga aktieägare kan dock aldrig fatta ett giltigt beslut om att bolagets ställföreträdare skall företa rättshandlingar i strid mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse (jfr 9:17 3 st. p. 1 ABL).

5.4.6.8 Om ställföreträdares rättshandlande i strid mot bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse

Vad beträffar sådana ärenden, över vilka bolagsstämman ensam har beslutanderätt, saknar styrelsen, som nyss framgått, både behörighet och befogenhet. Behörighet och befogenhet konstitueras genom bolagsstämmobeslut eller samtycke av samtliga aktieägare. Denna princip begränsas dock av att bolagsstämmans beslut lika lite som samtliga aktieägares samtycke kan konstituera någon behörighet och befogenhet för bolagets ställföreträdare att binda bolaget vid rättshandlingar varöver inte ens aktieägarna kan fatta något giltigt beslut.

Bolagets ställföreträdare får inte verkställa ett stämmobeslut eller eljest ett motsvarande beslut som följer av samtliga aktieägares samtycke, om detta strider mot en bestämmelse uppställd i tredje mans intresse (8:13 2 st. ABL). Eftersom ett dylikt beslut är att anse som en nullitet enligt 9:17 3 st. p. 1 ABL så kommer bolagets ställföreträdare i enligt med vad som sagts ovan att sakna behörighet och befogenhet; det finns ju inget giltigt beslut som kan konstituera behörighet och befogenhet.[377] Detta innebär att styrelsen, verkställande direktören eller annan

[377] Se avsnitt 5.4.6.6 vad särskilt gäller stämmobeslut som är angripliga enligt 9:17 1 och 2 st. ABL. Blott beträffande angripliga stämmobeslut – t.ex. om stämman har fattat beslut om en öppen eller förtäckt utbetalning av vinstutdelning i strid mot likhetsprincipen – kan man hävda att bolagets ställföreträdare saknar befogenhet, närmare bestämt under den tid stämmobeslutet är angripligt. Skulle bolagets ställföreträdare under denna tid verkställa stämmobeslutet genom att företa en rättshandling för bolaget kan rättshandlingen angripas enligt 8:14 ABL. Om bolagets medkontrahent var i ond tro vid den tidpunkt rättshandlingen företogs är rättshandlingen oförbindande för bolaget. Följaktligen skulle det kunna hävdas att 8:14 ABL kan tillämpas, då bolagets ställföreträdare verkställer ett enligt 9:17

ställföreträdare inte kan binda bolaget vid rättshandlingar som strider mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse.[378]

Varken bolagsstämman eller samtliga aktieägare äger t.ex. vederlagsfritt disponera över bolagets förmögenhet som vinstutdelning i vidare mån än vad som är tillåtet enligt 12:2 ABL. Vidare gäller i samband med nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden med utbetalning till aktieägarna att de tvingande bestämmelserna i 6 kapitlet ABL strikt måste iakttas (se beträffande reservfonden hänvisningen i 12:4 3 st. p. 3 till 6:6 ABL). En övergripande aktiebolagsrättslig princip är sålunda att bolagsstämman och samtliga aktieägare inte kan fatta ett giltigt beslut om utbetalning av vinstutdelning eller annan typ av utbetalning i strid mot bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse. Ett stämmobeslut eller samtycke av samtliga aktieägare i strid mot sådana bestämmelser binder inte övriga bolagsorgan eller bolagets ställföreträdare. En utbetalning som har företagits av en ställföreträdare i strid mot en bestämmelse i ABL uppställd i tredje mans intresse är inte bindande för bolaget.[379] (Att styrelsen eller annan ställföreträdare inte på eget initiativ kan företa öppna eller förtäckta utbetalningar följer redan av vad som tidigare sagts.)

Den allmänna principen om att styrelsen, verkställande direktören eller annan ställföreträdare i princip inte kan binda bolaget vid rättshandlingar såsom utbetalningar som står i strid mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse är inte blott bestämmande för berörda ställföreträdares behörighet. När bolagets ställföreträdare rättshandlar för bolaget i strid mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse innebär det i själva verket att de söker *ingå rättshandlingar med bindande verkan för bolaget som ligger utanför bolagets rättshandlingsförmåga.*[380]

Ett typiskt exempel på en sådan bestämmelse är nämnda 12:2

---

1 st. och 2 st. ABL angripligt stämmobeslut avseende en aktiebolagsrättslig utbetalning. Enligt min mening måste dock 12:5 1 st. 2 meningen ABL tillämpas även i denna situation. 12:5 1 st. 2 meningen ABL får i förevarande fall betraktas som lex specialis i förhållande till 8:14 ABL (se SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485). Sålunda måste 12:5 1 st. 2 meningen ABL anses tillämplig vid alla typer av aktiebolagsrättsliga utbetalningar. Vad särskilt gäller förtäckta utbetalningar som grundar sig på ett angripligt stämmobeslut blir det dock fråga om en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL; se avsnitt 13.4.4 nedan. Se med avseende på det anförda i förhållande till utomstående avsnitt 13:5 nedan, där jag avenledes berör 12:6 ABL.

[378] Se dock om godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL nedan.

[379] Notera dock godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL och härom följande stycke.

[380] Jfr ovan avsnitt 5.4.6.2.

ABL.[381, 382] Rättsföljden vid utbetalning av vinstutdelning i strid mot 12:2 är återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL, dock

[381] Lindskog har delvis försökt bemöta ett resonemang av nu berört slag. Se JFK 12:5-4.1.2 not 18 (s. 100). Lindskog hävdar således såvitt gäller 12:2 ABL att behörig firmatecknare alltid har behörighet att sälja all bolagets egendom också till underpris och förstärker argumentet genom att fråga vem som eljest skall verkställa en sådan disposition om bolagsstämman beslutat härom (?). Firmateckningsrätten (= behörigheten) omfattar enligt Lindskog alla de rättshandlingar som bolaget *skulle* kunna ingå. Argumentationen illusteras därefter med ett exempel rörande gåva till utomstående beslutad av bolagsstämman på grundval av felaktig årsredovisning som rymmer utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. (Lindskog berör även några rättsfall som – såvitt jag kan förstå – saknar relevans i här aktuellt avseende).

Lindskog har till synes inte uppmärksammat problematiken rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen (jfr not 340 ovan) och inte heller vilken betydelse bolagsstämmobeslut har för behörigheten och befogenheten. Lindskog utgår tydligen från att firmateckningsrätten omfattar alla de rättshandlingar som bolaget skulle kunna ingå (åsyftas även ändring av bolagsordningen, nedsättning av aktiekapitalet med utbetalning etc.?). I allt fall synes Lindskog ha bestämt sig för att firmateckningsrätten omfattar "annan kapitalanvändning än vinstutdelning" i strid mot 12:2 ABL. Men återigen: Behörighet att företa vilken slags aktiebolagsrättslig utbetalning som helst förutsätter ett giltigt stämmobeslut. Detta följer ju av att blott bolagsstämman (eller samtliga aktieägare) har beslutsrätt enligt 12:3 1 st. 1 meningen ABL. Ett giltigt stämmobeslut finns över huvud taget inte vid utbetalningar som företas av bolagets ställföreträdare i avsaknad av stämmobeslut eller på grundval av ett "stämmobeslut", vilket strider mot 12:2 ABL och därför är en nullitet enligt 9:17 3 st. p. 3 ABL. Vidare: Ett bolag får *aldrig* företa aktiebolagsrättsliga utbetalningar i strid mot 12:2 ABL och härav följer att denna bestämmelse snarare tar sikte på rättshandlingsförmågan och inskränker denna. Se ytterligare i det följande.

[382] Ett uttalande i SOU 1941:9 (s. 654) kan tolkas som ett stöd för att det skulle vara fråga om befogenhetsöverskridande. Jfr ock SWN s. 495 och Danielsson, Aktiekapitalet s. 236f (kritisk) men annorlunda Bramsjö, SvJT 1953 s. 246. Se på senare tid för en liknande uppfattning om hur åsidosättande av 12:2 ABL skall bedömas bl.a. Hellner, Kommersiell avtalsrätt s. 67f respektive Lindskog (bl.a.) SvJT 1992 s. 85ff och JT 1992–93 s. 85, 97 och 99f särskilt not 60 samt försiktigare i JFK 12:5-4.1.2 (s. 99ff). Jfr därtill Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22 jämfört med rubriken på s. 21. Vad beträffar uttalandet i förarbetena till 1944 års lag är det ingalunda säkert att lagberedningen hade befogenhetsöverskridande i åtanke. I stället torde lagberedningen – som hänvisade till vad som sedermera kom att bli 93 § och "grunderna till" 73 § 1944 års lag – haft avsaknad av behörighet i åtanke med ett godtrosskydd baserat på 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag och principerna om condictio indebiti (jfr "grunderna till"). Se uttryckligen SOU 1941:9 s. 560 och SWN s. 385 om godtrosskydd baserat på 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag (79 § 2 mom. 1 st. i förslaget) och bolagsstämmobeslut om vinstutdelning i strid mot "regler till skydd för bolagets borgenärer" (till sin natur nullitet). Jfr ock lagberedningen i SOU 1941:9 s. 349 om rättsverkan av att styrelsen överskrider funktionsfördelningen – vilket motsatsvis följer av att det existerar ett godtrosskydd vid befogenhetsöverskridande – och om condictio indebiti på s. 284. Se dessutom Karlgren, Handelsrätt s. 71 och om 12:5 ABL och condictio indebiti avsnitt 13.2.2 nedan. De i litteraturen anförda skälen för en annan lösning bör på grund av vad som anförts i avsnitt 5.4.6.2 och 5.4.6.4 inte godtas.

med ett *speciellt godtrosskydd* i 12:5 1 st. 2 meningen ABL.[383] (Märk väl att godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL alltså är förenlig med ett sådant synsätt. Se om godtrosregeln kapitel 13 nedan.)

Enligt min uppfattning bör således utbetalning av vinstutdelning och andra typer av utbetalningar, som bolagets ställföreträdare företar i strid mot bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse, ses som rättshandlande i avsaknad av behörighet och till och med som att bolagets ställföreträdare söker ingå rättshandlingar med bindande verkan för bolaget, vilka ligger utanför bolagets rättshandlingsförmåga. Jag vill dock samtidigt mena att det inte är särskilt meningsfullt att analysera en utbetalning av angivet slag med utgångspunkt i huruvida bolagets ställföreträdare saknade behörighet och rättshandlingen till och med låg utanför bolagets rättshandlingsförmåga. I stället bör enligt min uppfattning sådana bestämmelser i ABL, som är uppställda i tredje mans intresse, betraktas som tvingande lagrum med självständig ogiltighetsverkan ("legala förbud").[384] Rättsverkningarna av ogiltigheten är exklusivt reglerad i 12:5 ABL.[385]

> Rättsläget i tysk rätt liknar det anförda. 57 § AktG skall betraktas som ett legalt förbud enligt 134 § BGB och innebär att styrelsen inte kan binda bolaget vid rättshandlingar – aktiebolagsrättsliga utbetalningar – som strider mot denna.[386] Se Hefermehl i AktG 82 § RdNr 9 och jfr Mertens i Kölner Komm 82 § RdNr 4. Se härom något ytterligare i avsnitt 11.3.2 nedan.
>
> Vad beträffar utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL (vilket inte får blandas samman med 12:2 ABL[387]) framhöll Aktiebolagskommittén, att styrelsen inte kan fatta beslut om åtgärder som strider mot detta förbud, och att sådana åtgärder, med undantag för fall som avses i 12:5 1 st. 2 meningen, inte binder bolaget.[388] Aktiebolagskommittén synes således ha förstått utbetalningsförbudet som att det "innebär att styrelsen saknar kompetens att ingå avtal i strid med förbudet".[389] (På en annan plats i betänkandet förstår dock Aktiebolagskommittén dispositioner med anledning vinst eller förlust som hänförliga till den exklusiva bestämmanderätt som tillkommer bolagsstämman. Styrelsen saknar i sådant ärende kompetens att företräda bolaget, och

[383] Lindskog har i ett flertal arbeten (se bl.a. SvJT 1992 s. 85ff och jfr JFK 12:5-4.1.2 [s 102] vid not 25 och se denna not) hävdat att HD i rättspraxis skulle ha tillämpat 8:14 ABL (motsvarande) och inte 12:5 1 st. (motsvarande) vid otillåtna utbetalningar i strid mot 12:2 ABL (motsvarande). Påståendet saknar grund. Se avsnitt 13.4.3 med närmare hänvisningar till de lagrum vartill HD har hänvisat i rättspraxis.

[384] Jfr avsnitt 5.4.6.2 ovan och i någon mån Kleineman, JT 1994–95 s. 430ff.

[385] Se kapitel 12–14 nedan.

[386] 57 § AktG bör härvidlag jämföras med 12:2 ABL och *inte* 12:1 1 st. ABL.

[387] Se hänvisningen i följande not.

[388] SOU 1992:83 s. 162f. Att detta är "sanning med modifikation" torde ha framgått av inte minst avsnitt 5.2.

[389] Se SOU 1992:83 s. 163. Se dock föregående not.

om styrelsen vidtar rättshandling för bolaget med överskridande av denna kompetens, medför åtgärden inte några rättsverkningar mot kontrahenten, oberoende av om denne var i god tro.)[390]

Utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL kommenteras inte närmare i propositionen.[391] Det anförs blott att en form av "behörighetsöverskridande"[392] kan föreligga när ett bolagsorgan överträder någon i ABL meddelad förbudsregel ("klara förbudsregler"[393]). Ett exempel på ett dylikt "behörighetsöverskridande" skulle vara förvärv av egna aktier i strid mot 7:1 1 st. ABL (7:2 1 st. ABL från den 1 januari 1995).[394] Även rättshandlingar som står i strid mot bestämmelser i BrB skulle i vissa fall få räknas som "behörighetsöverskridande".[395]

Jag vill för egen del mena att det finns all anledning att strängt skilja mellan *legala förbud och bestämmelser i ABL om bolagsorganens behörighet (bolagsorganens kompetens) i ABL.* Bestämmelser om bolagsorganens behörighet rör funktionsfördelningen mellan bolagsorganen (se ovan). Legala förbud är något annat och utgör typiskt sett bestämmelser i lag som förbjuder vissa rättshandlingar.[396] Rättshandlingar i strid mot legala förbud kan, men behöver inte, vara ogiltiga.[397] För att en rättshandling i strid mot ett legalt förbud skall vara ogiltig torde det i regel krävas att ifrågavarande förbud vilar på ändamålsskäl av allmän karaktär såsom att förbudet syftar till att skydda ett samhälleligt intresse eller tredje man; t.ex. har general-

[390] SOU 1992:83 s. 224 jämfört med s. 223.

[391] Möjligen beroende på den debatt som har förvarit de senaste åren rörande 12:2 ABL, som enligt vissa författare tydligen skall betraktas som en legal befogenhetsinskränkning (såväl före som från den 1 januari 1995). Jfr särskilt avsnitt 5.4.6.4 ovan.

[392] I själva verket är det fråga om rättshandlande för bolaget i avsaknad av behörighet.

[393] Prop. 1993/94:196 s. 169.

[394] Prop. 1993/94:196 s. 122 och s. 125. I propositionen hänvisas till att detta exempel har nämnts i doktrinen. Härmed torde avses Nial, Svensk associationsrätt, s. 227 (se hänvisningen i prop. 1993/94:196 på s. 169). Nial beskriver berörda bestämmelse som en "kvalificerad behörighetsregel". Se emellertid om detta avsnitt 5.4.6.2 ovan (finstilta partiet och särskilt fotnötterna).

[395] Prop. 1993/94:196 s. 169, där det hänvisas till Nial, Svensk associationsrätt, s. 227. Se härom föregående not.

[396] Aktiebolagskommittén synes dock i hög grad ha påverkats av rättsläget i Tyskland där 134 § BGB om legala förbud i betydligt större utsträckning än i svensk rätt är tillämpligt och inte minst tillämpas inom aktiebolagsrätten. Jfr not 343 ovan. Det kan ifrågasättas om likheterna mellan rättssystemen är så stora att en sådan "analogi" är möjlig; jfr t.ex. beträffande "abstraktionsprincipen" och förhållandet till 134 § BGB jämte 57 § och 58 § 5 st. AktG nedan i avsnitt 11.3.1–11.3.3. I gällande rätt förekommer dock termen "förbud" i litteraturen, se t.ex. Kedner–Roos I 8:14.03 (s. 221) och om utbetalningsförbudet ovan avsnitt 5.2.1. Uttrycket "förbud" används dock här i en annan och oklarare mening än 134 § BGB (legalt förbud med ogiltighetssanktion).

[397] Se t.ex. 7:1 1 st. ABL före den 1 januari 1995 och 7:2 1 st. ABL från den 1 januari 1995 samt annorlunda 12:7 ABL. Angående sistnämnda bestämmelse och frågan om ogiltighet, se NJA 1976 s. 618 och 1980 s. 311 samt 1992 s. 717 (nyanserat).

klausulen i 8:13 1 st. ABL inte något sådant ändamål[398] (uppställd i aktieägarnas intresse). Ett legalt förbud, som är sanktionerat med ogiltighet, kan dock sägas innebära att styrelsen och andra ställföreträdare saknar behörighet såtillvida att en rättshandling som har företagits för bolagets räkning i strid mot förbudet inte medför några rättsverkningar för bolaget (jfr ovan).[399]

5.4.7 Om skyddet för aktieägare, särskilt minoritetsaktieägare, och utbetalning av vinstutdelning

5.4.7.1 Inledning

En viktig del av de bestämmelser i ABL som garanterar aktieägarna rättigheter i bolaget rör skyddet för aktieägarminoriteter gentemot aktieägarmajoriteter. Lagstiftningens ändamål är inte enbart att tillförsäkra aktieägarna rättigheter i bolaget utan dessutom att dessa – om inte annat är medgivet – tillkommer samtliga aktieägare. För att de rättigheter som tillkommer aktieägarna skall komma samtliga till godo måste det helt enkelt finnas bestämmelser rörande aktieägarnas inbördes förhållande. Det är mot denna bakgrund man skall förstå likhetsprincipen i 3:1 1 st., generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 och den s.k. utsvältningsregeln i 12:3 2 st. ABL.

Förevarande avsnitt syftar till att beskriva hur likhetsprincipen, generalklausulerna och utsvältningsregeln skall tillämpas vid utbetalning av vinstutdelning och vederlagsfria utbetalningar till utomstående. Jag inleder avsnittet med att översiktligt presentera likhetsprincipen och generalklausulerna utifrån ett historiskt perspektiv.

5.4.7.2 Om likhetsprincipen och generalklausulerna – en översikt utifrån ett historiskt perspektiv

Likhetsprincipen har alltsedan senare delen av 1800-talet betraktats som en aktiebolagsrättslig grundsats,[400] vilken även genomsyrar övriga delar av associationsrätten.[401] I gällande rätt kommer principen inom aktiebolagsrätten till uttryck i 3:1 1 st. ABL:

> "Alla aktier har lika rätt i bolaget, om ej annat följer av denna paragraf."

[398] Detsamma synes gälla 12:7 ABL trots att den till synes är uppställd i tredje mans intresse, särskilt bolagsborgenärernas; se hänvisningar i föregående not.
[399] Se t.ex 7:1 1 st. ABL före den 1 januari 1995 och 7:2 1 st. ABL från den 1 januari 1995.
[400] Hagströmer s. 234.
[401] Se t.ex. Nial, Svensk associationsrätt s. 141 med vidare hänvisningar.

När generalklausulen med 1944 års lag infördes i svensk rätt ansågs dock även denna vara ett uttryck för likhetsprincipen.[402] Till skillnad från i gällande rätt fanns det vid den tidpunkten inget explicit lagrum som gav uttryck för denna princip.[403] Enligt lagberedningen upprätthålles i allmänhet – i den mån ej annat följer av bolagsordningen – den i aktiebolagbolagets väsen och reglerna om aktieägarnas inbördes ställning grundade principen om aktieägarnas likställighet genom regler, som för principens åsidosättande kräver antingen samtycke av den eller de aktieägare vilkas rätt försämras eller beslut av en på visst sätt bestämd pluralitet av sådana aktieägare.[404] Likhetsprincipen uppgavs vara tillämplig inom det område, där bestämmanderätten tillkom bolagsstämman enligt den mellan aktiebolagets organ gällande funktionsfördelningen, t.ex. i fråga om ökning och nedsättning av aktiekapitalet samt ändring av bolagsordningen.[405] Och när lagstiftningen medgav att likhetsprincipen åsidosattes genom olika pluralitetskrav, skulle detta förstås som att lagstiftningen av hänsyn till bolagens bästa ansett behovet av handlingsfrihet som viktigare än likhetsprincipen.[406]

Enligt lagberedningen kunde dock bolagsstämmobeslut, som inte (normalt)[407] faller under bolagsstämmans bestämmanderätt enligt funktionsfördelningen, reellt sett innebära ett åsidosättande av likhetsprincipen.[408] Ett stämmobeslut avseende förvaltningsåtgärd, avtal eller annan rättshandling kunde, trots att beslutets ogynnsamma verkningar drabbade bolaget och därmed alla aktieägare, ändå framstå som en allvarlig kränkning av likställighetsprincipen, därigenom att åtgärden uppenbarligen medförde fördel för vissa aktieägare samtidigt som den var till nackdel för de övriga.[409] Ett typiskt exempel på handlande av angivet slag uppgavs vara avtal mellan dotterbolag och moderbolag, varigenom moderbolaget vinner en fördel till nackdel för dotterbolaget och de aktieägare vilka inte som moderbolaget erhåller någon fördel av avtalet.[410] Visser-

[402] SOU 1941:9 s. 301ff.

[403] Jfr dock 6 § 2 st. 1910 års lag och 9 § 1 mom. 3 st. 1944 års lag.

[404] SOU 1941:9 s. 302.

[405] SOU 1941:9 a.st.

[406] SOU 1941:9 a.st.

[407] Jag skiljer i förevarande fall på sådana ämnen bolagsstämman normalt fattar beslut om – t.ex. fastställande av balansräkning och resultaträkning samt vinstutdelning – och sådana ämnen som måste anses som extraordinära såsom beslut om viss förvaltningsåtgärd, t.ex. försäljning av bolaget tillhörig egendom. Distinktionen framgår inte explicit i SOU 1941:9, men får enligt min uppfattning anses följa av texten i dess helhet. Jfr SOU 1941:9 s. 302f. Jfr ock SOU 1941:9 s. 301 och SWN s. 192f.

[408] SOU 1941:9 s. 302.

[409] SOU 1941:9 s. 302f.

[410] SOU 1941:9 s. 303. Jfr ock det ytterligare typfall som nämns i avsnitt 5.4.7.4 nedan.

ligen kunde bolagsstämmobeslut om åtgärder av angivet slag ofta stå i strid mot det i 76 § 1 st. 1944 års lag angivna förbudet mot åtgärder som uppenbarligen var främmande för bolagets syfte, men detta var inte säkert då *bolagsskadligheten* av ett stämmobeslut inte utgjorde tillräcklig grund för klander. Sammantaget var det för lagberedningens rättsuppfattning avgörande, att åtgärder av antytt slag går ut på att bereda viss eller vissa aktieägare fördel på de övrigas bekostnad medan åtgärdens bolagsskadlighet blott är ett medel för vinnande av åtgärdens reella syfte. Om likhetsprincipen över huvud taget skulle komma till uttryck i aktiebolagsrättslig lagstiftning genom en särskild lagregel, vilket från preventionssynpunkt ansågs vara fallet, borde den därför utformas så att den träffade åtgärder av angivet slag.[411] Generalklausulen i 76 § 2 st. 1944 års lag hade följande lydelse:

> "Bolagsstämman må ej heller, med mindre annat följer av vad i denna lag eller bolagsordningen är stadgat, besluta om sådan användning av bolagets tillgångar eller eljest om sådan åtgärd, att uppenbarligen fördel beredes vissa aktieägare till nackdel för bolaget eller övriga aktieägare."

Enligt 91 § 1 meningen 1944 års lag fick inte heller styrelsen eller annan ställföreträdare för bolaget förfoga över dess tillgångar, ikläda det förpliktelser eller eljest vidta åtgärd i strid mot "likhetsprincipen" i 76 § 2 st. 1944 års lag. Hänvisningen var föranledd av att en dylik kränkning främst hotade från en av bolagsstämmomajoritetens intressen påverkad styrelse.[412]

Syftet med att införa 76 § 2 st. 1944 års lag torde således ha varit att låta *likhetsprincipen i vid mening* komma till uttryck i lagtext. Vad lagberedningen hade i åtanke synes således inte ha varit beslut i strid mot *likhetsprincipen i snäv mening* såsom utbetalning av vinstutdelning med ett större belopp till vissa aktier än andra eller ändring av bolagsordningen utan erforderlig majoritet.[413] Vad lagberedningen i stället förefaller ha haft i åtanke var bolagsstämmobeslut, varigenom bolagsstämman fattade beslut som låg vid sidan av bolagsstämmans normala bestämmanderätt enligt funktionsfördelningen. Alltså stämmobeslut rörande förvaltningsåtgärd, avtal eller annan rättshandling som uppenbarligen medförde fördel för vissa aktieägare till nackdel för övriga aktieägare. Avsikten med generalklausulen var emellertid inte att från tillämpningsområdet för 76 § 2 st. utesluta åtgärder som omfattades av likhetsprincipen i snäv

[411] SOU 1941:9 s. 303.
[412] Jfr SOU 1941:9 s. 303 med s. 345.
[413] Jfr SOU 1941:9 s. 303 med s. 302 samt se för ytterligare ett typfall s. 652, varom mer nedan avsnitt 5.4.7.4.

mening. Tvärtom torde generalklausulen i 76 § 2 st. 1944 års lag ha varit möjlig att tillämpa på dylika åtgärder.[414]

Lagberedningen hänvisar,[415] som nämnts, till att likhetsprincipen, i den mån inte annat följer av bolagsordningen, i allmänhet upprätthålles – inom det område, där bestämmanderätten enligt den mellan aktiebolagets organ gällande funktionsfördelningen tillkommer bolagsstämman – genom regler, som för principens åsidosättande kräver antingen samtycke av den eller de aktieägare vilkas rätt försämras eller beslut av en på visst sätt bestämd pluralitet av sådana aktieägare. Lagberedningen tillägger något senare i texten:[416] "I den mån den sålunda givna regleringen icke får anses uttömmande, kan alltså inom detta område fråga uppstå om likställighetsprincipens tillbörliga beaktande." Med hänsyn till att generalklausulen ansågs vara ett uttryck för likhetsprincipen, måste avsikten enligt min mening ha varit att generalklausulen skulle ha ett vidsträckt tillämpningsområde, som innefattade tillämpningsområdet för likhetsprincipen i snäv mening.

> I regel ansågs dock likhetsprincipen – med avseende på området för bolagsstämmans bestämmanderätt – tillgodosedd genom de särskilda krav på samtycke eller pluralitet som stadgades i 1944 års lag (ett direkt skydd).[417] I NJA 1963 s. 431 fanns i bolagsordningen för Wallnäs aktiebolag intaget ett förbehåll om lösningsrätt vid övergång av aktie, vari stadgades att, om samtidigt flera aktier hembjöds till inlösen, aktierna skulle, så långt det kunde ske, fördelas mellan dem, som ville lösa i förhållande till deras aktieinnehav. Genom beslut vid två på varandra följande bolagsstämmor i enlighet med lagstadgad röstpluralitet ändrades förbehållet så att, vid hembud av flera aktier, dessa skulle, så långt det kunde ske, fördelas jämnt bland dem, som ville lösa. Beslutet klandrades med åberopande i första hand att, enär beslutet rubbade rättsförhållandet mellan redan utgivna aktier, beslutet krävde enhällighet mellan samtliga aktieägare jämlikt 133 § 1 mom. 1 st. 1944 års lag. I andra hand åberopades att beslutet uppenbarligen innebar att fördel bereddes vissa aktieägare till nackdel för andra och därför vore ogiltigt enligt 76 § 2 st. 1944 års lag.
>
> HD fann att det klandrade beslutet icke kunde anses innefatta sådan ändring av bolagsordningen att rättsförhållandet mellan redan utgivna aktier

[414] SOU 1941:9 s. 302.
[415] SOU 1941:9 s. 301.
[416] SOU 1941:9 s. 302.
[417] Jfr SOU 1941:9 s. 302.

rubbades och att bestämmelsen i 76 § 2 st. inte var tillämplig på beslut av "förevarande" slag.[418]

Bakgrunden till generalklausulen i 76 § 2 st. 1944 års lag står att finna i dels en debatt som inleddes med det femtonde nordiska juristmötet 1931, dels tysk och finsk lagstiftning från 1930-talet. I motiven till 1944 års lag syns lagberedningen särskilt ha tagit intryck av lagstiftningsarbetet i Tyskland och Finland, som resulterade i generalklausulen i 197 § 2 st. AktG 1937 och 30 § 4 mom. 1895 års finska aktiebolagslag.

I tysk rätt rättspraxis upprätthölls före införandet av 197 § 2 st. AktG 1937 – numera i annan lydelse 243 § 2 st. AktG 1965 – en princip med den innebörden, att stämmobeslut med visst innehåll skulle anses stå i strid mot goda seder och därför var ogiltiga (271 § HGB jämfört med 138 § BGB).[419] Cederberg har beskrivit principen som att ett handlande kunde strida mot god sed då majoriteten gjorde sig skyldig till ett i subjektivt hänseende förkastligt förfarande. I bolagsförhållanden innebar detta, att bolagsmännen inte fick bryta mot det goda affärsmannaskick, som de hade att iaktta såsom bolagsmän.[420] Den i rättspraxis utvecklade principen kom sedermera att få påtaglig betydelse vid utformningen av 197 § 2 st. AktG 1937.[421] Ett stämmobeslut kunde enligt 197 § 2 st. AktG 1937 klandras under följande förutsättningar:[422]

> "Die Anfechtung kann auch darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen."

Efter vad jag kan förstå uppfattades generalklausulen i 197 § 2 st. AktG 1937, och detta gäller också beträffande dagens generalklausul i 243 § 2 st. AktG 1965, aldrig i och för sig som ett uttryck för likhetsprinci-

[418] Referatet s. 439f. Se dock för kritiska synpunkter Nial i SvJT 1965 s. 582ff med replik av Wilhelm Pehrsson i SvJT 1965 s. 695f och återigen Nial i SvJT 1965 s. 696f. Se ock Nials rättsutlåtande i målet på 436ff i referatet. Se beträffande tillämpningen av 9:16 ABL, vilken generellt kan tillämpas på varje slag av stämmobeslut, SOU 1971:15 s. 244f; prop. 1973:93 s. 83f (jfr s. 137f) och Kedner–Roos I 9:16.02 (s. 260f) med vidare hänvisningar.

[419] Jfr SOU 1941:9 s. 301.

[420] Cederberg, NJM 1931 s. 65.

[421] Se Cederberg, NJM 1931 s. 64ff och SOU 1941:9 s. 301 samt se Zöllner i Kölner Komm (1 uppl.) 243 § RdNr 144 och särskilt RdNr 206.

[422] Notera att bolagsstämmobeslut i strid mot goda seder enligt 195 § p. 4 AktG 1937 (241 § p. 4 AktG 1965) under vissa förutsättningar var (är) att anse som nulliteter (197 § AktG 1937 och 243 § AktG 1965 rör angripliga beslut). Jfr beträffande gällande rätt Zöllner i Kölner Komm (1 uppl.) 241 § RdNr 124ff.

pen.[423] I stället skulle generalklausulen i likhet med vad som synes vara fallet enligt gällande tysk rätt ses som ett rättsinstitut vid sidan av likhetsprincipen, som var tillämplig parallellt med denna.[424]

> I förarbetena till ABL anges att generalklausulerna – särskilt 8:13 ABL – är ett uttryck för likhetsprincipen.[425] Saken kan enligt föredraganden emellertid "också uttryckas så att bolagsorganen är skyldiga att handla lojalt mot en aktieägarminoritet".[426] För egen del är jag ytterst tveksam till om generalklausulerna skall blandas samman med likhetsprincipen och därtill lojalitetsprincipen för bolagsorganen. Lojalitetsplikten för styrelsen och verkställande direktören torde i varje fall inte (i och för sig) följa av vare sig likhetsprincipen (och) eller generalklausulerna utan får ses som ett utflöde av vårdplikten. Jag återkommer nedan till förhållandet mellan likhetsprincipen och generalklausulerna.

Den i finsk rätt intagna generalklausulen i 30 § 4 mom. 1885 års aktiebolagslag kan sägas ha påverkats av rättsutvecklingen i tysk rätt och i viss mån även finsk rättspraxis.[427] Generalklausulen innebar en rätt för enskilda aktieägare att föra talan mot beslut på bolagsstämma, varigenom aktieägare, som biträtt beslutet, på övriga aktieägares bekostnad berett sig eller annan uppenbart otillbörlig fördel. Generalklausulen synes ha uppfattats som något annat än likhetsprincipen.[428]

I gällande *svensk rätt* kommer fortfarande den åsikten till uttryck i förarbeten och litteratur, att med generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL avses likhetsprincipen.[429] Stundom framstår det som att likhetsprin-

[423] En annan sak är att generalklausulen innefattar ett "element" av (bl.a.) likhetsprincipen; jfr Zöllner i Kölner Komm (1 uppl.) 243 § RdNr 144.

[424] Se Zöllner i Kölner Komm (1 uppl.) 243 § RdNr 231. Men se Tries s. 157 med vidare hänvisningar.

[425] Prop. 1973:93 s. 84

[426] Prop. 1973:93 s. 84.

[427] Se Cederberg i NJM 1931 s. 64ff och i TfR 1937 s. 423ff. Cederberg, som är upphovsmannen till generalklausulen i finsk rätt, syns ha tagit starkt intryck av generalklausulen i 136 § i förslaget till 1937 års AktG; se NJM 1931 s. 65f.

[428] Se Cederberg i TfR 1935 s. 439 och TfR 1937 s. 425f (märk dock att den extensiva tolkningen av likhetsprincipen i rättspraxis beaktades vid utformningen av generalklausulen) samt Olsson i Festskrift Borum s. 353f.

[429] Se bl.a. prop. 1973:93 s. 84 och 137; prop. 1975:103 s. 248; Kedner s. 105; Kedner–Roos I 8.13.01 (s. 216) och 9:16.01f (s. 260f); Lind s. 201 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 247f. På senare tid märks särskilt Bergström, Högfeldt och Samuelsson, TfR 1994 s. 117ff, särskilt s. 121ff. Sistnämnda författare går till och med så långt att de i anslutning till lagmotiven ser generalklausulerna som det generella uttrycket för likhetsprincipen på aktiebolagsrättens område och menar att 3:1 1 st. ABL skulle sakna betydelse som generellt stöd för aktieägarnas i och för sig berättigade krav på likabehandling (a.a. s. 134). De menar också att rättspolitiska skäl saknas för att upprätthålla en allmän rättsgrundsats som ger aktieägare ett alternativt remedium, som är mer omfattande än vad som erbjuds i och

cipen finns i två olika "typer".[430] Generalklausulerna skall ses som ett uttryck för den ena "typen"; de representerar till synes *likhetsprincipen i vid mening* (jfr ovan). Den andra "typen" av likhetsprincipen, som då kommer till uttryck i 3:1 1 st. ABL, är en strängare variant och skall förstås som *likhetsprincipen i snäv mening*; t.ex. måste vid utbetalning av vinstutdelning alla aktieägare behandlas lika utan att det finns något utrymme för en otillbörlighetsbedömning, som är fallet enligt 8:13 1 st. och 9:16 ABL.[431]

En uppfattning som syns bli alltmer vanlig är emellertid att man mer strängt måste skilja mellan likhetsprincipen sådan den kommer till uttryck i 3:1 1 st. ABL och generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL.[432] Generalklausulerna skall härvidlag, såsom är fallet i tysk rätt, ses som en rättsfigur per se.[433]

I förevarande studie ämnar jag arbeta efter sistnämnda distinktion. Likhetsprincipen respektive generalklausulerna betraktar jag som två artskilda, men inte nödvändigtvis väsensskilda, institut. Generalklausulerna skall enligt min uppfattning förstås som ett *komplement* till likhetsprincipen, eftersom likhetsprincipen inte i alla avseenden bereder aktieägarna ett tillräckligt skydd.

---

genom generalklausulerna (a.a. s. 127). Enligt min mening förbiser författarna såväl beträffande rättsläget de lege lata som de lege ferenda bl.a. den beteendepåverkan effekt som likhetsprincipen sådan den kommer till uttryck i 3:1 1 st. ABL kan tänkas ha. En sak är om likhetsprincipen i praktiken uppfattas som att alla aktier har lika rätt i bolaget. En helt annan sak är om likhetsprincipen i praktiken uppfattas som att beslut, rättshandling eller åtgärd inte får vara ägnad att bereda otillbörlig fördel aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller annan aktieägare. Med det senare synsättet är det inte längre fråga om en princip om likabehandling utan om en princip, som innebär att *allt är tillåtet så länge det inte är ägnat att bereda otillbörlig fördel etc.* Se avsnitt 1.5 och jfr Andersson i SvJT 1993 s. 577 not 36.

[430] Se särskilt Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 247f och Johansson, Bolagsstämma s. 118.

[431] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 247f. Se för en anmärkningsvärd ståndpunkt beträffande 3:1 1 st. ABL Bergström, Högfeldt och Samuelsson, TfR 1994 s. 117ff omnämnt i not 429 ovan.

[432] Nial, Svensk associationsrätt s. 76 och s. 146 och Om handelsbolag och enkla bolag s. 120 samt jfr Johansson, Bolagsstämma, s. 118 och s. 132ff. Nial har i tidigare arbeten uttryckt den åsikten att generalklausulen skall anses som uttryck åt likhetsprincipen; jfr Aktiebolagsrätt s. 121, Om aktiebolag s. 62, SWN s. 192ff, Om handelsbolag och enkla bolag, 2 uppl. 1983, s. 119, något modifierat i Aktiebolags borgensförbindelser s. 13 och tämligen modifierat i Svensk associationsrätt, 4 uppl. 1988, s. 146.

[433] Nial, Svensk associationsrätt s. 76 och 146. Annorlunda t.ex. Bergström, Högfeldt och Samuelsson, Tfr 1994 s. 117ff berört i not 429 ovan.

Likhetsprincipen bör förstås som att alla aktier skall behandlas lika – om inte annat följer av lag eller bolagsordning[434] – och att varje avvikelse innebär ett avsteg härifrån.[435] En avvikelse kan gestalta sig som antingen en fördel eller en nackdel.[436] Med denna utgångspunkt framstår generalklausulerna som en främmande beskrivning av likhetsprincipen, eftersom det skall vara fråga om en handling (varmed jag avser stämmobeslut, rättshandling eller annan åtgärd) som är ägnad att bereda otillbörlig fördel åt aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller annan aktieägare. Generalklausulerna förutsätter alltså, och till skillnad från likhetsprincipen i ovanstående betydelse, att det finns en handling som är ägnad att bereda fördel åt aktieägare eller annan – tillika otillbörlig sådan – som samtidigt är till nackdel för bolaget eller annan aktieägare.

Som Johansson framhåller föreligger en språklig skillnad mellan likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL och generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL

[434] Annat kan ock följa av samtliga aktieägares samtycke eller av att en eller flera aktieägarna ger sitt samtycke till en olika behandling. Jfr nedan.

[435] Nial, Svensk associationsrätt, 4 uppl. 1988, s. 146 och jfr Svensk associationsrätt (5 uppl.) s. 141 samt Johansson, Bolagsstämma s. 120. Det har förts en omfattande diskussion om huruvida företagsekonomiska skäl ("åtgärd som är i bolagets intresse och som framstår som företagsekonomiskt riktig eller försvarlig") eller möjligen "sakliga skäl" kan motivera avsteg från "likhetsprincipen". Se härom Pehrson, Generalklausuler s. 491ff med vidare hänvisningar (bl.a. till prop. 1973:93 s. 137, där anförda förstnämnda citat härrör från) och kritiska synpunkter av såväl Nial, Svensk associationsrätt s. 142ff som Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 247f. Se ock Johansson, Bolagsstämma s. 122ff (jfr därtill 121f). Jfr NJA 1977 s. 393 på s. 400: "/.../ den allmänna föreningsrättsliga grundsatsen, att medlemmar inte får behandlas olika, med mindre detta är av sakliga skäl motiverat". Diskussionen kan knappast betraktas som avslutad. Se på senare tid t.ex. Bergström, Högfeldt och Samuelsson, TfR 1994 s. 137ff.

Ett problem med att analysera problemet är att Pehrson – i linje med uttalandet i prop. 1973:93 (där framför allt rättshandlingar rörande förvaltningsåtgärd eller avtal torde åsyftas och man därför hänvisar till företagsekonomiska skäl) – för fram argumentet främst (se dock a.a. s. 500f) ur generalklausulernas synvinkel och rekvisitet "otillbörlig". Andra ifrågasätter det anförda med utgångspunkt i likhetsprincipen (i annan mening än som generalklausulerna); jfr t.ex. Nial a.st. Vad beträffar formuleringen i NJA 1977 s. 393 är det inte osannolikt att HD hade uttalandet i prop. 1973:93 i åtanke, vilket omformulerades med tanke på rättsfrågan i målet (uteslutning).

Enligt min mening är det uppenbart att likhetsprincipen såsom uttryck för att t.ex. varje aktieägare har lika rätt till andel i bolagets vinst som annan aktieägare måste upprätthållas strängt utan avsteg på grund av företagsekonomiska skäl eller – för att använda ett övergripande uttryck som innefattar sådana motiv – sakliga skäl. Det är samtidigt inte rimligt att likhetsprincipen alltid och i alla situationer skall upprätthållas lika strängt utan hänsyn till sakliga skäl. (Jfr exempelvis exemplet om information i Nial, Svensk associationsrätt s. 144f.) Vad som nu anförts gäller emellertid än mer vid tillämpningen av rekvisitet "otillbörlig" i generalklausulerna än vid tillämpningen av likhetsprincipen. Vad som över huvud taget är nödvändigt är dock att "sakliga skäl" blott får motivera avsteg när så kan ske utan att det åsyftade skyddet för aktieägarna (i huvudsak minoritetsaktieägare), vilket är utgångspunkten och presumtionsvis väger tyngre, i nämnvärd utsträckning talar häremot.

[436] Jfr Johansson s. 134.

på så sätt att likhetsprincipen hänvisar till aktier och att generalklausulerna hänvisar till aktieägare.[437] Det är därför tänkbart att likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL skall tillämpas på förhållandet mellan aktier och generalklausulerna på förhållandet mellan aktieägare. Konsekvensen av att man upprätthåller en sådan distinktion blir att likhetsprincipen skall anses åsidosatt så snart en handling innefattar en fördel eller en nackdel för en eller flera aktier, medan generalklausulerna först förbjuder en handling, om den är ägnad att bereda otillbörlig fördel åt aktieägare till nackdel för bolaget eller annan aktieägare. Jag vill mena att distinktionen generellt sett inte bör godtas.[438] Aktieägarnas rättigheter härrör från aktierna och därför måste likhetsprincipen vara tillämplig på förhållandet mellan såväl aktier som aktieägare (med avseende på förhållandet mellan aktieägare bör i vissa fall – såsom vid utbetalning av vinstutdelning – likhetsprincipen relateras till storleken på aktieinnehavet).

Med likhetsprincipen avser jag sammanfattningsvis i det följande, att alla aktier har lika rätt i bolaget, om ej annat följer av lag, bolagsordning eller samtliga aktieägares samtycke (eller av att en eller flera aktieägare ger sitt samtycke till en olik behandling[439]). Likhetsprincipen kommer till uttryck i 3:1 1 st. ABL (något snävare lydelse). Innebörden av likhetsprincipen är att samtliga aktier skall ha samma rättigheter i bolaget – vare sig det rör sig om aktieinnehavets ekonomiska sida eller aktieägarnas inflytande i bolaget – och att detta skall respekteras av enskilda aktieägare, bolagsstämman, övriga bolagsorgan samt bolagets ställföreträdare. Skulle rättsförhållandet mellan aktierna ha rubbats genom en bestämmelse i bolagsordningen, är likhetsprincipen fortfarande tillämplig på så sätt att det i bolagsordningen angivna förhållandet mellan aktierna måste respekteras.[440] Generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL har enligt min uppfattning ett begränsat tillämpningsområde som – vid sidan av handlingar vilka är ägnade att bereda otillbörlig fördel åt utomstående – typiskt sett avser situationer där likhetsprincipen inte kan tillämpas.[441] Därmed får generalklausulerna betydelse främst i de fall där ABL undantagsvis, och under särskilda förutsättningar, tillåter avsteg från likhetsprincipen, såsom vid nyemission av aktier, ökning och nedsättning av aktiekapitalet och ändring av bolagsordningen.[442]

[437] Se Johansson s. 134.

[438] Johansson, Bolagsstämma s. 134f menar att det är osäkert om man i praktiken kan hitta en situation vid vilken bara förhållandet mellan aktier aktualiseras.

[439] Ett dylikt samtycke har naturligtvis bara rättsverkan i förhållande till aktieägaren själv.

[440] Nial, Svensk associationsrätt s. 142.

[441] Jfr Andersson i SvJT 1993 s. 577.

[442] Nial, Svensk associationsrätt s. 146.

5.4.7.3 Om likhetsprincipen och utbetalning av vinstutdelning

Principen att alla aktier har lika rätt i bolaget får betraktas som enkel att tillämpa beträffande den rätt till andel i bolagets vinst som tillkommer varje aktie. Om bolagsstämman fattar beslut om utdelning av bolagets vinst är varje aktie i förhållande till annan aktie berättigad till ett lika stort belopp som utbetalning av utdelning.[443] Skulle bolagsstämman fatta ett stämmobeslut, som innebär ett avsteg från likhetsprincipen, kan detta klandras enligt 9:17 1 och 2 st. ABL. Verkställer styrelsen, verkställande direktören eller annan ställföreträdare det klanderbara stämmobeslutet är de aktieägare som uppburit utbetalning av utdelning återbäringsskyldiga enligt 12:5 1 st. ABL, om de inte var i god tro.[444] Med samtycke av samtliga aktieägare eller åtminstone av dem, vilkas rätt träds för när, är ett stämmobeslut i strid mot likhetsprincipen fullt ut giltigt.

I bolagsordningen kan det intas bestämmelser om att det skall finnas olika aktieslag, som var för sig inte skall ha lika rätt till andel i bolagets vinst. Aktier som medför visst företräde till andel i bolagets vinst och tillgångar brukar vanligen kallas preferensaktier och övriga stamaktier.[445] Likhetsprincipen innebär i förevarande fall att den i bolagsordningen angivna skillnaden mellan aktieslagen i fråga om rätt till andel i bolagets vinst och tillgångar måste respekteras.[446] Varken ägare till stamaktier eller preferensaktier äger få igenom ett stämmobeslut, vars innebörd är att det egna aktieslaget till nackdel för det andra skall erhålla ett större belopp som utbetalning av utdelning än vad som följer av bolagsordningen. Skulle bolagsstämman fatta ett stämmobeslut som strider mot vad som nu sagts kan beslutet klandras, eftersom det strider mot dels likhetsprincipen, dels bolagsordningen. Verkställer styrelsen, verkställande direktören eller annan ställföreträdare beslutet är de aktieägare som uppburit utbetalning av utdelning återbäringsskyldiga enligt 12:5 1 st. ABL, om de inte var i god tro. I förevarande fall – liksom i ovanstående fall – "läker" dock samtycke av samtliga aktieägare eller åtminstone samtycke av dem, vilkas rätt träds för när, *beslutets klanderbarhet*[447].[448]

[443] Se t.ex. Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 248 och Nial, Svensk associationsrätt s. 144.

[444] Se SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485.

[445] Prop. 1975:103 s. 311; Lind s. 111f; Kedner–Roos I 3:1.01 (s. 59) och Nial, Svensk associationsrätt s. 80.

[446] Jfr Nial, Svensk associationsrätt s. 142.

[447] Se närmare om läkningsproblematiken med avseende på återbäringsskyldigheten nedan avsnitt 12.3.4. Observera att detta är en annan och separat fråga än "läkning" av beslutets klanderbarhet.

[448] Jfr till synes annorlunda Johansson, Bolagsstämma s. 107ff, särskilt s. 109 med vidare hänvisningar, vilken med åberopande av Nial (se senast Svensk associationsrätt s. 62 med vidare hänvisningar) för överträdelse av bolagsordning förefaller förutsätta samtycke av

5.4.7.4 Om generalklausulerna och utbetalning av vinstutdelning

Likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL är sålunda strikt tillämplig vid beslut om och verkställande av vinstutdelning. Varje aktie är i förhållande till annan aktie berättigad till ett lika stort belopp som utbetalning av utdelning. Med denna utgångspunkt kan det ifrågasättas, om det vid sidan av likhetsprincipen finns något utrymme för att tillämpa generalklausulerna vid beslut om eller verkställande av vinstutdelning.

Ett typfall som generalklausulerna kan tillämpas på synes emellertid vara just rättshandlingar som innefattar förtäckt utbetalning av utdelning. I lagberedningens förslag till 1944 års lag anförs nämligen som exempel på åtgärd som uppenbarligen medför fördel för vissa aktieägare till nackdel för andra, ett avtal mellan dotterbolag och moderbolag, varigenom det senare vinner en fördel till nackdel för dotterbolaget.[449] Andra aktieägare i dotterbolaget vinner inte som moderbolaget och dess aktieägare någon fördel av avtalet (se avsnitt 5.4.7.2 ovan). Lagberedningen gav i motiven till skadeståndsreglerna ytterligare ett liknande exempel vid vilket generalklausulen kunde vara tillämplig:[450]

> "Hava styrelseledamöter, verkställande direktör eller likvidatorer vidtagit åtgärd, varigenom uppenbarligen fördel beredes vissa aktieägare till nackdel för bolaget och övriga aktieägare, uppkommer skadeståndsskyldighet /.../ gentemot bolaget och /.../ gentemot de aktieägare, som lida förlust genom åtgärden på den grund att de ej hava del i den fördel som beredes vissa andra aktieägare. Om exempelvis styrelseledamöterna i strid mot [91 § jämfört med 76 § 2 st] avhänt bolaget egendom till vissa aktieägare till ett uppenbart underpris av 100000 kr., uppkommer för bolaget rätt till skadestånd å nämnda belopp."

Liknande exempel förekommer i förarbetena till ABL och har därefter återgivits i litteraturen.[451] De lege lata synes det med andra ord finnas ett starkt stöd för att generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL – och inte 3:1 1 st. ABL – skall tillämpas då t.ex. bolagets egendom säljs till under-

---

samtliga aktieägare; det räcker inte med den pluralitet som behövs för att ändra en bestämmelse i bolagsordningen för att för visst tillfälle åsidosätta bestämmelsen (Nial a.st.). Den av Johansson företrädda uppfattningen stämmer möjligen generellt beträffande åsidosättande av bolagsordning. I detta fall anser jag dock inte att samtycke av samtliga aktieägare måste krävas, eftersom redan förvärvade rättigheter enligt allmänna principer – här aktieägares rätt till andel i bolagets vinst enligt bolagsordningen – kan efterges genom samtycke av den eller de som berörs. Möjligen skall Nial också tolkas på detta vis; jfr Svensk associationsrätt s. 62 med s. 130.

[449] SOU 1941:9 s. 303. Se ock SWN s. 193.

[450] SOU 1941:9 s. 652 och därtill SWN s. 494.

[451] Jfr i förarbetena prop. 1975:103 s. 249f och i litteraturen t.ex. Kedner–Roos I 9:16.02 (s. 260) och Nial, Svensk associationsrätt s. 141f respektive 146f.

pris till aktieägare. En sådan tillämpning står också i överensstämmelse med generalklausulernas traditionella tillämpningsområde, som är beslut av bolagsstämman rörande förvaltningsåtgärd, avtal eller annan rättshandling respektive rättshandling eller annan åtgärd som företas av styrelsen eller annan ställföreträdare; det är i båda fallen fråga om ärenden som ligger vid sidan av det som normalt sett faller under bolagsstämmans bestämmanderätt på grund av funktionsfördelningen mellan bolagsorganen.

Mot bakgrund av likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL och dess tillämpning vid beslut om och verkställande av vinstutdelning – varje aktie har i förhållande till annan aktie lika rätt till andel i bolagets vinst – framstår berörda exempel emellertid inte som några välgenomtänkta typfall varpå generalklausulerna kan tillämpas (likhetsprincipen i vid mening). I regel torde stämmobeslut om försäljning av bolagets egendom till underpris[452] eller mycket vidlyftig lön, tantiem eller annan ersättning[453] få anses innefatta ett (helt eller delvis) vederlagsfritt förfogande över bolagsförmögenheten: Ett beslut om förtäckt utbetalning av utdelning. Och detsamma gäller om styrelsen eller annan ställföreträdare företar en rättshandling med sådant innehåll. Eftersom det är fråga om förtäckt *utbetalning av utdelning* synes det riktigt att tillämpa likhetsprincipen och inte generalklausulerna med deras annorlunda rekvisit.

Väljer man att begränsa tillämpningsområdet för likhetsprincipen till öppen utbetalning av utdelning – dvs. ett helt eller delvis vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet som företas öppet och inte maskerats som något annat – medför detta att utrymmet för kringgående blir större. Å ena sidan skulle det vid öppen utbetalning av utdelning vara tillräckligt att en eller flera aktieägare visar att avsteg gjorts från likhetsprincipen. Å andra sidan skulle det vid förtäckt utbetalning av utdelning krävas att en eller flera *aktieägare visar*, att en eller flera *andra aktieägare* tillförts en ekonomisk *fördel*, som även är *otillbörlig*, till *nackdel* för bolaget eller *förstnämnda aktieägare*. En distinktion av nämnt slag är enligt min uppfattning inte bara otillfredsställande utan med hänsyn till likhetsprincipen dessutom onödig.[454]

Ändock går det inte att komma ifrån, att det de lege lata finns ett starkt stöd för att en sådan distinktion skall upprätthållas. Vilka är då motiven för att generalklausulerna i gällande rätt skall tillämpas vid ifrågasatt förtäckt utbetalning av utdelning? Av förarbetena till 1944 års lag framgår

[452] Jfr NJA 1962 s. 461 på s. 465 och om problemet utförligt nedan avsnitt 9.2.
[453] Jfr NJA 1920 s. 231 och 1922 s. 122 samt justitierådet Alexanderson i NJA 1935 s. 704 på s. 707. Se utförligt om problemet avsnitt 9.8 nedan med vidare hänvisningar.
[454] Jfr dock om förtäckta utbetalningar i avsnitt 8.5 nedan.

det att den dåvarande generalklausulen – efter utländska förebilder – utformades i syfte att förhindra indirekta kränkningar av likhetsprincipen genom förvaltningsåtgärder, avtal eller andra rättshandlingar. Den i lagtexten begagnade formuleringen "uppenbarligen fördel beredes vissa aktieägare till nackdel för bolaget eller övriga aktieägare" skulle tolkas som att en tillämpning av generalklausulen förutsatte, att åtgärden uppenbarligen *innefattade* fördel för vissa aktieägare till nackdel för övriga. Det var inte tillräckligt, att det framstod som en möjlighet eller en sannolikhet att åtgärden kunde komma att medföra sådana fördelar och nackdelar som förutsattes för generalklausulens tillämpning.[455] I gällande rätt har ordet "uppenbarligen" ersatts av ordet "otillbörlig" ("ägnad att bereda otillbörlig"). Syftet med lagändringar var att komma ifrån den dåtida restriktiva synen på hur generalklausulen skulle tillämpas utan att för den skull lägga band på bolagsledningen (vilket för övrigt var i linje med det dåvarande reformarbetet i fråga om andra generalklausuler på förmögenhetsrättens område). Bolagsledningen måste kunna bedöma om en åtgärd är rättsenlig eller ej. En lämplig avvägning mellan dessa motstående intressen var att utmönstra ordet "uppenbarligen" ur lagtexten och ersätta detta med ordet "otillbörlig".[456]

I och med att avtal och andra rättshandlingar endast strider mot ABL då de är ägnade att bereda *otillbörlig fördel åt aktieägare* eller annan, kan generalklausulerna i sin nuvarande utformning sägas innefatta ett skydd för bolagsorganens handlingsfrihet. Detta kan även uttryckas som att generalklausulerna syftar till ett slags skydd för omsättningen. Därmed är det möjligt att hävda, att generalklausulerna är lämpade att lösa de avgränsningsproblem som inte minst aktualiseras vid ifrågasatt förtäckt utbetalning av utdelning: Innebär "affären" med aktieägaren att han erhåller en otillbörlig fördel? Den ovan nämnda distinktionen mellan tillämpningsområdet för likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL (öppen utbetalning av utdelning) och generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 (förtäckt utbetalning av utdelning) skulle med andra ord bygga på en välgenomtänkt ändamålsavvägning.

För egen del vill jag mena att gränsdragningen mellan affärsmässiga rättshandlingar och sådana rättshandlingar som innefattar förtäckt utbetalning av utdelning måste ske för sig, under beaktande av bestämmelsernas ändamål och mot bakgrund av det övergripande utbetalningsbegreppet (se kapitel 8ff). Termen "otillbörlig" ger enligt min uppfattning dålig vägledning för bedömningen huruvida en rättshandling inte kan anses som affärsmässig utan får betraktas som vederlagsfri.[457] Därtill kommer

[455] SOU 1941:9 s. 303 och SWN s. 193.
[456] Prop. 1973:93 s. 84.
[457] Se dock i avsnitt 8.5 berörda arbeten.

att det finns starka systematiska skäl som talar för att man skall tillämpa likhetsprincipen vid utbetalning av utdelning i både öppen och förtäckt form, och att en tillämpning av generalklausulerna förbehålls situationer där likhetsprincipen inte går att tillämpa.

> Generalklausulerna torde emellertid vara tillämpliga, då ett avtal eller annan rättshandling kan sägas innefatta en otillbörlig fördel för aktieägare till nackdel för bolaget eller andra aktieägare utan att det är fråga om förtäckt utbetalning av utdelning. Möjligen är det denna situation som åsyftas i förarbeten och litteratur.[458] Jfr nedan.

Sammanfattningsvis kan det konstateras, att det i förarbeten och doktrin finns ett omfattande stöd för att generalklausulerna bl.a. skall tillämpas på stämmobeslut, avtal och andra rättshandlingar, som typiskt sett innefattar en förtäckt utbetalning till aktieägarna. En förtäckt utbetalning strider dock redan mot likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL. Enligt min uppfattning bör därför alla typer av utbetalningar till aktieägarna – oavsett om de sker i öppen eller förtäckt form – prövas jämlikt likhetsprincipen. Huruvida en rättshandling är affärsmässig eller att betrakta som en förtäckt utbetalning av utdelning måste bedömas för sig (termen "otillbörlig" ger ingen vägledning), under beaktande av bestämmelsernas ändamål och mot bakgrund av det övergripande utbetalningsbegreppet. Generalklausulerna kan enligt min mening alltså inte tillämpas vid förtäckt utbetalning av utdelning.[459] De kan däremot tillämpas i bl.a. följande situationer:

(1) Avtal eller annan rättshandling som – utan att den innefattar förtäckt utbetalning av utdelning – är ägnad att bereda otillbörlig fördel åt aktieägare till nackdel för bolaget eller annan aktieägare.
(2) Utbetalning till utomstående oavsett om denna sker i öppen eller förtäckt form. (Märk väl att ovan berörda avgränsningsproblematik i fråga om utbetalningsbegreppets tillämpningsområde är ett spörsmål för sig också i förhållande till utomstående. Se härom kapitel 10.)

5.4.7.5 Om utbetalning av vinstutdelning och utsvältningsregeln i 12:3 2 st. ABL

I den s.k. utsvältningsregeln i 12:3 2 st. ABL stadgas att bolagsstämman på yrkande av ägare till minst en tiondel av samtliga aktier skall fatta beslut om utdelning med ett visst minsta belopp. Yrkande om utdelning

[458] Jfr i viss mån Nial, Svensk associationsrätt s. 142 om "rabatt" på affärer med aktieägare.
[459] Jfr Lindskog, JFK 12:0-3.1 (s. 17).

skall enligt 12:3 2 st. 2 meningen ABL framställas på ordinarie bolagsstämma innan aktieägarna har fattat beslut om användning av bolagets vinst. Utsvältningsregeln syftar till att tillförsäkra minoritetsaktieägare rätt till skälig avkastning. 12:3 2 st. ABL skall förhindra att en aktieägaremajoritet utan grundad anledning undanhåller minoriteten andel i bolagets vinst, som t.ex. kan ske i syfte att tvinga minoriteten att försälja sina aktier till majoriteten.[460] Aktiebolagens ekonomiska ställning är emellertid också tillgodosedd såtillvida att det belopp som på yrkande av minoriteten kan bli föremål för utbetalning av vinstutdelning är begränsat, och att det står majoriteten tämligen fritt att fatta beslut om avskrivningar på bolagets tillgångar eller avsättningar till olika obeskattade reserver.[461] Över huvud taget förefaller aktiebolagens konsolideringsintresse gå före minoritetsaktieägares intresse av andel i bolagens vinst.[462]

Bolagsstämman skall enligt 12:3 2 st. 1 meningen ABL fatta beslut om utdelning med åtminstone ett belopp som motsvarar hälften av vad som återstår av årets vinst, sedan avdrag skett för balanserad förlust, som överstiger fria fonder och reservfond, och för belopp som enligt ABL eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital eller enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna. Aktieägarna får inte fatta beslut om vinstutdelning i strid mot försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL och måste iaktta 12:2 1 st. ABL, om detta stycke i jämförelse med 12:3 2 st. 1 meningen kräver ytterligare avdrag från årets vinst.[463]

Stämman behöver enligt 12:3 2 st. 4 meningen ABL inte fatta beslut om högre utdelning än fem procent av bolagets egna kapital.

Minoritetens rätt att *påkalla* att den ordinarie bolagsstämman fattar beslut om vinstutdelning enligt 12:3 2 st. ABL innebär inte att minoriteten kan fatta beslutet som sådant.[464] Skulle bolagsstämman inte fatta det beslut som minoriteten påkallat, får varje aktieägare nöja sig med att klandra det lagstridiga[465] stämmobeslutet enligt 9:17 1 och 2 st. ABL.[466]

[460] SOU 1941:9 s. 291 och prop. 1975:103 s. 249ff.

[461] Jfr prop. 1975:103 s. 480f och Kedner–Roos II 12:3.04f (s. 240f) samt se vidare nedan.

[462] Jfr föredragande i prop. 1975:103 s. 481. Uttalandet görs i samband med frågan om avsättningar till obeskattade reserver skall kunna åsidosättas, men får i lika hög grad anses gälla i fråga om avskrivningar på bolagets tillgångar; jfr prop. 1975:103 s. 250.

[463] Jfr hänvisningen i 12:3 2 st. 3 meningen ABL till hela 12:2 ABL och härom lagrådet i prop. 1975:103 s. 770 samt med instämmande av föredraganden i prop. 1975:103 s. 788f.

[464] SOU 1941:9 s. 293f; SWN s. 187; SOU 1971:15 s. 319; prop. 1975:103 s. 481 och Kedner–Roos II 12:3.06 (s. 244) samt Lindskog, JFK 12:3-5.1.2 (s. 81).

[465] 9:5 2 st. p. 2 jfr med 12:3 2 st. ABL.

[466] Se SOU 1971:15 s. 319f, prop. 1975:103 s. 481 och Kedner–Roos II 12:3.06 (s. 244) samt Lindskog, JFK 12:3-5.1.2 (s. 80f). Jfr SOU 1941:9 s. 294 och SWN s. 187.

Domstolarna kan i samband med en sådan klandertalan fastställa en ändring av stämmans beslut, så att beslutet ger minoriteten dess rätt enligt 12:3 2 st. ABL (jfr 9:17 5 st. 2 meningen ABL).[467]

> Se om utländsk rätt och närmare om den svenska bestämmelsen Johansson, Bolagsstämma s. 301ff. Se därjämte Kedner–Roos II 12:3.04ff (s. 239ff), Lindskog, JFK 12:3–5 (s. 80ff) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 248f.

Majoriteten kan tänkas försöka kringgå minoritetens rätt enligt 12:3 2 st. ABL genom att fastställa en balansräkning som innehåller avsevärda avskrivningar på bolagets tillgångar och – i den utsträckning det är aktuellt efter 1990 års skattereform – avsättningar till obeskattade reserver.

> Det är dock inte möjligt för majoriteten att kringgå 12:3 2 st. ABL genom att t.ex. utan stöd i bolagsordningen överföra ett större belopp till reservfonden än vad som följer av 12:4 1 st. p. 1 ABL.[468] Om bolagsordningen stadgar att en viss del av vinsten skall tillfalla andra än aktieägarna, skall minoritetens rätt enbart beräknas på den del av årets vinst, som kan bli föremål för vinstutdelning till aktieägarna.[469]

Minoriteten anses dock i samband med en klandertalan kunna få till stånd rättelse av avskrivningar (9:17 4 st. 2 meningen ABL),[470] "om den beslutade avskrivningen är helt opåkallad eller avsevärt större än vad god redovisningssed bjuder (jfr NJA 1965 s. 157)"[471].[472]

> I NJA 1965 s. 157 rörde tillämpningen av dåvarande 75 § 2 st. 1944 års lag om rätt för minoriteten att påkalla beslut om vinstutdelning och huruvida

[467] SOU 1971:15 s. 319; prop. 1975:103 s. 481 och Kedner–Roos II 12:3.06 (s. 244f).

[468] SOU 1971:15 s. 318; prop. 1975:103 s. 480; Kedner–Roos II 12:3.05 (s. 242) och 12:4.08 (s. 251) samt Lindskog JFK 12:3-5.2.1 (s. 82). Jfr ock SOU 1941:9 292 och SWN s. 186. Detsamma måste gälla avsättning till annan bunden fond.

[469] SOU 1971:15 s. 318, prop. 1975:103 s. 480 och Kedner–Roos II 12:3.05 (s. 242). Jfr Lindskog, JFK 12:3-5.2.1 (s. 81f).

[470] Jfr SOU 1971:15 s. 320; prop. 1975:103 s. 481 och Kedner–Roos II 12:3.04ff (s. 241ff). Jfr ock SOU 1941:9 s. 292f ("/.../ allmänna bokföringsgrunder och god köpmannased /.../"); SWN 186 och SOU 1971:15 s. 318. Jfr därtill Johansson s. 309ff och Lind s. 265f.

[471] Prop. 1975:103 s. 480f och jfr s. 249. Jfr ock 2 § BFL. Såsom Lindskog framhåller torde den omständigheten, att majoriteten systematiskt utnyttjat "gråzoner" inom god redovisningssed för att nedbringa vinsten inte vara tillräckligt för korrigering. Se JFK 12:3-5.2.2 (s. 82). Däremot torde generalklausulerna kunna tillämpas i en situation som denna. Jfr nedan.

[472] Lämpligen bör man först söka fastställa vad som följer av god redovisningssed. Håller sig avskrivningarna inom den ram som god redovisningssed anger bör de inte kunna angripas. Däremot är så fallet om avskrivningarna inte står i överensstämmelse med god redovisningssed. I sådant fall får man korrigera avskrivningarna med ett så stort belopp att de efter korrigeringen står i överensstämmelse med god redovisningssed. Jfr Lindskog, JFK 12:3-5.2.2 not 69 (s. 82).

belopp som avsatts till investeringsfond skulle inräknas i vinsten. HD fann att så var fallet och uttalade beträffande avskrivningar följande:[473]

"Äro i ett väl konsoliderat bolag av majoriteten beslutade avskrivningar helt opåkallade eller avsevärt större än vad allmänna bokföringsgrunder och god köpmannased bjuder, lärer minoriteten i samband med hävdandet av sin rätt till utdelning kunna få till stånd rättelse av avskrivningsbeslutet."

Enligt Nial gäller som en allmän associationsrättslig princip att en associationsmedlem har rätt att kräva att undervärdering inte sker i strid mot ovannämnda princip.[474] Ett stämmobeslut varigenom aktieägarna fastställer en balansräkning, vari tillgångarna undervärderats på angivet vis, skulle följaktligen vara klanderbart enligt 9:17 1 st. ABL,[475] eftersom balansräkningen strider mot värderingsreglerna i BFL och god redovisningssed (se hänvisningen till BFL i 11:1 2 st. 1 meningen ABL).

I regel får dock en av majoriteten fastställd balansräkning, som innehåller avsevärda avskrivningar på bolagets tillgångar, anses ligga i linje med ändamålsavvägningen att aktiebolagets konsolideringsintresse går före minoritetens intresse av andel i bolagets vinst.[476]

Vad gäller avsättningar till obeskattade reserver föreslog aktiebolagsutredningen att sådana – om de tillfördes fonder varöver bolagsstämman kunde råda – skulle öka årets vinst (nettovinsten för året) med minst hälften av det avsatta beloppet vid beräkningen av det belopp som minoriteten har rätt att påkalla att bolagsstämman fattar beslut om enligt 12:3 2 st. 1 meningen ABL.[477] Förslaget godtogs inte av föredraganden i propositionen med den motiveringen, att det var stadgad praxis att avsättningar till investeringsfonder o.d. skulle anses som kostnader för bolagen.[478] Det vore därför principiellt oriktigt att behandla avsättningar av nämnt slag som utdelningsbar vinst.[479] Föredraganden framhöll även att avsättningar till obeskattade reserver innehåller en betydande del latenta skatteskulder. Avsättningarna sker med hänsyn till bolagens konsolideringsbehov och de avsatta beloppen kommer endast bolagen till godo. Bolagens konsolideringsintresse ansågs överordnat minoritetsaktieägarnas rätt till utdelning, och det saknades anledning att tro att avsättningsmöj-

[473] Referatet s. 163. Se härom SOU 1971:15 s. 318 och Nial, SvJT 1971 s. 737f.

[474] Nial, Svensk associationsrätt s. 198.

[475] Johansson, Bolagsstämma s. 310.

[476] Prop. 1975:103 s. 481. Uttalandet görs i samband med frågan om avsättningar till obeskattade reserver skall kunna åsidosättas, men får i lika hög grad anses gälla i fråga om avskrivningar på bolagets tillgångar; jfr prop. 1975:103 s. 250 och not 462 ovan.

[477] Se SOU 1971:15 s. 318f. Jfr för en annorlunda lösning NJA 1965 s. 157 ovan.

[478] Prop. 1975:103 s. 481 och jfr dessutom s. 447. Visheten i att hänvisa till "praxis" och avsättningar som "kostnader" kan diskuteras. Jfr not 481 nedan.

[479] Prop. 1975:103 s. 481.

ligheten skulle missbrukas av majoritetsaktieägare till nackdel för minoritetsaktieägare.[480] Enligt gällande rätt skall sålunda avsättningar till obeskattade reserver inte beaktas vid tillämpningen av 12:3 2 st. 1 meningen ABL;[481] ett synsätt som stämmer väl överens med försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL och hänvisningen till bolagets konsolideringsbehov.

Enligt min uppfattning måste emellertid avsättningar till obeskattade reserver i exceptionella fall kunna underkännas aktiebolagsrättsligt. Avsättningar av nämnt slag kan vara tillåtna enligt de skatterättsliga reglerna och samtidigt ha till syfte att diskriminera minoriteten. Om så är fallet bör de rimligtvis kunna åsidosättas enligt t.ex. 9:16 ABL.[482]

En något speciell situation aktualiseras om minoritetens rätt att påkalla att den ordinarie bolagsstämman fattar beslut om vinstutdelning över huvud taget beskärs genom att majoriteten tillskansar sig ekonomiska fördelar, som inte kommer minoriteten till godo. Uttalanden i förarbetena till ABL tyder, som tidigare framhållits, på att sådana fördelar skall bedömas enligt generalklausulerna. Jag vill mena att frågan huruvida avtal och andra rättshandlingar innefattar förtäckt utbetalning av utdelning måste bedömas för sig.[483] Förtäckt utbetalning av utdelning strider mot likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL. Aktieägare som i ond tro uppburit utbetalning av utdelning i strid mot likhetsprincipen är återbäringsskyldiga enligt 12:5 1 st. ABL.[484] Vad bolaget avhänt sig som förtäckt utbetalning av utdelning bör beaktas vid tillämpningen av 12:3 2 st. ABL. Ett belopp som motsvarar vad som sammanlagt frånhänts bolaget som förtäckt utbetalning av vinstutdelning[485] måste höja årets vinst (nettovinsten för året).[486]

[480] Prop. 1975:103 s. 481.

[481] Se Kedner–Roos II 12:3.05 (s. 243) och Lindskog, JFK 12:3-5.2.2 (s. 83). En annan sak är att avsättningar av avgivet slag inte materiellt framstår som verkliga "kostnader". Jfr Lindskog, JFK 12:3-5.2.3 not 73 (s. 82f).

[482] Att en sådan tillämpning inte är alldeles främmande antyds – något förvånande i belysning av vad som ovan sagts – av föredraganden beträffande både avsättningar till obeskattade reserver ("fondering av vinstmedel") och avskrivningar i samma proposition (prop. 1975:103 s. 250).

[483] Se avsnitt 5.4.7.4.

[484] Se dock beträffande ondtroskravet vid förtäckt utbetalning av utdelning avsnitt 13.4.4.

[485] Se beträffande koncernbidrag prop. 1975:103 s. 480; Lindskog, JFK 12:3-5.2.1 not 64 (s. 81) och Kedner–Roos II 12:3.05 (s. 242).

[486] Detta kan sägas följa av att återbäringsskyldigheten (och) eller bristtäckningsskyldigheten i 12:5 ABL motsvarar det värde som har frånhänts bolaget. Jfr för en troligtvis annorlunda åsikt prop. 1975:103 s. 249f (jfr därtill s. 482) och Kedner–Roos II 12:3.04 (s. 240). Jfr i sammanhanget Lindskog, JFK 12:3-5.2.1 not 64 (s. 81) beträffande s.k. vinsteliminering. Lindskog förbiser att det kan finns ett behov av att korrigera årets vinst (nettovinsten för året) oavsett om det utbetalade beloppet i princip skall återbäras (och) eller ersättas.

AVDELNING II
OM UTBETALNING

AVDELNINGENS FRÅGESTÄLLNINGAR, TERMINOLOGI OCH UPPLÄGGNING

Inledning

Föreliggande avdelning syftar till att besvara under vilka förutsättningar avtal och andra rättshandlingar mellan ett aktiebolag och dess aktieägare eller utomstående träffas av reglerna om vinstutdelning och övriga utbetalningstyper i ABL. Jag inleder undersökningen med att presentera den terminologi som begagnas i ABL och i litteraturen för att beskriva vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägarna i denna deras egenskap. Därefter följer en redogörelse för den terminologi som kommer till användning i denna undersökning. Jag avslutar med att presentera avdelningens uppläggning.

Om ABL:s systematik och terminologi

Utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL stadgar att utbetalning till aktieägarna av bolagets medel endast får ske enligt bestämmelserna i ABL om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid bolagets likvidation. Bestämmelsen kan delas in i två led: Den övergripande formuleringen "utbetalning till aktieägarna av bolagets medel" och de tre olika utbetalningstyperna. Vad som åsyftas med det förra ledet synes främst vara vederlagsfria (ensidiga) förmögenhetsöverföringar från aktiebolag till aktieägare i form av kontanta medel (värdeöverföringar). Med begreppet "utbetalning" avses alltså närmast den *rättshandling* eller de *rättshandlingar* varigenom bolaget vederlagsfritt förfogar över bolagsförmögenheten till aktieägarna. Det senare ledet

syftar i första hand på de i ABL angivna *förfarandena* för värdeöverföringar till aktieägarna (se dock om begreppet "vinstutdelning" i ordinärt juridiskt språkbruk avsnitt 5.3.2.1 ovan). Jag kommer i det följande – liksom i det föregående – att utgå från att en "utbetalning till aktieägarna av bolagets medel" *alltid* – vare sig den är lovlig eller olovlig – skall anses som antingen utbetalning av vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet alternativt reservfonden eller utbetalning (utskiftning) vid likvidation. Huruvida ett vederlagsfritt förfogande över bolagsförmögenheten till aktieägarna – vare sig det är lovligt eller olovligt – skall hänföras till den ena eller andra utbetalningstypen får avgöras i enlighet med vad som sagts i avsnitt 5.3 ovan.

Det syns emellertid vanligt att man i allmänt juridiskt språkbruk även begagnar sig av ordet "utdelning" i "vinstutdelning" i samma betydelse som begreppet "utbetalning". Ofta beskrivs vederlagsfria dispositioner över bolagsförmögenheten som sådana som *utdelning*.[1] Den *rättshandling* eller de *rättshandlingar* varigenom ett aktiebolag för över pengar eller annan egendom till aktieägarna kan alltså beskrivas som antingen *utbetalning* eller *utdelning*. Vid sidan om dessa termer brukar i litteraturen en värdeöverföring från ett bolag till en eller flera aktieägare, som bakas in i en transaktion av annat slag, beskrivas som *förtäckt utdelning*.[2]

Ett visst stöd för att ABL innehåller flera olika begrepp för att vid olika utbetalningstyper beskriva vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten kan sägas finnas i utbetalningsförbudets konstruktion. Vid sidan av ordet "*utbetalning*" hänvisar lagtexten till vinst*utdelning*, *utbetalning* vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och *utskiftning* vid likvidation. Det är tänkbart att orden utbetalning, utdelning och utskiftning som begrepp beskriver en och samma typ av rättshandling: Ett vederlagsfritt förfogande över bolagsförmögenheten.

På senare tid har det i litteraturen framförts ett förslag till en annan terminologi. Lindskog använder termen "*kapitalanvändning*" som begrepp för ett sådant av aktieägarna beslutat (eller sanktionerat) ianspråktagande av bolagets kapital som är underkastat reglerna om vinstutdelning i 12 kapitlet, och detta oavsett i vilken form användningen sker.[3] Termen "kapitalanvändning" torde, såvitt jag kan bedöma, vara möjlig att använda som begrepp för att beskriva alla typer av vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten.[4]

[1] Se t.ex. Kedner-Roos 12:2.01 (s. 226); Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 87 och Nial, Svensk associationsrätt s. 82f.

[2] Nial, Svensk associationsrätt s. 83.

[3] Lindskog, JFK 12:0-5 (s. 18). Jfr Lindskog, SvJT 1992 s. 82 ff.

[4] Jfr Nerep, Svensk Skattetidning 1993 s. 354.

> Med att kapitalanvändningen är *olovlig* förstås att den sker med åsidosättande av spärreglerna i 12:2 ABL *eller* de andra föreskrifter som gäller för vinstutdelning.[5]

Vad slutligen angår vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till utomstående är det i litteraturen brukligt att använda termen *utbetalning*.[6] Stundom beskrivs sådana förfoganden som "vederlagsfria utbetalningar" till utomstående.[7] Det förra ordet markerar att det inte är fråga om utbetalning mot vederlag.[8]

Terminologin i undersökningen

För att beskriva vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägare eller utomstående avser jag i det följande att använda ordet "utbetalning" (i relation till utomstående använder jag stundom ordet "vederlagsfria" för att förtydliga dispositionens vederlagsfria karaktär[9]), om inte källmaterialet föranleder annat (se avsnitt 1.3 ovan och vidare nedan). Avdelningen syftar till att precisera vad som utgör en "utbetalning" av bolagets kontanta medel eller annan egendom till aktieägare (eller utomstående): Under vilka förutsättningar träffas rättshandlingar mellan ett aktiebolag och aktieägare (eller utomstående) av reglerna om vinstutdelning och övriga utbetalningstyper i ABL?

Det kan möjligen tyckas anmärkningsvärt att jag i undersökningen begagnar termen utbetalning och inte den eljest tämligen vedertagna termen utdelning. Orsakerna till detta är flera.

För det första är termen utbetalning en bättre beskrivning av vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten än utdelning, eftersom utdelning genast associerar till vinstutdelning. Vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten behöver inte ha något att göra med egentlig vinstutdelning. Termen "utbetalning" är neutral i den meningen att den inte direkt eller indirekt är relaterad till någon särskild utbetalningstyp[10] utan syftar på både lovliga och olovliga värdeöverföringar från aktiebolag.

[5] Lindskog, JFK 12:0-5 (s. 18). Jfr dock Lindskog, SvJT 1992 s. 83f, där denne framhåller att man i stället för att tala om olovlig (förtäckt) utdelning bör tala om *olovlig kapitalanvändning*, varmed avses att bolaget genom en medvetet icke kommersiellt syftande disposition frånhänds värden i strid mot spärrbestämmelserna i 12:2 ABL.

[6] Kedner–Roos 12.1.03 (s. 224) (rubriken) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125 (rubriken).

[7] Kedner–Roos 12.1.03 (s. 224) (texten) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125 (texten).

[8] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 84.

[9] Se ock avsnitt 5.4.5 ovan samt jfr kapitel 10 nedan.

[10] Jfr dock terminologin "utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden".

För det andra löser inte termen "utdelning" de terminologiska svårigheterna. Som jag nyss framhöll kompletteras ordet "utdelning" i vinstutdelning av "utbetalning" vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och "utskiftning" vid likvidation. Om man väljer att använda sig av termen "utdelning" är det enligt min mening i själva verket nödvändigt att begagna tre termer: utbetalning,[11] utdelning och utskiftning. Jag vill mena att det är enklare och mer ändamålsenligt att enbart använda ett uttryck – utbetalning – för att beskriva en och samma företeelse i olika sammanhang: Den rättshandling eller de rättshandlingar som träffas av reglerna om vinstutdelning och övriga utbetalningstyper i ABL och som innebär att bolaget vederlagsfritt förfogar över bolagsförmögenheten till aktieägare eller utomstående.

En svaghet med termen "utbetalning" är att den endast för tankarna till utbetalningar av bolagets medel i ordets språkliga betydelse.[12] Därför kan det måhända tyckas att jag borde använda en från lagtexten fristående term såsom kapitalanvändning. För egen del anser jag dock att det är en fördel att använda sig av lagtextens terminologi. Den omständigheten att "utbetalning" inte i alla avseenden är en lyckad term får man acceptera. Jag skulle inte heller vinna särskilt mycket på att använda t.ex. termen kapitalanvändning. Kapitalanvändning är enligt min mening en mindre lyckad beskrivning på den *rättshandling* eller de *rättshandlingar* varigenom bolaget vederlagsfritt förfogar över bolagets förmögenhet till aktieägare eller utomstående.[13] Däremot kan uttrycket olovlig kapitalanvändning som begrepp användas för att beskriva ett förfarande där bolaget frånhänds ekonomiska värden motsvarande (blott)[14] eget kapital i strid mot reglerna om vinstutdelning och övriga utbetalningsregler i ABL.

Som jag redan har framhållit går det dock inte att undantagslöst använda termen "utbetalning". Inte minst i rättspraxis och doktrin diskuteras vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägare i termer som utdelning eller förtäckt utdelning. Terminologiska svårigheter liknande de i svensk rätt finns också i utländsk rätt. Jag har därför valt att använda termen utdelning som begrepp synonymt med begreppet utbetalning, om och i den utsträckning källmaterialet så kräver (se avsnitt 1.3 ovan).

[11] I två betydelser: dels som en övergripande beskrivning av vederlagsfria dispositioner över bolagsförmögenheter, dels som en beskrivning av värdeöverföringar efter nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden.

[12] Lindskog, SvJT 1992 s. 82 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 83.

[13] Därtill kan termen kapitalanvändning föra tankarna till det i företagsekonomin begagnade uttrycket kapitalanvändning, som syftar på något helt annat.

[14] Jfr annorlunda t.ex. NJA 1951 s. 6 I berört i avsnitt 5.3.3.2 ovan.

Avdelningens uppläggning

Vederlagsfria förfoganden över bolagets förmögenhet till aktieägare eller utomstående kan delas in i två kategorier. Den första gruppen karaktiseras av att bolaget *öppet* överför pengar eller annan egendom till aktieägare eller utomstående *utan* att värdeöverföringen klätts i annan juridisk form. Den andra gruppen karakteriseras av att värdeöverföringen sker i *förtäckt form* och att aktieägare eller utomstående sålunda vederlagsfritt mottar pengar eller annan egendom genom en simulerad rättshandling såsom lön, köp, byte, hyra eller dylikt.

Dessa två kategorier har fått ligga till grund för min undersökning av vad som utgör en värdeöverföring – aktiebolagsrättslig utbetalning – till aktieägare eller utomstående. Jag behandlar i kapitel 7 öppna utbetalningar till aktieägare. Kapitel 8 syftar till att fastställa hur förtäckta utbetalningar skall avgränsas från sedvanliga affärsavtal. Mot bakgrund av rättspraxis och doktrin på området diskuterar jag i kapitel 9 några typfall, där rättshandlingen kan sägas innefatta ett förtäckt vederlagsfritt förfogande över bolagsförmögenheten. Jag avslutar avdelningen med att i kapitel 10 behandla öppna och förtäckta utbetalningar till utomstående.

Utländsk rätt på området är av intresse för rättsläget och den framtida rättsutvecklingen i Sverige. Jag behandlar därför inledningsvis i kapitel 6 rättsläget enligt det andra bolagsdirektivet och i Tyskland, Danmark, England, Norge samt USA (se avsnitt 3.4 ovan om hur materialet har använts i undersökningen).

KAPITEL 6
Om utbetalning och utdelning i utländsk rätt

6.1 Inledning

Vilka slags dispositioner över bolagets förmögenhet som omfattas av reglerna om vinstutdelning och övriga utbetalningregler är inte något för Sverige unikt problem. I t.ex. tysk rätt finns en omfattande diskussion i litteraturen om vad som konstituerar en förtäckt utbetalning av bolagets medel; en företeelse som för övrigt härrör från rättspraxis i tysk skatterätt 1918–1925.[1] Ett annat problem, som särskilt i Sverige har varit föremål för en livlig debatt,[2] gäller hur sakvärden, vilka tillförs aktieägarna i stället för kontanter, skall *värderas vid tillämpningen av 12:2 ABL*. I Norge synes man – utan att frågan synes ha varit föremål för någon debatt – utgå från att marknadsvärdet skall användas. Detsamma torde vara fallet i Tyskland (i fråga om aktiebolag).[3]

I stort sett samtliga de svårigheter som aktualiseras i svensk rätt kring begreppet utbetalning torde i någon av de rättsordningar som ingår i undersökningen ha lösts eller åtminstone ha uppmärksammats i litteraturen. Nyttan av beskriva rättsläget enligt ett antal främmande rättsordningar är därmed uppenbar (se avsnitt 3.4 ovan om hur materialet har använts i undersökningen). Till detta kommer att i de stater, som har implementerat EG:s bestämmelser på bolagsrättens område, illustrerar aktiebolagslagarna *direkt eller indirekt tillämpningsområdet för utdelningsbegreppet* i art. 15 p. 1 (d) i det andra bolagsdirektivet. Det finns i framtiden all anledning att inte ge utdelningsbegreppet eller motsvarande (utbetalningsbegreppet) ett innehåll som avsevärt avviker från vad som

[1] Se not 28 nedan och jfr i svensk rätt NJA 1920 s. 231 och 1922 s. 122 samt NJA 1923 s. 199.

[2] Se avsnitt 7.4.3.2.1–7.4.3.2.7 nedan.

[3] Jfr dock beträffande andelsbolag och utbetalningsförbudet i 30 § 1 st. GmbHG nedan avsnitt 6.3.3.1.

är fallet i våra grannländer; må så vara att nämnda artikel förmodligen tillåter individuella avvikelser.

Jag inleder undersökningen med att i avsnitt 6.2 presentera utdelningsbegreppet i det andra bolagsdirektivet och dess tillämpningsområde. I tur och ordning presenteras därefter rättsläget i Tyskland, Danmark, England, Norge och USA. I syfte att underlätta en jämförelse mellan de undersökta rättsordningarna har jag efter en enhetlig systematik försökt att behandla följande:

(1) Terminologi,
(2) Allmänt om vad som skall betraktas som en utbetalning eller utdelning,
(3) Särskilt om förtäckta utbetalningar,
(4) Vederlagsfria utbetalningar till utomstående.

Det bör understrykas att undersökningen vad beträffar rättsläget i England och USA inte kan betecknas som "säker". En svårighet med angloamerikansk rätt är att t.ex. institut som förtäckt utdelning inte är lika etablerade som i svensk och tysk rätt. Rättsutvecklingen är beroende av rättspraxis, som i sin tur tenderar till att ge mindre vägledning i form av allmänna principer än vad man kanske förväntar sig. I den utsträckning jag tror mig ha funnit en eller flera allmänna principer i rättspraxis är detta ett resultat av en egen och tämligen självständig analys av källmaterialet, och resultatet är i denna mening "osäkert". Vad särskilt rör USA bör det nämnas att jag trots en omfattande undersökning blott funnit ett blygsamt material. För egen del tror jag att man kan förklara detta med att vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten kan angripas med andra regler och allmänna principer; jfr t.ex. allmänna principer rörande "fraudulent conveyances".

6.2 Utdelningsbegreppet i det andra bolagsdirektivet

Bestämmelserna i art. 15–16 i det andra bolagsdirektivet bygger på principen att syftet med bolagets verksamhet är att bereda vinst åt aktieägarna. I art. 15 anges gränserna för aktieägarnas rätt att vederlagsfritt förfoga över bolagets förmögenhet och den term som används för att beskriva sådana förfoganden är i den svenska översättningen "utdelning", i dansk översättning "uddeling", i tysk översättning "Ausschüttung" och i den engelska versionen "distribution".

Art 15 p. 1 (d) definierar inte begreppet "utdelning" närmare. Det anges i art. 15 p. 1 (d) blott att med "utdelning" avses särskilt utbetalning av vinst eller ränta som hänför sig till aktier. Utbetalning av ränta som

hänför sig till aktier syftar på av bolaget utgivna aktier som ger rätt till en årlig avkastning i form av ränta (t.ex. enligt en bestämmelse i bolagsordningen) och som betalas ut till aktieägarna.[4] Utbetalning av vinst torde få förstås som en utbetalning till aktieägarna avseende pengar eller annan egendom efter ett beslut om vinstutdelning på den ordinarie bolagsstämman eller efter ett beslut av annat beslutsberättigat bolagsorgan såsom styrelsen.

Vilka former av vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägare som omfattas av utdelningsbegreppet framgår inte uttömmande av art. 15 p. 1 (d). Bestämmelsen stadgar ju endast att med utdelning avses *särskilt* utbetalning av vinst och ränta som hänför sig till aktier; jfr i den engelska översättningen "includes in particular" och den tyska översättningen "umfaßt insbesondere".[5]

En särskild fråga är om förtäckta utbetalningar täcks av utdelningsbegreppet. Är medlemsländerna skyldiga att tillämpa bestämmelserna om vinstutdelning – dvs. vad som maximalt får användas för vinstutdelning och återbäringsskyldigheten – på helt eller delvis vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägare, som sker i annan juridisk form än som regelrätt utbetalning av vinst eller ränta? Det kan åtminstone konstateras att definitionen i art. 15 (1) (d) inte hindrar en sådan rättstillämpning, eftersom definitionen snarare än exemplifierande är beskrivande. Enligt min mening synes det därför kunna antas, att tillämpningsområdet för utdelningsbegreppet har lämnats öppet för att det skall vara möjligt att tillämpa vinstutdelningsreglerna på alla typer av vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten oavsett om de sker öppet eller förtäckt.[6]

Två ändamålssynpunkter som talar för att utdelningsbegreppet omfattar såväl öppna som förtäckta värdeöverföringar är dels tredjemansskyddet, särskilt borgenärsskyddet, dels aktieägarskyddet.[7] Bestämmelserna i art. 15 skall framför allt garantera det bundna egna kapitalet (inklusive vad som skall avsättas till bundna reserver), särskilt aktiekapitalet. En utbetalning får enbart ta fritt eget kapital i anspråk.[8] Det bundna egna kapitalet skall fungera som en slags säkerhet för bolagets borgenärer såtillvida att bolagen skall – åtminstone är detta avsikten – disponera

[4] Jfr t.ex. Werlauf 1992 s. 146.

[5] Jfr diskussionen i NOU 1992:29 s. 170f. Att bestämmelsen bara skulle omfatta "formell" öppen utdelning och inte förtäckta dispositioner över bolagsförmögenheten synes osannolikt. Jfr nedan men till synes tveksamt enligt NOU 1992:29 s. 170f. Jfr ock om godtrosskyddet i art. 16; art. 16 bygger på utdelningsbegreppet, se not 11 nedan.

[6] Jfr Werlauff 1992 s. 165 men till synes tveksamt enligt NOU 1992:29 s. 170f.

[7] Jfr Werlauff 1992 s. 165ff.

[8] Se härom avsnitt 3.5.1.3 ovan.

över en förmögenhetsmassa av viss storlek vartill bolagsborgenärerna kan vända sig. Detta åsyftade skydd för bolagets fordringsägare riskerar urholkas, om aktieägarna i förtäckt form kan disponera över bolagets tillgångar motsvarande det bundna egna kapitalet. I synnerhet vore det olyckligt om förtäckta utbetalningar i vissa medlemsstater, såsom är fallet i Tyskland,[9] men inte i alla, skulle omfattas av reglerna om vinstutdelning. Direktivet skulle i den senare situationen inte tillgodose *ändamålet* att *fordringsägare i publika bolag* skall vara *garanterade* ett *minimum av likvärdigt skydd inom gemenskapens samtliga medlemsstater.*

Skyddet för aktieägarna är ett annat ändamålsskäl som kan anföras för att utdelningsbegreppet i art. 15 p. 1 (d) bör omfatta förtäckta utbetalningar. Art. 42 i det andra bolagsdirektivet ålägger medlemsstaterna att i lagstiftning garantera att de aktieägare behandlas lika som befinner sig i samma ställning.[10] Vid tillämpningen av vinstutdelningsreglerna innebär likhetsprincipen att varje aktieägare som befinner sig i samma ställning – dvs. alla aktier (aktieägare) eller på grund av bestämmelse i bolagsordningen varje aktie inom respektive aktieklass (aktieägare inom respektive aktieägargrupp) – har lika rätt till andel i bolagets vinst (jfr 3:1 1 st. ABL).

Samtliga aktieägare kommer inte att åtnjuta något skydd enligt likhetsprincipen, om vissa aktieägare kan gynna sig själva på bekostnad av andra genom att företa förtäckta utbetalningar. Jag vill därför mena att utdelningsbegreppet i art. 15 p. 1 (d) måste omfatta dylika förfoganden. Det bör dessutom framhållas, att direktivet syftar till att *garantera aktieägare i publika bolag ett minimum av likvärdigt skydd inom gemenskapens samtliga medlemsstater* (jfr ovan).

Enligt min uppfattning bör det således kunna antas att utdelningsbegreppet i art. 15 p. 1 (d) omfattar vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägare oavsett om de sker i öppen eller förtäckt form.[11] Det är dock osäkert *hur* man skall avgränsa förtäckt utbetalningar

[9] Se avsnitt 6.3.2.2 nedan.

[10] I den svenska översättningen av direktivet är detta angivet som att medlemsstaternas lagstiftning måste upprätthålla likhetsprincipen för att direktivet "skall kunna genomföras". I den tyska versionen anges att likhetsprincipen skall komma till användning vid tillämpningen av direktivets bestämmelser (i nationell lagstiftning) – " Für die Anwendung dieser Richtlinie /.../". Jfr ock den engelskspråkiga versionen: "For the purposes of the implementation of this Directive /.../".

[11] Jfr Werlauff 1992 s. 165 och densamme beträffande gällande dansk rätt i 1989 I s. 211. (Dock med ett godtrosskydd efter, såvitt jag kan förstå, avtalsrättsliga principer vid återbäringsskyldighet, om medkontrahenten inte är medlem av "kontrolgruppen" – se om uttrycket not 103 nedan – i 1991 s. 472. Werlauff hänvisar till bl.a. tysk litteratur. Berörda hänvisningar är inte i alla delar rättvisande vad gäller rättsläget i Tyskland.) Jfr dock NOU 1992:29 s. 170f. Den omständigheten att art. 15 p. 1 (d) troligtvis inte bara omfattar "for-

("förtäckta utdelningar") från sedvanliga affärsavtal. Varken art. 15 eller övriga bestämmelser i det andra bolagsdirektivet ger någon vägledning. Måhända kan man argumentera för att ovan berörda ändamålsskäl – särskilt borgenärsskyddet och aktieägarskyddet – talar för en mer eller mindre strikt objektiv prövning, dvs. en förtäckt utbetalning skall anses föreligga om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation.[12] Det är likafullt troligt att direktivet tillåter att medlemsstaterna själva löser problemet (se sålunda t.ex. tysk rätt jämförd med engelsk rätt nedan).[13]

> För att en viss rättshandling skall anses innefatta utdelning torde det krävas att den kan värderas ekonomiskt. Detta kan sägas följa av art. 7 1 meningen i det andra bolagsdirektivet, vari stadgas att tecknade kapitalet bara kan bestå av tillgångar, som kan värderas ekonomiskt. Av art. 7 2 meningen följer vidare, att i dessa tillgångar får inte inräknas åtaganden att utöva arbete eller att tillhandahålla tjänster. Eftersom åtagande att utöva arbete eller att tillhandahålla tjänst inte får ingå i underlaget för apportegendom, skulle det kunna hävdas att motsvarande bör gälla för utdelningsbegreppet. Om ett publikt bolag vederlagsfritt tillhandahåller aktieägarna tjänster, bör det inte räknas som utdelning. För egen del tror jag inte att en analogi i denna del är möjlig. Regeln i art. 7 2 meningen är förestavad av att borgenärsskyddet vid bolagets bildande bygger på att bolaget tillförs tillgångar i reell mening. Borgenärsskyddet är emellertid annorlunda konstruerat då bolaget är en "going concern". Så snart bolaget har bildats baserar sig borgenärsskyddet på hela förmögenhetsmassan – inte vissa tillgångar – i företaget och härav följer att alla typer av vederlagsfria förmögenhetsöverföringar måste omfattas av utdelningsbegreppet. Det bör följaktligen för utdelningsbegreppet inte ha någon betydelse om bolaget vederlagsfritt tillhandahåller aktieägarna pengar, saker eller tjänster. Jfr i synnerhet rättsläget i tysk rätt i avsnitt 6.3.2 nedan.

En fråga som i svensk rätt rönt stort intresse, och vilken jag återkommer till i följande kapitel, är hur sakvärden som används för utbetalning av utdelning skall värderas *vid tillämpningen av bl.a. vinstutdelningsreglerna*. Skall t.ex. utdelningsbart belopp enligt 12:2 ABL motsvaras av tillgångens marknadsvärde (bruttometod), bokförda värde (nettometod)

---

mell" utdelning utan även andra former såsom förtäckt utdelning innebär i och för sig inte att godtrosskyddsregeln vid återbäringsskyldighet i art. 16 måste tillämpas; detta antas med hänvisning till dansk rätt i NOU 1992:29 s. 171 (jfr s. 170). Se härom ytterligare avsnitt 11.2 nedan.

[12] Jfr Werlauff 1992 s. 164f och se särskilt tysk och dansk rätt i det följande samt se härtill om svensk rätt särskilt avsnitt 8.7 och 8.8 nedan.

[13] Jfr dock föregående not.

eller anskaffningsvärde (anskaffningsvärdemetod)? Någon bestämmelse härom finns inte i det andra bolagsdirektivet och mig veterligen har frågan aldrig blivit diskuterad med avseende på art. 15–16 i detta direktiv. Medlemsstaterna synes i nationell lagstiftning, som ju bygger på det andra bolagsdirektivet, använda marknadsvärdet (se nedan). Det torde mot bakgrund av det fjärde bolagsdirektivet dock vara möjligt att hävda nettometoden eller anskaffningsvärdemetoden; jfr värderingsreglerna i art. 31–33, 35 och 38–40. Med hänsyn till tredjemansskyddet, särskilt borgenärsskyddet, och aktieägarskyddet samt rättsläget i de (av mig) undersökta medlemsstaterna anser jag för egen del att det på goda grunder kan antas att det andra bolagsdirektivet bygger på bruttometoden (se om rättsläget i Tyskland och Danmark nedan samt om tredjemansskyddet och aktieägarskyddet, som berör för svensk och utländsk rätt gemensamma ändamålsöverväganden, i avsnitt 7.4.3.2.7 och 7.4.5 nedan).[14] Mot bakgrund av att samtliga av mig undersökta medlemsstater synes använda sig av bruttometoden framstår åtminstone nettometoden och anskaffningsvärdemetoden som oförenliga med kapitaldirektivets *ändamål, att garantera fordringsägare och aktieägare ett minimum av likvärdigt skydd inom hela gemenskapen.*

Huruvida art. 15 skall tillämpas på vederlagsfria utbetalningar till utomstående – en slags "utdelning"? – är tveksamt. Art. 15 riktar sig till aktieägarna, som inte annat än i viss utsträckning får tillgodogöra sig bolagets förmögenhet. Det finns till synes inget i art. 15 som hindrar bolagsstämman eller annat bolagsorgan från att företa vederlagsfria utbetalningar till utomstående, vilka tar i anspråk tillgångar motsvarande bundet eget kapital. Inte heller likhetsprincipen i art. 42 torde vara tillämplig, eftersom den reglerar rättsförhållandet mellan aktieägarna och inte berör vederlagsfria utbetalningar till utomstående. Sammantaget har jag svårt för att tro att det andra bolagsdirektivet förhindrar vederlagsfria utbetalningar till utomstående.[15] Det torde dock stå medlemsstaterna fritt att t.ex. upprätthålla principen om skyddet för det bundna egna kapitalet sådan den kommer till uttryck i art. 15 p. 1 (a) och (c) på utbetalningar av nämnt slag.

[14] Jfr i viss mån Werlauff 1992 s. 30f. Notera dock avräkningsregeln i s. 276 CA 1985, vilken jag behandlar i avsnitt 6.5.2 nedan.

[15] Möjligen skall skyddet för det bundna egna kapitalet m.m. i art. 15 upprätthållas med avseende på "förtäckt utdelning" som sker till aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer men som i realiteten gynnar aktieägarna.

6.3 Om utbetalning och utdelning i tysk rätt

6.3.1 Terminologi

Tysk rätt saknar i likhet med svensk rätt en enkel terminologi. Förbudet mot utbetalningar av aktiebolags medel var i äldre tysk rätt formulerat som att "Die Aktionäre können ihre Einlagen nicht zurückfordern" (213 § HGB och jfr 52 § 1 meningen AktG 1937). Utbetalningsförbudet[16] återfinns i gällande rätt i 57 § 1 st. 1 meningen AktG och brukar benämnas "Verbot der Rückgewähr von Einlagen".[17] Bestämmelsen i 57 § 1 st. 1 meningen AktG omfattar hela bolagets förmögenhet.[18] Vad som inte i *laga ordning* utgör utbetalning av vinstutdelning eller annan typ av utbetalning skall betraktas som "Einlagenrückgewähr" (jfr ock 58 § 5 st. AktG).[19] Rättshandlingar varigenom aktiebolag (i förevarande fall vederlagsfritt) för över pengar eller annan egendom på aktieägare betecknas i lagtext och litteratur som "Leistungen" ("prestationer"; se 62 § 1 st. 1 meningen AktG).[20] Uttrycket "vinstutdelning" i svensk rätt motsvaras i tysk rätt av "Gewinnausschüttung". Med "Gewinnauszahlung" avses med min terminologi i det närmaste utbetalning av vinstutdelning. Det anspråk på betalning av utdelning (dividend) som tillkommer aktieägare betecknas som "Dividenden-Zahlungsanspruch". Begreppet "Gewinnanteil" synes närmast syfta på den andel av bolagets vinst som en aktieägare är berättigad till efter ett stämmobeslut om vinstutdelning (174 § AktG) eller styrelsebeslut om förskottsutdelning (59 § AktG).[21]

Terminologin i GmbHG är något mindre komplicerad än i AktG. Det s.k. Auszahlungsverbot i 30 § GmgHG anger, att en mot andelskapitalet svarande del av förmögenheten inte får "an die Gesellschafter ... ausgezahlt werden".[22] Vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten betecknas som "Auszahlungen" oavsett om utbetalningen består av kontanter eller annan egendom.[23] För övrigt synes terminologin överensstämma med den i AktG ("Gewinnausschüttung", "Gewinnauszahlung" och "Dividenden-Zahlungsanspruch").[24]

[16] Citerat ovan i avsnitt 3.5.2.2.

[17] Fischer i Großkomm, 2 uppl 1961, 52 § Anm. 1. Se numera t.ex. Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § vid RdNr 4 (rubriken) och Lutter i Kölner Komm 57 § vid RdNr 5 (rubriken).

[18] Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 4 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 5.

[19] Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 4 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 5.

[20] Se t.ex. Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 10–11 (rubrikerna).

[21] Se 62 § 1 st. 2 meningen AktG och härom Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 32.

[22] Citerat i avsnitt 3.5.2.3 ovan.

[23] Se Hueck i Baumbach–Hueck 30 § RdNr 12.

[24] Jfr t.ex. Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 49.

I det följande avser jag att använda ordet "utbetalning" som begrepp för att beskriva vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten oavsett om de strider mot AktG respektive GmbHG eller ej.

6.3.2 Utbetalningar och aktiebolag

6.3.2.1 Översikt

Redan med avseende på bestämmelserna i HGB[25] om utbetalningar av bolagets medel aktualiserades i rättspraxis frågan vad som skall betraktas som en otillåten utbetalning ("Rückgewähr") av bolagets medel.[26] Rättsutvecklingen sedan dess bygger på ett omfattande material; kanske främst litteratur på området.[27] Jag avser att i det följande primärt upprätthålla mig vid utbetalningar av nämnt slag, eftersom det är dessa, och inte utbetalningar vilka står i överensstämmelse med bestämmelserna i AktG, som är av principiellt intresse.

Systematiskt skiljer tysk rätt mellan – jfr 117 § 2 st. BGB citerat i avsnitt 8.2 nedan – "offene" (öppna) och "verdeckte" (förtäckta)[28] utbetalningar av bolagets medel.[29] Med (olovliga)[30] förtäckta utbetalningar avses närmast avtal mellan ett aktiebolag och aktieägare, "durch die dem Gesellschafter wegen seiner Beteiligung an der Gesellschaft ein wirtschaftlicher Vorteil in anderer Form und unter anderer Bezeichnung als der eines Gewinnanteils zugewendet wird".[31] Sålunda vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägare i annan form och under annan beteckning – t.ex. som köp eller hyra – än som utbetalning av utdelning. Med (olovliga) "öppna" utbetalningar avses t.ex. betalning av utdelning i strid mot bestämmelsen om förskottutdelning i 59 § AktG eller utan ett giltigt stämmobeslut jämlikt 174 § AktG.[32]

[25] Främst 213 § HGB.

[26] Jfr särskilt RGZ 149, 385 på s. 400: "Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um eine offene oder mehr oder minder verschleierte oder verdeckte Vermögensverteilung unter den Aktionären oder gar nur bestimmten oder bestimmbaren Gruppen von ihnen handelt. Entscheidend sind vielmehr der sachliche Inhalt und die Art des Geschäfts."

[27] Se t.ex. hänvisningen i Kölner Komm under 57 §.

[28] Begreppet "verdeckte Gewinnausschüttung" utvecklades av Reichsfinanzhof mellan åren 1918–1925. Se Ballerstedt s. 21.

[29] Jfr 117 § 2 st. BGB citerat nedan i avsnitt 8.2.

[30] Märk väl att förtäckta utbetalningar i och för sig är olovliga.

[31] Ballerstedt s. 114. Jfr ock Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 11.

[32] Se Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 14.

> Om en utbetalning i anledning av beslutad vinstutdelning sker med annan egendom än kontanter skall bolagets prestation, efter vad jag kan förstå, värderas till marknadsvärdet *vid tillämpningen av bestämmelserna i AktG*.[33] Skulle egendomen värderas till något annat värde (såsom bokfört värde) vid tillämpningen av bestämmelserna i AktG är det fråga om s.k. verdeckten Gewinnausschüttung (jfr följande avsnitt).[34]

Rättsläget är så till vida klart, att det saknar betydelse på vilket sätt[35] (öppet eller förtäckt) eller med vad[36] för slags egendom[37] bolaget företar en utbetalning i strid mot bestämmelserna i AktG om utbetalningar. Vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten i strid mot bestämmelserna i AktG omfattas av utbetalningsförbudet i 57 § 1 st. 1 meningen AktG och skall anses som "Rückgewähr". I litteraturen finns åtskilliga exempel på vad som kan utgöra en (olovlig) utbetalning i förtäckt form.[38] Följande bör nämnas:[39] oskäligt hög lön, tantiem eller provision; penninglån utan eller till för låg ränta; penninglån utan fullgod säkerhet; borgen eller annan säkerhet till förmån för aktieägare; aktieägares förvärv av bolagets egendom till underpris eller bolagets förvärv av aktieägares egendom till överpris; optionsrätter; återköpsplikt för bolaget och licenser.

6.3.2.2 Särskilt om förtäckta utbetalningar

6.3.2.2.1 En strikt objektiv prövning?

I litteraturen har det förts en tämligen omfattande diskussion beträffande gränsdragningen mellan ordinära affärsmässiga avtal och förtäckta vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten. De senare ger upphov till återbäringsskyldighet enligt 62 § AktG och är tillika vanligen ogiltiga enligt 134 § BGB. Se härom närmare avsnitt 11.3.2f nedan.

Någon enhällig syn på problematiken finns inte företrädd i litteraturen. Enligt en åsikt bygger bedömningen på om värdet av bolagets prestation

[33] Jfr särskilt Lutter i Kölner Komm 58 § RdNr 107 med 57 § RdNr 15ff men också Hefermehl–Bungeroth i AktG 58 § RdNr 124.

[34] Se Lutter i Kölner Komm 58 § RdNr 107 jfr med 57 § RdNr 15ff.

[35] Jfr särskilt uttalandet i RGZ 149, 385 på s. 400 återgivet i not 26 ovan. Jfr ock t.ex. Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 9 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 8.

[36] Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 13 och jfr Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 9.

[37] Även tillhandahållande av (vederlagsfria) tjänster synes kunna betraktas som aktiebolagsrättsliga utbetalningar. Jfr särskilt Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 16ff och 28 men även Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 11.

[38] Se t.ex. Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 17ff och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 28ff.

[39] Hämtade från Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 28 med vidare hänvisningar.

överstiger värdet av aktieägarens motprestation.[40] Bedömningen kan beskrivas som huruvida det – till aktieägarens förmån – existerar en "objektive Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung" (bolagets prestation respektive aktieägarens motprestation skall i förekommande fall värderas med utgångspunkt i marknadsvärdet).[41] Några författare tycks mena, att man i denna bedömning av om värdet av bolagets prestation överstiger värdet av aktieägarens motprestation måste ta hänsyn till vad som kan beskrivas som bolagsorganens affärsmässiga överväganden; s.k. Bewertungsspielraum.[42]

Mot bakgrund av skatterättslig rättspraxis finns det i både bolagsrättslig rättspraxis[43] och litteratur[44] representanter för en till synes något annorlunda bedömningsmodell; en modell som enligt min uppfattning inte i *sak* verkar skilja sig särskilt mycket från den nyss nämnda.[45] Bedömningen kan formuleras på följande vis (Bundesfinanzhof):[46]

> "Verdeckte Gewinnausschüttung ist ein Vorteil, den eine Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung zuwendet und den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers einem Nichtgesellschafter nicht zugewendet hätte."

Det avgörande är således om bolagets ställföreträdare med "Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers"

[40] Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 16 och se även i frågan Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 12. Jfr ock Lutter i Festschrift für Ernst C Stiefel zum 80 Geburtstag s. 528f. För en annorlunda formulering se BGH i WM 1987 s. 348 på s. 349 (avser GmbHG). Jfr vidare nedan.

[41] Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 16 och se marknadsvärdebestämningen i RdNr 17ff. Jfr ock i avsnitt 8.11.2 nedan.

[42] Se Barz i Großkomm 57 § Anm. 3 och jfr Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 12. Se annorlunda Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 20.

[43] Jfr BGH i WM 1987 s. 348 på s. 349 (avser GmbHG).

[44] Se främst Döllerer i BB 1967 s. 1437ff särskilt s. 1441ff (både skatte- och bolagsrättsligt). Jfr härtill hänvisningen till ett yngre arbete av Döllerer jämte andra arbeten i Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 14. Detta synsätt tycks dock främst vara representerat i litteraturen kring GmbH; jfr hänvisningen av BGH i WM 1987 s. 348 på s. 349 och se därjämte i avsnitt 6.3.3.2 nedan.

[45] Se om modellen Flume i ZHR 144 (1980) s. 21f och densamme i Die juristische Person s. 289f samt Winter i ZHR 148 (1984) s. 584 (beträffande GmbHG). Märk väl att modellen – återgiven strax nedan i en formulering – ibland anses innefatta ett slags subjektivt rekvisit eller moment; jfr t.ex. till synes Goerdeler–Müller i Hachenburg, 7 uppl 1979, 30 § RdNr 39 (beträffande GmbHG). Det torde dock vara felaktigt; se t.ex. Flume i Die juristische Person s. 289. Annorlunda Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 21.

[46] BFH i AG 1980 s. 312 med vidare hänvisningar.

också skulle ha ingått avtalet eller eljest företagit rättshandlingen med utomstående som medkontrahent.[47]

6.3.2.2.2 Ett subjektivt rekvisit?

En i tysk doktrin omdiskuterad fråga är huruvida det – förutom att värdet av bolagets prestation skall överstiga värdet av aktieägarens motprestation – krävs ett subjektivt moment för att en förtäckt utbetalning skall anses föreligga. Sammanfattningsvis har jag funnit att det finns fyra alternativ representerade i litteraturen:

(1) Enligt en äldre och, såvitt jag bedöma, i stort sett föråldrad uppfattning, måste det ha funnits en medvetenhet hos både ställföreträdaren för bolaget och aktieägaren om att den vederlagsfria dispositionen företogs under täckmantel av en onerös rättshandling (jfr 117 § BGB).[48] Särskilt att "auch der Aktionär daß Bewußtsein und den Willen hat, eine Leistung, 'auf seine Beteiligung' zu empfangen".[49]

(2) En yngre, och mer utbredd, uppfattning företräder Barz, vilken synes mena att endast ställföreträdaren för bolaget behöver ha varit medveten om missförhållandet mellan prestation och motprestation.[50]

> "/.../ Bewußtsein des für die AG handelnden Vorstandes, dem Vertragspartner, weil er Aktionär ist, einen durch seine Gegenleistung nicht gerechtfertigten Vorteil zukommen zu lassen."[51]

(3) Ett något annorlunda subjektivt moment innebär att ett objektivt missförhållande mellan prestation och motprestation regelmässigt bara skall betraktas som en förtäckt utbetalning, när det till nackdel för bolaget ingångna avtalet slutits med hänsyn till motpartens egenskap av aktieägare.[52] Enligt detta betraktelsesätt är det inte nödvändigt att aktieägaren inser att han erhåller en ekonomisk fördel på grund av att han är aktieägare.[53] Det förutsättes inte heller att ställfö-

[47] Jfr Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 14 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 21.

[48] Flechtheim i Düringer–Hachenburg, HGB, Band III, Teil 1, 3 uppl 1934, 213 § Anm. 4. Jfr i frågan Bommert s. 80 och Wilhelm i Festschrift für Flume zum 70 Geburtstag, Band II, s. 340 not 19 och s. 379f samt Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, s. 316f.

[49] Flechtheim i Düringer–Hachenburg, HGB, Band III, Teil 1, 3 uppl 1934, 213 § Anm. 4.

[50] Barz i Großkomm AktG 57 § Anm. 3.

[51] Barz i Großkomm AktG 57 § Anm. 3.

[52] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 13 och härom Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 24. Jfr Gessler i Festschrift für Fischer s. 136.

[53] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 13.

reträdaren för bolaget var medveten om missförhållandet mellan prestation och motprestation.[54] Det är tillräckligt att företrädaren för bolaget visste med sig att avtalet slöts med *aktieägaren med hänsyn till hans egenskap av aktieägare*[55] (**"Hinblick auf die Eigenschaft des Partners als Aktionär"**)[56].

(4) En fjärde teori kompletterar den närmast föregående genom att det i vissa fall är tillräckligt med en objektiv skillnad mellan prestation och motprestationen,[57] om avtalet *bara kan ingås med bolagets aktieägare* ("der causa societatis")[58]. Ett exempel på ett dylikt avtal är förvärv av egna aktier.[59]

Rättsläget de lege lata är inte alldeles lätt att fastställa. Den härskande meningen tycks emellertid vara att man skall företa en strikt objektiv bedömning utan något subjektivt rekvisit; detta framgår ännu tydligare om man beaktar litteraturen kring GmbHG.[60] För att en förtäckt utbetalning skall anses föreligga räcker det med att värdet av bolagets prestation överstiger värdet av aktieägarens motprestation.

6.3.2.3 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående

Utbetalningsförbudet i 57 § 1 st. 1 meningen AktG gäller endast i relation till bolagets aktieägare och innebär inte något förbud mot gåvor till utomstående.

> "Die Vorschrift erfaßt daher grundsätzlich nur Zuwendungen, die die AG einem Aktionär im Hinblick auf seine Aktionäreigenschaft macht. Zuwendungen an Dritte sind der AG im allgemeinen nicht verboten."[61]

I och med att utbetalningsförbudet inte omfattar gåvor till utomstående

[54] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 13.

[55] Jfr Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 13 och härom Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 24 med vidare hänvisningar.

[56] Formulerat av Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 24.

[57] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 16 och härom Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 25 med vidare hänvisningar. Jfr ock följande not.

[58] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 16 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr RdNr 25 samt jfr Flume i ZHR 144 (1980) s. 22 och samma i Die juristische Person s. 290. Uttrycket härör från Flume a.st.

[59] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 16 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 25.

[60] Se Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 27 med utförliga hänvisningar i RdNr 26. Jfr ock avsnitt 6.3.3.2 nedan.

[61] Hefermehl–Bungeroth 57 § RdNr 22. Se ock Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 39 samt Canaris i Festschrift für Fischer s. 31f.

kan det tyckas vara enkelt att kringgå bestämmelsen. Det är tillräckligt att bolaget vederlagsfritt för över egendom till en utomstående och att denne därefter för över samma egendom till en aktieägare. Risken för missbruk har emellertid medfört att 57 § 1 st. 1 meningen AktG anses ha ett vidare tillämpningsområde, som under vissa förutsättningar omfattar utomstående.[62] I litteraturen skiljer man till synes i huvudsak mellan följande situationer:

(a) dels utbetalningar till utomstående, som i själva verket kommer aktieägare till godo,[63]
(b) dels utbetalningar till aktieägare av utomstående, som slutligen ersätts av bolaget[64].
    (a) Den förra gruppen omfattar en rad olika typfall. I litteraturen nämns bl.a. vederlagsfria utbetalningar till utomstående som är avsedda för aktieägarna,[65] gåvor från bolaget till utomstående som sker på föranstaltande av aktieägarna[66] samt utbetalningar till aktieägarna närstående fysiska[67] eller juridiska[68] personer. Vidare kan vederlagsfria utbetalningar till tidigare eller blivande aktieägare utgöra ett vederlagsfritt förfogande över bolagsförmögenheten i strid mot 57 § 1 st. 1 meningen AktG.[69] Utbetalningsförbudet synes träffa "/.../ alle Zuwendungen, die ihren Grund in der *Aktionäreigenschaft* des Empfängers haben".[70] Under vilka närmare förutsättningar dispositioner av angivet slag strider mot 57 § 1 st. 1 meningen AktG varierar något.[71]
    (b) Utbetalningar till aktieägare av utomstående, som slutligen skall ersättas av bolaget, kan omfatta utbetalningar från "avhängiga" eller majoritetsägda aktiebolag till aktieägare i "moderbolaget".[72]

[62] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 23ff och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 36ff. Se ock Canaris i Festschrift für Fischer s. 31ff.
[63] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 23ff och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 39ff. Se därtill Canaris i Festschrift für Fischer s. 35ff.
[64] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 31ff och Lutter i Kölner Komm RdNr 37f.
[65] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 26 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 43.
[66] Se närmare Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 27f och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 45.
[67] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 29 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 44.
[68] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 30 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 46.
[69] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 23 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 40.
[70] Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 23.
[71] Den intresserade hänvisas till ovan anförd litteratur.
[72] Barz i Großkomm 57 § Anm. 6; Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 32 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 38.

6.3.3 Utbetalningar och andelsbolag

6.3.3.1 Översikt

Utbetalningsförbudet i 30 § 1 st. GmbHG, som endast skyddar *andelskapitalet*, träffar liksom bestämmelsen i 57 § 1 st. 1 meningen AktG utbetalningar till andelsägare i deras egenskap av andelsägare.[73] Det saknar betydelse om värdeöverföringen sker öppet eller förtäckt och huruvida den sker med kontanter eller annan egendom.[74]

> Vare sig utbetalningen sker i öppen eller förtäckt form synes värdet av denna bestämmas med utgångspunkt i marknadsvärdet (åtminstone ur andelsägarskyddssynpunkt; jfr om förtäckta utbetalningar i avsnitt 11.3.5 nedan).[75] Ett flertal författare synes dock vilja begränsa marknadsvärdeprincipens tillämpning med avseende på borgenärsskyddet och utbetalningsförbudet i 30 § 1 st. GmbHG.[76] En försäljning av bolaget tillhörig egendom till bokfört värde eller självkostnadspris strider bara mot 30 § 1 st. GmbHG, om bolagets tillgångar inte motsvarar skulder och andelskapitalet ("Unterbilanz eingetreten ist"). För övrigt kräver inte borgenärsskyddet att marknadsvärdeprincipen tillämpas (en princip om "balansmässig effekt").[77] En annan lösning, vilken till synes representeras av allt färre författare på området, återspeglar en mer utpräglad nettometod; i allt fall vad beträffar försäljning av bolaget tillhörig egendom till självkostnadspris.[78]

6.3.3.2 Särskilt om förtäckta utbetalningar

Jag har i det föregående redogjort för några olika uppfattningar i tysk doktrin avseende gränsdragningen mellan ordinära affärsmässiga avtal och förtäckta vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten. En

[73] Goerdeler–Müller i Hachenburg 30 § RdNr 59 och Westermann i Scholz 30 § RdNr 20.

[74] Goerdeler–Müller i Hachenburg, 7 uppl 1979, 30 § RdNr 35 (jfr Goerdeler–Müller i Hachenburg, 8 uppl, 30 § RdNr 56) och Hueck i Baumbach–Hueck 30 § RdNr 12 samt Lutter–Hommelhoff 30 § RdNr 8.

[75] Jfr Emmerich i Scholz 29 § RdNr 170ff, Goerdeler–Müller i Hachenburg 29 § RdNr 133 och Hueck i Baubach–Hueck 29 § RdNr 68ff och 30 § RdNr 12ff samt Lutter–Hommelhoff 29 § RdNr 49. Av Nereps kortfattade framställning härom i Svensk skattetidning 1993 s. 394f framgår inte detta liksom att nettometoden vid tillämpningen av 30 § 1 st. GmbHG inte torde vara helt oomtvistad.

[76] Se t.ex. Goerdeler–Müller i Hachenburg 30 § RdNr 41f, Stimpel i Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz s. 341ff och Tries s. 36f samt Westermann i Scholz 30 § RdNr 16 och 24. Möjligen annorlunda Hueck i Baumbach–Hueck 30 § RdNr 12 (men se RdNr 7): "sondern Leistungen aller Art, die wirtschaftlich das Gesellschaftsvermögen verringern /.../." En slags marknadsvärdeprincip och jfr härom Westermann i Scholz 30 § RdNr 16 not 67.

[77] Se hänvisningar i föregående not.

[78] Jfr t.ex. Westermann i Scholz, 7 uppl 1986, 30 § RdNr 6.

lösning innebär att man skall företa en strikt objektiv bedömning: Överstiger värdet av bolaget prestation värdet av aktieägarens motprestation (jfr "objektive Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung"). En annan lösning innebär att man vid prövningen även måste ta hänsyn till faktorer såsom att bolagets ställföreträdare var i ond tro om att det inte förelåg någon ekvivalens mellan värdet av bolagets prestation och värdet av andelsägarens motprestation.[79] Rättsläget beträffande bestämmelsen om vinstutdelning i 29 § GmbHG (m.fl.) och i viss mån 30 § 1 st. GmbHG (jfr ovan avsnitt 6.3.3.1 om balansmässig effekt) tycks i denna fråga vara mer "säkert" än vad som är fallet beträffande 57 § 1 st. 1 meningen AktG. Den härskande meningen synes vara att man skall företa en strikt objektiv bedömning.[80] Att man skall företa en strikt objektiv bedömning framgår också av rättspraxis.[81] I litteratur och rättspraxis beskrivs denna i likartade ordalag;[82] inte sällan används en formulering som påminner om förutberörda uttalande av Bundesfinanzhof (se avsnitt 6.3.2.2.1).[83]

6.3.3.3 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående

Utbetalningsförbudet i 30 § 1 st. GmbHG träffar vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till förmån för andelsägare.[84] I princip är det möjligt för ett GmbHG att vederlagsfritt föra över tillgångar till utomstående utan att bestämmelsen i 30 § 1 st. GmbHG och dess påföljder skall tillämpas. Under vissa förutsättningar träffas dock vederlagsfria utbetalningar till utomstående av bestämmelsen. Med hänsyn till att rättsläget i förevarande avseende i stort sett synes överensstämma med vad som gäller enligt 57 § 1 st. 1 meningen AktG hänvisas läsaren till avsnitt 6.3.2.3 ovan.[85]

[79] Se avsnitt 6.3.2.2.2 ovan med vidare hänvisningar.

[80] Emmerich i Scholz 29 § RdNr 170ff; Goerdeler–Müller i Hachenburg 29 § RdNr 133; Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 70 och 30 § RdNr 15; Lutter–Hommelhoff 29 § RdNr 49 och Winter i ZHR 148 (1984) s. 585.

[81] Se t.ex. BGH i WM 1987 s. 348 på s. 349.

[82] Jfr hänvisningarna i not 80 ovan.

[83] AG 1980 s. 312 i avsnitt 6.3.2.2.1 ovan. Notera frågan om denna formulering ger uttryck för ett subjektivt moment i not 45 ovan.

[84] Goerdeler–Müller i Hachenburg 30 § RdNr 47; Lutter–Hommelhoff 30 § RdNr 17 och Westermann i Scholz 30 § RdNr 20. Se ock Canaris i Festschrift für Fischer s. 54. Jfr återbäringsbestämmelsen i 31 § 1 st. GmbHG och diskussionen i litteraturen om huruvida utomstående omfattas; jfr avsnitt 11.3.5 nedan.

[85] Se närmare Canaris i Festschrift für Fischer s. 55; Goerdeler–Müller i Hachenburg 30 § RdNr 47ff och Hueck i Baumbach–Hueck 30 § RdNr 17 och 20; Lutter–Hommelhoff 30 § RdNr 18ff och Westermann i Scholz 30 § RdNr 28ff.

6.4 Om utbetalning och utdelning i dansk rätt

6.4.1 Terminologi

Utbetalningsförbudet i 109 § AL bygger på en terminologi som påminner om den i svensk rätt. Det generella begrepp som begagnas i lagtexten för att beskriva vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägarna är "uddeling";[86] Förtäckta utbetalningar av bolagets medel brukar beskrivas med en något skiftande terminologi. Ibland förekommer uttrycket "maskeret udlodning".[87] Ett annat uttryck är "maskeret uddeling".[88] Ett tredje uttryck som används för att beskriva förtäckta utbetalningar är "maskeret udbytte/udlodning".[89] Den växlande terminologin kan kanske förklaras med att man i dansk doktrin synes använda termerna "udbytte" och "udlodning" synonymt.[90]

I denna framställning ämnar jag använda termen "uddeling". Förtäckta utbetalningar förstår jag som "maskeret uddeling" eller "maskeret utbytte/udlodning". Terminologin i ApL är densamma som i AL. Se härom nedan avsnitt 6.4.5.

6.4.2 Allmänt om begreppet "uddeling" och aktiebolag

Bestämmelsen i 109 § AL och begreppet "uddeling" tar i första hand sikte på utbetalningar i form av kontanter eller dylikt (jfr "uddeling af selskabets midler").[91] Begreppet har dock ett vidare tillämpningsområde än så. I princip synes varje form av vederlagsfri förmögenhetsöverföring kunna betraktas som "uddeling";[92] t.ex. att bolagets egna aktier vederlagsfritt överförs på aktieägarna[93].

> Jag har inte kunnat finna några uttalanden i litteraturen om hur sakvärden, som används för utbetalning av utdelning till aktieägarna, skall värderas vid tillämpningen av vinstutdelningsreglerna; t.ex. om det är sakvärdets marknadsvärde eller bokförda värde som skall jämföras med utdelningsbart belopp enligt 110 § AL. Huruvida ett visst avtal innefattar "maskeret udde-

[86] Detta används också i den danska översättningen av art. 15 p. 1 (d) av det andra bolagsdirektivet.
[87] Jfr Werlauff 1989 s. 209ff och 1991 s. 347ff. Jfr ock Werlauff 1992 s. 164ff.
[88] Jfr Sneholt–Thomsen s. 345 men se s. 353.
[89] Andersen 160f.
[90] Jfr Werlauff 1991 s. 347 not 933.
[91] Jfr ock Werlauff 1989 s. 187f.
[92] Andersen s. 160 och jfr om förtäckta utbetalningar nedan.
[93] Sneholt–Thomsen s. 345.

ling" synes dock få avgöras på grundval av marknadsvärdet (om bolaget har företagit en prestation på mer fördelaktiga villkor än vad som skulle ha varit fallet i förhållande till utomstående; jfr nedan).[94] Förvärvar en aktieägare bolaget tillhörig egendom till ett pris understigande marknadsvärdet skall mellanskillnaden betraktas som en förtäckt utbetalning.[95] Med hänsyn till detta finns det enligt min mening goda skäl för att anta, att sakvärden också skall värderas till marknadsvärdet vid tillämpningen av vinstutdelningsreglerna såsom 110 § AL avseende utdelningsbart belopp.[96] Såsom vissa svenska författare gör gällande beträffande svensk rätt kan det dock sannolikt även för dansk rätt hävdas, att det inte är utbetalningsvärdet (t.ex. 100000 dkr som sakvärdesutbetalning) som skall jämföras med utdelningsbart belopp (t.ex. 50000 dkr) utan sakvärdets bokförda värde (t.ex. 10000 dkr) eller anskaffningsvärde (t.ex. 30000 dkr).

6.4.3 Särskilt om förtäckta utbetalningar – "maskeret uddeling" ("maskeret udbytte/udlodning")

Problematiken kring förtäckta utbetalningar förefaller på senare tid ha rönt ett växande intresse i dansk doktrin. Utgångspunkten för den bolagsrättsliga bedömningen synes vara om bolaget har företagit en prestation till aktieägare på mer fördelaktiga villkor än vad som skulle ha varit fallet i fråga om en prestation till utomstående.[97]

Werlauff definierar i Selskabsmasken "maskeret udlodning" på följande vis:[98]

"/.../ enhver (enkeltstående eller gentagen) overførsel af formuegoder fra selskab til selskabsdeltager eller til en fra selskabsdeltagerne forskellig kontrolgruppe eller til andre efter dennes anvisninger, *forudsat der icke svares fuld modydelse* for udlodningen (hvorved den begrebsmæssigt ville miste sin karakter af udlodning) og denne ikke sker som deklareret udbytte eller i forbindelse med kapitalnedsættelse."

[94] Andersen s. 161 och se särskilt Werlauff 1991 s. 349.

[95] Werlauff 1991 s. 349.

[96] En sådan värdeöverföring skall ses som "förtäckt utdelning".
Som "otillåten (förtäckt) utdelning" räknas enligt Werlauff inte vad aktieägare erhåller som rabatt efter avdrag från priset för vara eller tjänst i sin handel med bolaget under marknadsmässiga betingelser och med beaktande av likhetsprincipen samt utan risk för bolagets borgenärer; Werlauff 1991 s. 347f. Sålunda bolag som i praktiken fungerar som en slags ekonomisk förening för aktieägarna. Se Werlauff 1991 s. 348 not 934. Jfr för en liknande fråga avsnitt 7.4.4.1 nedan och det s.k. Salénsmålet.

[97] Andersen s. 161; Werlauff 1989 s. 209 och Werlauff 1992 s. 164f samt jfr Werlauff 1991 s. 347.

[98] Werlauff 1991 s. 347 och se om "kontrolgruppe" nedan not 103.

Det finns mig veterligen[99] ingen bolagsrättslig rättspraxis som *generellt* ger någon vägledning i fråga om avgränsningen mellan sedvanliga affärsavtal och förtäckta utbetalningar. Det förekommer i litteraturen att skatterättslig rättspraxis används för att *illustrera* problematiken.[100] Den skatterättsliga bedömningen beträffande vad som konstituerar en förtäckt utbetalning anses emellertid inte utan vidare ha betydelse för den bolagsrättsliga bedömningen, eftersom regelsystemen fyller olika syften. De bolagsrättsliga reglerna syftar (främst) till att skydda minoritetsaktieägare och bolagets fordringsägare.[101]

Som exempel på "maskeret uddeling" kan nämnas försäljning av varor, fordringar eller tjänster till bolaget till ett pris som överstiger marknadspriset eller köp av varor, fordringar eller tjänster från bolaget till ett pris under marknadspriset.[102] Vad gäller varu- och tjänsteprestationer, som är substituerbara, menar Werlauff att det endast finns utrymme för mycket ringa avvikelser från marknadsvillkoren.[103] Om en aktieägarmajoritet eller annan grupp med bestämmande inflytande ("kontrolgruppe")[104] tillhandahåller företaget – alternativt förvärvar från bolaget – varor eller tjänster, som det är svårt att fastställa ett marknadspris för, bör de – såvitt jag kan förstå – enligt Werlauff ha bevisbördan för att avtalet skall anses ha ingåtts på marknadsmässiga villkor.[105] Skulle det emellertid finnas ett rimligt objektivt marknadspris får bevisbördan för att avtalet inte har ingåtts på marknadsmässiga villkor anses åvila minoritetsaktieägarna eller bolagets borgenärer.[106]

> Se Werlauff 1991 s. 351ff beträffande anställningsvillkor för t.ex. en direktör, vilken tillhör en "kontrolgruppe". Möjligen kan man sammanfatta Werlauffs åsikter i ämnet som att bolagsorganen tämligen fritt kan avgöra vad som är marknadsmässig lön etc.[107]

[99] Jfr ock Andersen s. 161.

[100] Se särskilt Werlauff 1991 s. 349ff.

[101] Jfr Andersen s. 161.

[102] Werlauff 1991 s. 349.

[103] Werlauff 1991 s. 349. En aktieägarmajoritet eller annan grupp eller enskild person, som kan bestämma vilka personer som skall tillsättas till flertalet av styrelseplatserna – s.k. "kontrolgruppe"; se Werlauffs definition i a.a. s. 64ff – antas däremot mer fritt kunna bestämma marknadsvillkoren för unika prestationer, vilka bolaget är beroende av.

[104] Se föregående not.

[105] Werlauff 1991 s. 349f.

[106] Werlauff 1991 s. 350.

[107] Se härom och angående s.k. fringe benefits, pensioner och penninglån från bolaget samt köp och försäljning av egna aktier Werlauff 1991 s. 351ff.

6.4.4 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående

En allmän princip i svensk rätt är att *vederlagsfria utbetalningar till utomstående* inte får ta i anspråk tillgångar motsvarande mer än fritt eget kapital och inte får stå i strid mot försiktighetsregeln (12:2 ABL). Någon liknande princip finns – mig veterligen – inte i dansk rätt.[108] Utbetalningsförbudet i 109 § AL och principen om ett intakt bundet eget kapital etc. jämte försiktighetsregeln i 110 § AL skall upprätthållas i förhållande till *bolagets aktieägare*. Vederlagsfria utbetalningar till utomstående synes främst uppfattas som en fråga rörande skyddet för aktieägarna (minoriteten; jfr 79 § 2 st. p. 1 Al). Bolagsstämman respektive styrelsen har dock en begränsad kompetens att fatta beslut om gåvor till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål (114 § AL).[109]

Liksom är fallet i tysk rätt torde bestämmelserna om utbetalningar i AL vara tillämpliga på vederlagsfria utbetalningar till aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer.[110]

6.4.5 Om "uddeling" m.m. i andelsbolag

Vad angår andelsbolag stadgas utbetalningsförbudet i 79 § ApL. Terminologin i ApL är densamma som i AL ("uddeling" etc.) och i litteraturen brukar begreppen behandlas i ett sammanhang.[111] Vad som t.ex. utgör en förtäckt utbetalning är ett för båda bolagstyperna gemensamt avgränsningsproblem. Mot denna bakgrund har jag inte ansett det meningsfullt att ytterligare en gång redogöra för rättsläget. Läsaren hänvisas till vad som anförts i föregående avsnitt.

6.5 Om utbetalning och utdelning i engelsk rätt

6.5.1 Terminologi

I engelsk rätt används en jämförelsevis enkel terminologi. Termen "distribution" används som begrepp för att beskriva vederlagsfria förfogan-

[108] Muntligen har Bernhard Gomard uppgivit att frågan inte har aktualiserats i praktiken. Jfr härvidlag dock Sneholt–Thomsen s. 354, vilka antar att styrelsen är skyldig att vägra verkställighet av gåvor enligt 114 § AL som innebär "fare for selskabets kreditorer" (jfr 63 § 1 st. 2 meningen AL). Jfr i svensk rätt 12:6 med 8:13 2 st. ABL.

[109] Jfr 12:6 ABL. Notera dock vad som i föregående not anförts om borgenärsskyddet.

[110] Jfr särskilt Werlauff 1991 s. 347 (definitionen i föregående avsnitt) och densamme 1989 s. 206.

[111] Jfr t.ex. Andersen 160f och Werlauff 1989 s. 209ff.

den över bolagets förmögenhet. Med "dividend" avses närmast det belopp som i form av utdelning tillkommer aktieägare efter beslut om vinstutdelning av behörigt bolagsorgan.

6.5.2 Allmänt om begreppet "distribution" och dess innebörd

Begreppet "distribution" är definierat[112] i den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen (distinktionen mellan publika och privata bolag saknar i förevarande hänseende betydelse). Definitionen, som återfinns i s. 263 (2) CA 1985, lyder på följande vis:[113]

> "In this Part, 'distribution' means every description of distribution of a company's assets to its members, whether in cash or otherwise, except distribution by way of –
>
> (a) an issue of shares as fully or partly paid bonus shares,
>
> (b) the redemption or purchase of any of the company's own shares out of capital /.../,
>
> (c) the reduction of share capital /.../,
>
> (d) a distribution of assets to members of the company on its winding up."

I princip täcker begreppet "distribution" en rad olika typfall vid vilka aktieägarna vederlagsfritt mottar pengar eller annan egendom från bolaget. Att definitionen omfattar utbetalningar till aktieägaren i anledning av beslutad vinstutdelning (s.k. payment of dividends) är uppenbart.[114] Definitionen omfattar likaså räntebetalningar till aktieägarna.[115]

> Om ett bolag företar en utbetalning med sakvärden är det tänkbart att marknadsvärdet bl.a. skall jämföras med utdelningsbart belopp enligt s. 263 (1) och (3) CA 1985 jämte (vad angår publika aktiebolag) s. 264 (1) CA 1985; jfr Aveling Barford Ltd v Perion Ltd [1989] BCLC 626 refererat i följande avsnitt. Ett argument mot bruttometoden är emellertid avräkningsregeln i s. 276 CA 1985, som är tillämplig vid alla typer av "distributions in kind" och vilken i princip ger uttryck åt en slags netto- eller anskaffningsvärdemetod.

[112] Liksom är fallet beträffande motsvarande begrepp i Norge men inte i övriga i undersökningen ingående europeiska stater.

[113] Lagtekniskt är bestämmelsen inte särskilt lyckad. Med lite illvilja, och för att använda sig av en lagtexten näraliggande formulering, definieras "*distribution* as something being the same as every *description of distribution*"...?

[114] Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.14 (s. 13.041) och Farrar II s. 202. Se även art. 15 p. 1 (d) i det andra bolagsdirektivet.

[115] Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.14 (s. 13.041) och art. 15 p. 1 (d) i det andra bolagsdirektivet.

Avräkningsregeln i s. 276 CA 1985 har följande lydelse:

"Where a company makes a distribution of or including a non-cash asset, and any part of the amount at which that asset is stated in the accounts relevant for the purposes of the distribution in accordance with sections 270 to 275 represents an unrealised profit, that profit is to be treated as a realised profit –

(a) for the purpose of determining the lawfulness of the distribution in accordance with this Part (whether before or after the distribution takes place), and

(b) for the purpose of the application of paragraphs 12 (a) and [34(3)(a) of Schedule 4][116] (only realised profits to be included in or transferred to the profit and loss account) in relation to anything done with a view to or in connection with the making of that distribution."

Bestämmelsen är tillämplig vid utbetalningar med annan egendom än kontanter (non-cash asset)[117] där de överförda tillgångarna i räkenskaperna är upptagna till ett värde som innefattar en orealiserad vinst.[118] Av s. 276 CA 1985 följer att man vid tillämpningen av reglerna om vinstutdelning[119] skall betrakta den orealiserade vinsten som realiserad för att dels bestämma storleken på det utdelningsbara beloppet, dels avgöra om utbetalningen är tillåten eller ej. Orealiserad vinst saknar i princip i andra situationer än s. 276 betydelse för vinstutdelningsreglerna; se s. 263 (3) CA 1985 (men jfr s. 275 (2) CA 1985). Det skulle därför kunna hävdas att s. 276 CA 1985 ger uttryck åt en allmän princip med följande innehåll: Utbetalade sakvärden skall vid tillämpningen av vinstutdelningsreglerna värderas till det bokförda värdet eller anskaffningsvärdet utan hänsyn tagen till orealiserad vinst på de utbetalade tillgångarna (s. 276 CA 1985 e contrario).

För egen del är jag tveksam till om s. 276 CA 1985 generellt kan åberopas till stöd för en annan metod än bruttometoden. Bestämmelsen är *enbart* tillämplig, om en *utbetalad tillgång i räkenskaperna är upptagen till ett värde som i och för sig innefattar en orealiserad vinst*. Lagrummet kan inte tillämpas då den utbetalade tillgången är upptagen till ett värde som understiger marknadsvärdet och mellanskillnaden utgör en orealiserad vinst, som överförs på en aktieägare i och med att bolaget företar utbetalningen. Visserligen kan den orealiserade vinst som avhänds bolaget inte användas för att öka storleken på det utdelningsbara beloppet. Men härav följer inte att något annat än marknadsvärdet skall jämföras med det utdelningsbara beloppet.

[116] Ändrad genom CA 1989.

[117] Definierat i s. 739 (1) CA 1985 som "any property or interest in property other than cash; and for this purpose 'cash' includes foreign currency".

[118] Bestämmelsen är alltså generellt tillämplig men infördes ursprungligen för att underlätta fissioner. Se härom Gower II s. 256f och därtill Tolley's Company Law D 7527 (s. D75/18f).

[119] Se avsnitt 3.5.4.2 ovan.

Det finns snarare stöd i rättspraxis för att bruttometoden skall tillämpas (jfr Aveling Barford Ltd v Perion Ltd nedan).[120]

6.5.3 Särskilt om förtäckta utbetalningar

De problem som förknippade med förtäckta utbetalningar (disguised distributions) till aktieägare förefaller inte i någon större utsträckning ha uppmärksammats i engelsk bolagsrätt. Det är till och med osäkert, om förtäckta utbetalningar omfattas av definitionen i s. 263 (2) CA 1985.[121] Av två rättsfall framgår det i varje fall att förtäckta utbetalningar till aktieägare inte får ta i anspråk tillgångar motsvarande aktiekapitalet.[122]

Det första rättsfallet är Re Halt Garage.[123]

> Makarna Charlesworth förvärvade 1964 ett färdigbildat bolag, med vilket de sedan kom att bedriva en rörelse i bensin- och bilverkstadsbranschen. Under tre år byggde makarna gemensamt upp bolaget och tog under denna tid ut lön varje vecka i form av styrelsearvode. Fru Charlesworth insjuknade 1967 och kunde därefter inte aktivt arbeta i bolaget. Trots sin sjukdom förblev fru Charlesworth ledamot av bolagets styrelse.
>
> Bolagets rörelse visade en god lönsamhet fram till början av 1967. Därefter sjönk den dramatiskt. Bolagets räkenskaper 1968/69 visade att bolaget var insolvent.
>
> Mannen uppbar i styrelsearvode tiden januari 1968 till mars 1971 mellan £2500 och £3500 per år. Under samma tidsperiod uppbar kvinnan i styrelsearvode mellan £500 och £1500 per år. Bolaget försattes sedermera i likvidation (vilket utifrån ett svenskt perspektiv synes ha lett till ett konkursförfarande) och bolagets "likvidator" förde därvid talan om återbäring av de uppburna styrelsearvodena.
>
> Av domskälen kan det inledningsvis sägas framgå, att det normalt sett inte

[120] Jfr ock bakgrunden till s. 276 CA 1985; se hänvisningar i not 118 ovan. Möjligen skulle man kunna tolka – förmodligen oriktigt – Aveling Barford Ltd v Perion Ltd som ett stöd för en lösning som synes gälla beträffande 30 § 1 st. GmbHG i tysk rätt: En försäljning av bolaget tillhörig egendom till bokfört värde strider bara mot principen om skyddet för aktiekapitalet (andelskapitalet), om bolagets tillgångar inte motsvarar skulder och aktiekapitalet (andelskapitalet). I stället för aktiekapitalet (andelskapitalet) kan man naturligtvis tala om principen om skyddet för det bundna egna kapitalet (alla bundna poster).

[121] Jfr diskussionen i Gore–Brown, V 1, 1986, § 13.14 (s. 13.041) not 6.

[122] Efter vad jag kan förstå har engelska domstolar traditionellt påverkats av om ett visst förfogande inkräktar på aktiekapitalet eller ej. Bedömningen av om de i nämnda avgörande aktuella dispositionerna utgjorde ett vederlagsfritt förfogande över bolagsförmögenheten *kan* som en följd härav påverkats av den omständigheten att bolagen saknade utdelningsbara medel.

[123] (1964) Ltd [1982] 3 All ER 1016. Jfr Re George Newman & Co [1895] 1 Ch 674 och Ridge Securities Ltd v IRC [1964] 1 All ER 275.

anses ankomma på rättsväsendet att pröva ersättning till styrelseledamöter för deras skötsel av bolagets affärer.[124] Ett undantag finns dock:[125]

"It seems to me that the answer to this lies in the objektive test which the court necessarily applies. It assumes human beings to be rational and to apply ordinary standards. In the postulated circumstances of a wholly unreasonable payment, that might, no doubt, be prima facie evidence of fraud, but it might also be evidence that what purported to be remuneration was not remuneration at all but a dressed-up gift to a shareholder out of capital, like the 'interest' payment in the *Ridge Securities* case which bore no relation to the principal sums advanced.

/.../

The real test must, I think, be whether the transaction in question was a genuine exercise of the power. The motive is more important than the label."

Domstolen fann slutligen, att styrelsearvodena till mannen inte kunde betraktas som förtäckta utbetalningar (mannen hade dessutom fungerat som "verkställande direktör" i bolaget). Emellertid underkändes styrelsearvodena till kvinnan till den del ersättningen översteg £10 per vecka. Arvodena utgjorde i själva verket förtäckta utbetalningar som inkräktade på aktiekapitalet och var därför att betrakta som "ultra vires" för bolaget.

En svårighet med att tolka Re Halt Garage är att domstolen prövade styrelsearvodena i enlighet med den i bolagsordningen intagna bestämmelsen härom (art. 76, Part I, Table A, First Schedule, CA 1948).[126] Hade aktieägarna i "ärligt syfte" utnyttjat den behörighet (!) som tillkommer dem enligt bolagsordningen att fatta beslut om och tilldela styrelseledamöterna styrelsearvode;[127] "a genuine exercise of the power"? Med hänsyn härtill skulle det kunna hävdas att den rättsgrundsats som utgör ratio decidendi i målet enbart täcker situationer, där domstolen har att pröva om styrelsearvode (eller annan ersättning) innefattar ett överskridande av den behörighet ("power"), som tillkommer aktieägarna enligt bolagsordningen att fatta beslut om och tilldela styrelseledamöterna arvode. Jag vill dock mena att prejudikatvärdet av Re Halt Garage är betydande oavsett om detta är fallet eller ej, eftersom styrelsearvode vanligen är regle-

[124] Jfr referatet s. 1039 och 1041.

[125] Referatet s. 1039. Hänvisningen till "*Ridge Securities* case" avser Ridge Securities Ltd v IRC [1964] 1 All ER 275.

[126] Art 76 hade följande lydelse: "The remuneration of the directors shall from time to time be determined by the company in general meeting/.../." Enligt bolagsordningen hade bolaget även en uttrycklig rätt att betala styrelsearvode för innehav av styrelseuppdrag (utan faktiskt utfört arbete). Jfr art. 82, Table A, Companies (Tables A to F) Regulations 1985 (SI 1985 No 805) till CA 1985.

[127] Jfr referatet s. 1023ff särskilt s. 1038ff.

rat i bolagsordningen (jfr art. 82, Table A, i den modellbolagsordning som hör till CA 1985).[128]

> Med en svensk terminologi skulle bedömningen kunna uttryckas som huruvida aktieägarna i ärligt syfte ("genuine exercise") beslutat om styrelsearvode enligt den aktieägarna tillkommande behörigheten härom i bolagsordningen. Om svaret är nekande och det saknas utdelningsbara medel är en senare utbetalning av styrelsearvode – till den del det utbetalade beloppet överstiger skälig ersättning – "ultra vires" för bolaget, eftersom utbetalningen strider mot tvingande lag (och) eller en allmän princip om skyddet för aktiekapitalet (bundet eget kapital). Se härom närmare nedan avsnitt 11.5.1.

Vid prövningen huruvida styrelsearvodet innefattade en förtäckt utbetalning som inkräktade på aktiekapitalet synes domstolen – förutom frågan huruvida "the transaction in question was a genuine exercise of the power" – ha använt sig av ett väsentlighetsrekvisit.[129]

För att styrelsearvode skall ses som en förtäckt utbetalning till aktieägarna (som inkräktar på aktiekapitalet)[130] synes det sammanfattningsvis krävas att följande rekvisit är uppfyllda (se citatet ovan): (1) Arvodet måste framstå som "over-generous or unreasonable"[131] och (2) skall inte grunda sig på en "genuine exercise of the power"[132].

> Sistnämnda rekvisit innefattar möjligen två moment: dels att arvodet "genuinely (is) paid to a director-shareholder /.../ under an express power"[133] (från bolagets synpunkt sett), dels att "he genuineley receives the money as a reward for his directorship"[134] (från styrelseledamotens och aktieägarens synpunkt sett). Jag vill mena att det är sannolikt att rekvisitet bara behöver vara uppfyllt från bolagets synpunkt sett, dvs. om aktieägarna på bolags-

[128] Se dessutom nedan. Motsvarande prövning kommer förmodligen i fråga med avseende på begränsningar enligt bolagets stiftelseurkund – "memorandum" – vad avser bestämmelser om verksamhetsföremålet (s.k. objectsclause); jfr nedan om överlåtelse av bolagets egendom till aktieägare i förhållande till bolagets "memorandum" i Aveling Barford Ltd v Perion Ltd [1989] BCLC 626 på s. 632.

[129] Se not 131.

[130] Notera vad som anförts i not 122 ovan.

[131] Referatet s. 1040. Jfr ock följande: "a wholly unreasonable payment" på s. 1039; "an unreasonable figure" på s. 1041 första st; "patently excessive or unreasonable" på s. 1041 andra st; "/.../ the sums paid to Mrs Charlesworth were so out of proportion to any possible value attributable to her holding of office /.../" på s. 1042; "unreasonable" på s. 1043 tredje st; "excessive" på s. 1043 fjärde st; "/.../ so manifestly beyond any possibly justifiable reward for that in respect of which allegedly it is paid /.../" på s. 1044.

[132] Referatet s. 1039. Jfr s. 1038, 1040, 1043 och 1044.

[133] Referatet s. 1038.

[134] Referatet s. 1038.

stämman[135] bestämt styrelsearvodet "honestly and reasonably"[136] ("genuine exercise of the power").

Det torde med Re Halt Garage stå klart, att styrelsearvode i *common law* kan innefatta en förtäckt utbetalning till en aktieägare (som inkräktar på aktiekapitalet).[137] Detsamma gäller om en aktieägare förvärvar bolaget tillhörig egendom till underpris:[138] jfr Aveling Barford Ltd v Perion Ltd [1989] BCLC 626.

> Aveling Barford Ltd överlät i februari 1987 en fastighet omfattande bl.a. en större byggnad till Perion Ltd för £350000.[139] Såväl Aveling Barford Ltd som Perion Ltd kontrollerades av Lee. Fastighetens marknadsvärde uppskattades av en oberoende värderingsman till £650000 och av en panthavare till £1150000. Perion Ltd överlät i augusti 1987 egendomen vidare till Barrat East Midland Ltd för £1526000.
>
> Enligt Aveling Barfords balansräkning översteg värdet av tillgångarna värdet av skulderna. På grund av förluster ägde bolaget emellertid inte företa någon utbetalning av vinstutdelning. Fråga uppkom bl.a. om överlåtelsen skulle betraktas som en olovlig utbetalning. Domaren anförde härvidlag följande:[140]
>
> "So it seems to me in this case that looking at the matter objectively, the sale to Perion was not a genuine exercise of the company's power under its memorandum to sell its assets. It was a sale at a gross undervalue for the purpose of enabling a profit to be realised by an entity controlled and put forward by its sole beneficial shareholder. This was as much a dressed-up distribution as the payment of excessive interest in *Ridge Securities* or excessive remuneration in *Halt Garage*. The company had at the time no distributable reserves and the sale was therefore ultra vires and incapable of validation by the approval or ratification of the shareholder."

I domskälen uttalas vidare:[141]

> "/.../ I accept that it was in law a sale. The false dressing it wore was that of a sale at arms' length or at market value. It was the fact that it was known

[135] Se art. 76 Table A CA 1948 ovan och jfr art. 82 Table A CA 1985. Härvidlag sammanfaller det delvis.

[136] Jfr referatet s. 1045. Se ock Aveling Barford Ltd v Perion Ltd nedan.

[137] Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.1 not 1 (s. 13.001) och jfr § 13.14 not 6 (s. 13.041). Jfr ock Farrar II s. 348; Birds i [1980] Co Law s. 141f och Palmer–Murdoch [1983] 46 MLR s. 208f.

[138] Jfr Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.1 not 1 (s. 13.001).

[139] Troligtvis fanns ett giltigt avtal mellan Aveling Barford och Perion med den innebörden, att om Perion avyttrade egendomen för mer än £800000 så skulle Aveling Barford erhålla £400000 av köpeskillingen.

[140] Referatet s. 632.

[141] Referatet s. 633.

and intended to be a sale at an undervalue which made it an unlawful distribution".

Sammanfattningsvis synes domstolen i Aveling Barford Ltd v Perion Ltd ha tillämpat samma rekvisit som i Re Halt Garage. I domskälen hänvisas till att det (1) inte var fråga om en överlåtelse av bolaget tillhörig egendom som en "genuine exercise of the company's power" jämlikt det i bolagets stiftelseurkund (memorandum) angivna verksamhetsföremålet (i vid mening) att avyttra tillgångar (s.k. objects clause) och att (2) fastigheten överläts till "gross undervalue".

Av litteraturen att döma är det oklart om och i så fall under vilka förutsättningar andra avtal enligt *common law* och enligt *s. 263 (2) CA 1985* kan betraktas som en förtäckt utbetalning (som inkräktar på aktiekapitalet).[142] Både Re Halt Garage och Aveling Barford Ltd v Perion Ltd synes dock bygga på en allmän princip, vars innebörd är att ett avtal enligt common law under vissa förutsättningar skall anses innefatta en förtäckt aktiebolagsrättslig utbetalning.[143] Till stöd härför kan även åberopas avgöranden från andra rättsområden.[144] Huruvida ett avtal skall anses innefatta en förtäckt utbetalning torde få bedömas jämlikt nyss nämnda modell. Det anförda är, vilket bör poängteras, enbart relevant med avseende på rättsläget enligt *common law*. Följaktligen är det osäkert om förtäckta utbetalningar till aktieägare täcks av definitionen av begreppet "distribution" i s. 263 (2) CA 1985; låt vara att detta framstår som sannolikt.[145]

6.5.4 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående

Definitionen av begreppet "distribution" i s. 263 (2) CA 1985 förutsätter att utbetalningar sker till aktieägare i deras egenskap av aktieägare. Principen om att vederlagsfria utbetalningar inte får ta i anspråk tillgångar motsvarande aktiekapitalet gäller i relation till aktieägarna.[146] Huruvida

[142] Jfr Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.1 not 1 (s. 13.001) och § 13.14 not 6 (s. 13.041).

[143] Jfr Re Halt Garage på s. 1039 i referatet och se i Aveling Barford Ltd v Perion Ltd på s. 631 i referatet.

[144] Jfr Ridge Securities Ltd v IRC [1964] 1 All ER 275, särskilt på s. 288. Målet åberopades i Re Halt Garage och Aveling Barford Ltd v Perion Ltd ovan. Jfr ock Hill v Permanent Trustee Co of New South Wales Ltd [1930] AC 720; se särskilt Lord Russell of Killowen på s. 731.

[145] Jfr dock termen "members" i s. 263 (2) CA 1985 och härom Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.14 not 6 (s. 13.041). Möjligen kan det bli fråga om en parallell tillämpning av common law och s. 263 (2) CA 1985; jfr om återbäringsskyldigheten m.m. nedan avsnitt 11.5.1.

[146] Jfr om gåvor till utomstående contra skyddet för aktiekapitalet Gore–Browne, V 1, 1986, § 3.3 (s. 3012A) och Palmer–Murdoch [1983] 46 MLR s. 208f. Jfr ock Charlesworth & Morse s. 190.

vederlagsfria utbetalningar till aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer omfattas av utbetalningsreglerna synes oklart.[147] Det finns i varje fall stöd för att överlåtelse till underpris av bolaget tillhörig egendom till en aktieägare närstående juridisk person enligt *common law* skall tillgodoräknas aktieägaren som en aktiebolagsrättslig utbetalning (jfr Aveling Barford Ltd v Perion Ltd ovan).[148]

6.6 Om utbetalning och utdelning i norsk rätt

6.6.1 Terminologi

Enligt § 12-4 1 st. 1 meningen ASL får "Utbetaling på aksjer", som inte sker efter reglerna om "tilbakebetaling" efter likvidation eller kapitalnedsättning, bara ske efter reglerna om "utdeling av utbytte". Vad som inte i laga ordning är utbetalning vid kapitalnedsättning eller utbetalning vid bolagets upplösning är "utdeling av utbytte" (laglig eller olaglig sådan).[149] Liksom i Sverige synes begreppet utbetalning generellt beskriva vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägarna. Med min terminologi kan "utdeling av utbytte" översättas som utbetalning av vinstutdelning. Termen "maskert utbytte" torde motsvara det av mig begagnade uttrycket "förtäckt utbetalning av vinstutdelning" ("förtäckt vinstutdelning").

6.6.2 Allmänt om begreppet "utdeling av utbytte" och dess innebörd

ASL definierar utbetalning av vinstutdelning – "utdeling av utbytte" – på följande vis (§ 12-4 1 st. 2 meningen ASL):[150]

> "Som utdeling av utbytte reknes enhver overføring som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode."

[147] Jfr för ett inskränkt tolkningsalternativ Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.14 not 6 (s. 13.041).

[148] Se särskilt på s. 632 i referatet. Aktierna i Perion Ltd tillhörde ett "Jersey trustee company holding the shares on the trusts of a settlement for the benefit of Dr Lee's family" (referatet s. 628). Också familjemedlemmar?

[149] Jfr Andenæs s. 339.

[150] Samma lydelse i förslaget till ny aktiebolagslag (bortsett från redaktionella ändringar). Se § 3–17 2 meningen ASL i NOU 1992:29 och § 3-19 2 meningen i Ot.prp. 1993–94 nr 36.

Definitionen infördes i lagtexten för att i tydlighetssyfte markera att begreppet "utdeling av utbytte" har ett vidsträckt tillämpningsområde.[151] Med begreppet "overføring" avses både pengar och andra ekonomiska värden, däribland tjänster och lån utan ränta.[152] Definitionen omfattar således "realvärden" som vederlagsfritt förs över till aktieägarna.[153] En "overføring" kan även ske på så sätt att bolaget efterskänker en fordran mot aktieägaren eller att bolaget åtar sig en betalningsskyldighet gentemot honom (skuldförbindelse).[154] Alla ensidiga överföringar av ekonomiska värden från aktiebolag till aktieägare kan enligt definitionen vara "utdeling av utbytte".[155]

> Vid sakvärdesutbetalningar skall man enligt uttalanden i både förarbeten och litteratur använda sig av det "verkliga värdet" (omsättningsvärdet).[156] Detta innebär att marknadsvärdet av bolagets prestation skall jämföras med storleken på det utdelningsbara beloppet enligt § 12-5 ASL (se härom avsnitt 3.5.5.2 ovan).[157]

6.6.3 Särskilt om förtäckta utbetalningar – "maskert utbytte"

Begreppet "utdeling av utbytte" omfattar enligt definitionen i § 12-4 1 st. 2 meningen ASL överföringar till aktieägare mot vederlag när vederlaget inte motsvarar marknadsvärdet av bolagets prestation ("maskert utbytte").[158] Det poängteras i litteraturen att det vid tillämpningen av § 12-4 1 st. 2 meningen ASL kan vara nödvändigt att närmare bestämma vad som har presterats från båda sidor och vad den ena eller båda prestationerna har för värde i pengar.[159] I detta avseende anses det inte möjligt att ställa samma krav som i norsk skatterättslig praxis, där en utbetalning anses föreligga först när det kan konstateras ett klart missförhållande

[151] Jfr Ot.prp. 1974–75 nr 19 s. 186.

[152] Marthinussen–Aarbakke s. 443. Enligt Andenæs (s. 340f) saknar det betydelse att det inte sker någon värdeminskning för bolaget och att bolaget hade kunnat låta utlånade medel innestå utan avkastning. Vinstutdelningsreglerna kan ändå tillämpas. Jfr ock Marthinussen–Aarbakke s. 445 om kostnader som belastar bolaget i aktieägarnas intresse och som inte angår bolagets verksamhet.

[153] Ot.prp. 1974–75 nr 19 s. 186; Andenæs s. 339 och Skåre–Knudsen s. 310.

[154] Andenæs s. 339 och jfr Marthinussen–Aarbakke s. 443.

[155] Marthinussen–Aarbakke s. 443. Utdelningsbegreppet omfattar t.ex. återbetalning av aktieägartillskott, se härom Andenæs s. 341 och Marthinussen–Aarbakke s. 443f.

[156] Ot.prp. 1974–75 nr 19 s. 186; Marthinussen–Aarbakke s. 443 och Skåre–Knudsen s. 310.

[157] "Ved anvendelse av bestemmelse i loven som knytter seg til utbyttets størrelse må man ved overføring av realverdier legge eiendelenes virkelige verdi til grunn." Se Ot.prp. 1974–75 nr 19 s. 186.

[158] Jfr Marthinussen–Aarbakke s. 443 och Andenæs s. 340. Jfr ock Innstilling s. 173.

[159] Marthinussen–Aarbakke s. 443.

mellan prestationerna, eftersom § 12-4 1 st. 2 meningen ASL tillgodoser ett annat syfte än beskattning.[160] Generellt finns det emellertid också i aktiebolagsrätten "grunn til å stille større krav til forskjell når det dreier seg om ytelser hvis omfang er vanskelig å bestemme og ytelser hvis verdi er usikker enn når det dreier seg om f.eks. varer med kurant pris".[161]

Såsom exempel på förtäckta utbetalningar kan nämnas överlåtelse av bolaget tillhörig egendom till starkt nedskrivet värde,[162] köp av aktieägare tillhörig egendom till överpris,[163] orimligt hög lön eller pension[164] och penninglån till insolvent aktieägare[165] samt eventuellt uppfyllelse av förpliktelse, som helt eller delvis eftergivits genom ackord[166]. Därtill kan nämnas det fallet att ett bolag tecknar aktier till överkurs i ett av aktieägaren ägt bolag.[167]

6.6.4 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående

Definitionen av "utdeling av utbytte" innefattar vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten som "direkte eller indirekte" kommer aktieägarna till godo. Ordet "direkte" täcker utbetalningar till aktieägarna oavsett om värdeöverföringarna är till förmån för några eller samtliga. Med begreppet "indirekte" avses vederlagsfria utbetalningar till utomstående som "indirekte" berikar aktieägare. Som ett exempel på en värdeöverföring av sistnämnda slag anges i förarbetena till ASL, att ett aktiebolag tillhörig egendom vederlagsfritt överförs till ett annat bolag, vari aktierna helt eller delvis ägs av samma personer som i det överförande bolaget.[168] Begreppet "indirekte" synes i princip omfatta alla typer av

[160] Marthinussen–Aarbakke s. 443 med vidare hänvisningar. Den bolagsrättsliga bedömningen förefaller därmed att vara strängare än den skatterättsliga; i Danmark och Sverige torde förhållandet vara det motsatta.

[161] Marthinussen–Aarbakke s. 443.

[162] Andenæs s. 340.

[163] Andenæs s. 340.

[164] Andenæs s. 340.

[165] Andenæs s. 340 med vidare hänvisningar till svensk rätt och jfr Marthinussen–Aarbakke s. 443. Enligt Andenæs (a.st.) får det efter tolkning av rättsförhållandet avgöras om aktieägaren är skyldig att utge en motprestation. Om t.ex. aktieägaren mottagit utbetalningar utan formalisering i lånedokument eller liknande talar detta mot att klassificera dessa som lån.

[166] Marthinussen–Aarbakke s. 443 och jfr Andenæs s. 341. Däremot inte preskriberad fordran; se Marthinussen–Aarbakke a.st.

[167] Andenæs s. 340.

[168] Ot.prp. 1974–75 nr 19 s. 186. Exemplet är troligtvis hämtat från rättstillämpningen enligt 1957 års ASL. Jfr Skåre–Knudsen s. 310 med Andenæs s. 341 vid not 15 samt med vidare hänvisningar i noten.

vederlagsfria prestationer som aktieägarna, och inte bolaget, önskar berika någon med[169] och där mottagaren är närstående (i vid mening) juridisk eller fysisk person till någon av aktieägarna. Vederlagsfria prestationer till aktieägarna närstående fysiska personer såsom make, barn och andra familjemedlemmar[170] – men även mer avlägsna släktingar[171] – kan därför komma att betraktas som aktiebolagsrättsliga utbetalningar. På samma vis förhåller det sig, som redan framhållits, med vederlagsfria prestationer till ett annat bolag, vari aktieägarna i det överförande bolaget har intressen, eller till organisation eller föremål som aktieägarna önskar berika.[172] Inom koncerner kan värdeöverföringar från dotterbolag till aktieägare i moderbolaget eller till systerbolag ses som utbetalningar från dotterbolaget[173] och möjligen (i det förra fallet) också som utbetalningar från moderbolaget[174]. Dessutom omfattar definitionen vederlagsfria utbetalningar till tidigare aktieägare; i varje enskilt fall förutsätts dock att mottagaren får prestationen i egenskap av f.d. aktieägare.[175]

Vad beträffar vederlagsfria utbetalningar – gåvor – till utomstående, som inte omfattas av definitionen i § 12-4 1 st. 2 meningen ASL, gäller en spärregel enligt § 12-9 2 st. ASL. *Gåvor vid sidan av kompetensregeln* i § 12-9 1 st. ASL (jfr 12:6 ABL) kan bara ske med samtliga aktieägares samtycke och får inte omfatta ett större belopp än vad som är utdelningsbart enligt § 12-5 ASL.[176] Däremot synes bolagsstämman respektive styrelsen i princip kunna fatta beslut om gåvor *i enlighet med kompetensregeln* oavsett om bolaget *inte* i erforderlig omfattning disponerar över utdelningsbart fritt eget kapital.[177]

[169] Jfr Marthinussen–Aarbakke s. 444.

[170] Jfr Andenæs s. 341 och Marthinussen–Aarbakke s. 444.

[171] Marthinussen–Aarbakke s. 444.

[172] Marthinussen–Aarbakke s. 444.

[173] Andenæs s. 342 och Marthinussen–Aarbakke s. 444.

[174] Andenæs s. 342 men annorlunda Marthinussen–Aarbakke s. 444.

[175] Andenæs s. 342.

[176] Se härom Andenæs s. 363f; Marthinussen–Aarbakke s. 456 och Skåre–Knudsen s. 317f. Gåvobegreppet synes tolkas mot bakgrund av § 12-4 1 st. 2 meningen ASL och definitionen av "utdeling av utbytte"; jfr Andenæs s. 363 och Marthinussen–Aarbakke s. 455.

[177] Andenæs s. 365 och Skåre–Knudsen s. 317. Det är således i princip inte uteslutet med gåvor trots avsaknad av utdelningsbart fritt eget kapital. I praktiken torde sådana gåvor väl knappast godtas av norska domstolar annat än i undantagsfall. Jfr lagtextens lydelse i § 12-9 1 st. 1 meningen ASL: "/.../ gaver /.../ som må anses rimelige når en ser på gavens øyemed, *selskapets økonomiske stilling* og omstendighetene for øvrig" (min kursivering).

6.7 Om utbetalning och utdelning i USA

6.7.1 Terminologi – särskilt enligt RMBCA 1984 och delstatlig lagstiftning

I amerikansk rätt är utbetalningsreglerna uppbyggda kring termerna "distribution" och "dividend". Termen "distribution" används som begrepp för att beskriva vederlagsfria förfoganden över bolagens förmögenhet. Begreppet "dividend" synes syfta på det belopp som i form av utdelning tillkommer aktieägare efter beslut om vinstutdelning av behörigt bolagsorgan.[178]

6.7.2 Allmänt om begreppet "distribution" och dess innebörd – särskilt enligt RMBCA 1984 och delstatlig lagstiftning

"Distribution" definieras i § 1.40 (6) RMBCA 1984 på följande vis:

> "/.../ a direct or indirect transfer of money or other property (except its own shares) or incurrence of indebtedness by a corporation to or for the benefit of its shareholders in respect of any of its shares. A distribution may be in the form of a declaration or payment of a dividend; a purchase, redemption, or other acquisition of shares; a distribution of indebtedness; or otherwise."

Av definitionen följer att det saknar betydelse om bolaget överför pengar eller annan egendom till aktieägarna. Definitionen synes vidare omfatta förtäckta utbetalningar till aktieägarna ("disguised" eller "constructive dividends").[179] Begreppet "indirect" syftar t.ex. på den situationen att ett moderbolag förmår ett dotterbolag att köpa aktier i moderbolaget.[180]

Med mindre avvikelser har mig veterligen åtminstone 19 delstater antagit definitionen i § 1.40 (6) RMBCA 1984.[181] Ytterligare ett antal delstater har en i lag stadgad definition av begreppet "distribution"; ofta liknande den i RMBCA 1984.[182] En delstat som har en avvikande defini-

[178] Jfr Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5318 (s. 711f).

[179] Jfr RMBCA-annotated, V 1, § 1.40 under "Official Comment" p. 3 (s. 77): "It also is intended to include any other transaction in which the substance is clearly the same as a typical dividend or share repurchase, no matter how structured or labeled."

[180] Se RMBCA-annotated, V 1, § 1.40 under "Official Comment" p. 3 (s. 77).

[181] Se översikten i RMBCA-annotated, V 1, § 1.40 under "Stautory Comparison" p. 2 b (s. 83). Se t.ex. Georgia Business Corporation Code § 22-140 (6); Indiana Business Corporation Law § 23-1-20-7; South Carolina Business Corporation Act of 1988 § 33-1-400 (7); Tennessee Business Corporation Act § 48-11-201 (7); Virgina Stock Corporation Act § 13.1-603 och Washington Business Corporation Act § 23B.01.400 (6).

[182] Se härom RMBCA-annotated, V 1, § 1.40 under "Statutory Comparison" p. 2 b (s. 83).

tion är Kalifornien.[183] Bland de delstater som saknar en i lag stadgad definition märks Delaware och New York.

> Det existerar inte några generella hinder mot att verkställa en utbetalning med annan egendom än kontanter.[184] Huruvida man vid tillämpningen av utbetalningsreglerna såsom bestämmelserna om storleken på det utdelningsbara beloppet skall använda sig av det utbetalade sakvärdets marknadsvärde, bokförda värde eller anskaffningsvärde har jag inte lyckats bli klar över. Jag vill dock tro att det med hänsyn till skyddet för minoritetsaktieägare och att likhetsprincipen skall tillämpas vid beslut om och verkställande av vinstutdelning[185] respektive skyddet för bolagsborgenärer och allmänna principer rörande "fraudulent conveyances"[186] inte är osannolikt att bruttometoden skall tillämpas.[187]

6.7.3 Särskilt om förtäckta utbetalningar (av utdelning) i rättspraxis – "disguised" eller "constructive dividends"

I amerikanska domstolar har gränsdragningen mellan sedvanliga affärsavtal och "disguised" eller "constructive dividends" i begränsad utsträckning blivit föremål för rättslig prövning. Jag avser att i det följande redogöra för en del av denna rättspraxis. De av mig undersökta rättsfallen bygger bl.a. på domstolsavgöranden från sådana delstater, som numera har en i lag stadgad definition av begreppet "distribution".

Av en rad rättsfall framgår det, att transaktioner som i förtäckt form innefattar vederlagsfria prestationer till bolagets aktieägare kan ses som förtäckta utbetalningar.

> Se tämligen tidigt Barnes v Spencer & Barnes Co 127 N.W. 752 på s. 756 (Supreme Court of Michigan 1910): "A division of profits is a dividend, even though not called such and not considered such by the directors or shareholders." Avgörandet senare åberopat i bl.a. Erdman v Yolles 233 N.W.2d 667 (Court of Appeals of Michigan) nedan. Jfr härom i litteraturen Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5350 (s. 837).

Jag har dock inte kunnat finna någon enhetlig test eller modell vad gäller

[183] Se Corporations Code § 166.

[184] Se härom Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5356 (s. 859) och jfr definitionen i § 1.40 (6) RMBCA 1984 ovan.

[185] Se härom Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5352 (s. 846ff).

[186] Se härom i svensk doktrin Göranson, Återvinning utom konkurs, s. 195ff och i t.ex. amerikansk doktrin Fletcher Cyc Corp, V 15A, 1990, §§ 7407ff (s. 122ff) samt särskilt §§ 7417ff (s. 169ff) rörande bolagsrättsliga utbetalningar.

[187] Jfr därtill Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5355 (s. 856f) och särskilt § 5356 (s. 859) not 1 (skatterättsligt) och vid not 7.

under vilka förutsättningar ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta en förtäckt utbetalning.[188] Domstolarna synes överlag vara tämligen obenägna att helt eller delvis ingripa mot "misstänkta" transaktioner;[189] affärsmässigheten anses – tydligen – mer eller mindre vara beroende av styrelsens goda eller dåliga omdöme.[190] Det är på sin höjd möjligt att identifiera en något mer objektiv bedömning i yngre rättspraxis (kanske med undantag för rättspraxis i delstaten Delaware – jfr nedan).[191]

> I skatterättslig praxis synes prövningen bygga på en objektiv modell. Se t.ex. United States v Smith 418 F.(2d) 589 (United States Court of Appeals 1969) på s. 593:[192] "The crucial concept in finding a constructive dividend is that the corporation conferred an economic benefit on the stockholder without expectation of repayment." Modellen går under beteckningen "the 'economic benefit' test".[193] Jfr för ett yngre rättsfall United States v Mews 923 F.(2d) 67 (United States Court of Appeals 1991).[194]

I några avgöranden har domstolarna prövat huruvida – med avseende på skyddet för minoritetsaktieägare – "bonus", styrelsearvode eller lön till anställda aktieägare innefattat förtäckta utbetalningar till dem i deras egenskap av aktieägare.

> I *Erdman v Yolles*[195] hade käranden, som var minoritetsaktieägare, lämnat sin tidigare anställning som hårfrisör i bolaget. Erdman behöll dock 25% av samtliga aktier. Någon tid efter det att Erdman lämnat sin anställning beslöt bolagets resterande anställda aktieägare att realisera en del av bolagets tillgångar. Den genom försäljningen uppkomna vinsten tillgodoförde var och en av de anställda aktieägarna som en löneförmån om $5000 ("bonus"). Court of Appeals of Michigan fann att löneförmånerna rätteligen skulle betraktas som utbetalning av vinstutdelning och att Erdman var berättigad till en fjärdedel.

[188] Jfr Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5318 (s. 711ff) och § 5350 (s. 837ff).

[189] Jfr t.ex. bedömningen i Nichols v Olympia Veneer Co 246 P. 941 (Supreme Court of Washington) och i Wilderman v Wilderman 315 A.2d 610 (Court of Chancery of Delaware); se om båda nedan. Jfr ock följande not.

[190] Jfr Mann-Paller Foundation Inc. v Econometric Research 644 F.Supp 92 (United States District Court, District of Columbia; tillämplig lag Delaware).

[191] Jfr t.ex. Erdman v Yolles 233 N.W.2d 667 nedan och Murphy v Country House Inc 349 N.W.2d 289 (Court of Appeals of Minnesota). Annorlunda i Wilderman v Wilderman 315 A.2d 610 nedan och se föregående not.

[192] Jfr Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5318 not 15 (s. 712, s. 717).

[193] Se United States v Smith a.st. och jfr Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986, § 5318 not 15 (s. 712, s. 717).

[194] Jfr härom t.ex. Rose–Chommie, Federal Income Taxation § 10.09 (s. 522ff).

[195] 233 N.W.2d 667. Ett liknande avgörande är Murphy v Country House Inc i not 191 ovan.

Ett i mitt tycke tydligt exempel på diskriminering av en aktieägare är *Wilderman v Wilderman*.[196] Med hänsyn till att målet avgjordes i Delaware är det av betydande praktiskt intresse.

Makarna Wilderman drev en tämligen lönsam rörelse i byggbranschen. Rörelsen överfördes till ett aktiebolag 1961, där båda makarna var aktieägare. Några år efter "bolagiseringen" separerade makarna. Wildermans tidigare hustru behöll hälften av aktierna.[197] Den i målet aktuella frågan var huruvida mannen under åren 1971–73 tillägnat sig utbetalning av utdelning i maskerad form som "bonus" från bolaget. Nämnas bör att bolagets styrelse under samma tidsperiod inte hade fattat något beslut om vinstutdelning.

Under åren 1971–1973 uppgick den sammanlagda ersättningen till mannen till följande belopp:[198]

1971: $92538,71; varav lön $20800 och bonus $71738,71.

1972: $35000 (byggstrejk).

1973: $86893,40.[199]

Court of Chancery of Delaware fann, att om – som i detta fall – en styrelseledamot röstar för eget arvode så åligger det denne att visa att ersättningen är rimlig (reasonable).[200] I målet lyckades mannen inte fullgöra bevisbördan. En rimlig ersättning fastställdes skönsmässigt till $45000 för år 1971, $35000 för 1972 (motsvarande uttaget) och $45000 för 1973. Mannen ansågs återbäringsskyldig för resterande belopp (strax under $90000).

Domstolen fastställde emellertid inte att ett visst belopp borde betalas ut som utdelning till kvinnan (under beaktande av nämnda $90000). Detta ansågs uteslutande vara en fråga för bolagets styrelse (eller en god man). Att mannen ålades återbäringsskyldighet framstår av denna orsak som en konsekvens av att ersättningen var oskälig och inte att ersättningen stod i strid mot reglerna om vinstutdelning.

En i mitt tycke än mer okritisk inställning till kringgående av vinstutdelningsreglerna – enligt gällande rätt i Delaware – visar domstolen prov på i Mann-Paller Foundation Inc v Econometric Research Inc[201].[202] I målet gjorde käranden, en minoritetsaktieägare (35,4% av aktiestocken) i Econometric Research, gällande att en betalning till majoritetsaktieägaren (63,6% av aktiestocken) om $347745 i själva verket utgjorde utbetalning av utdelning. Enligt svaranden skulle betalningen enbart ses som ersättning för

[196] 315 A.2d 610. Jfr Alaska Plastics Inc v Coppock 621 P.2d 270 (Supreme Court of Alaska).

[197] Se s. 612 i referatet.

[198] Omsättningen hade under åren 1966 till 1971 ökat från ca $380000 till ca $680000. Mannens ersättning steg under samma tidsperiod från $30000 till över $90000.

[199] Motsvarande belopp för hustrun var under samma period $7800 per år.

[200] Referatet s. 615.

[201] 644 F.Supp 92. Domstolen fränkände Erdman v Yolles ovan i not 191 respektive Alaska Plastics Inc v Coppock i not 196 ovan prejudikatvärde i Delaware.

[202] Jfr ock Pittsburgh Tube Company v Tri-Bend Inc 463 N.W.2d 161 (Court of Appeals of Michigan).

utfört arbete. (Bolaget hade inte vid någon tidpunkt fattat beslut om vinstutdelning.) Domstolen "avvisade" slutligen käromålet. Av intresse i förevarande sammanhang är följande uttalande i målet: "Delaware law provides that courts may act to compel the declaration of a dividend only upon a demonstration 'that the withholding of it is explicable only on the theory of an oppressive or fraudulent abuse of discretion' by the board of directors."[203]

Ett ur principiell synvinkel intressant avgörande är Nichols v Olympia Veneer Co[204]. Olympia Veneer Co var ett bolag i trävarubranschen med vissa kooperativa inslag. Många av aktieägarna var anställda i bolaget. Bolaget hade därutöver anställda utan aktier. Käranden var aktieägare utan anställning i bolaget.

Bolaget betalade i lön till anställda aktieägare $8 per dag medan motsvarande belopp för enbart anställda var $4 per dag. Med hänvisning till bolagets lönesättning hävdade käranden, att en del av den lön som bolaget betalade till anställda aktieägare, dvs. vad som översteg $4 per dag, skulle anses innefatta utbetalning av utdelning.

Enligt domstolen kunde käranden inte berövas sin rätt till andel i bolagets vinst genom att de anställda aktieägarna tillerkändes "excessive or extravagant" löner.[205] Frågan huruvida lönesättningen skulle betraktas som "extravagant", och därför som utbetalning av utdelning, besvarade domstolen jakande. En rimlig ersättning fastställdes dock inte, som man skulle kunna tro, till $4 per dag utan till $6 per dag (noteras bör att vissa av de anställda aktieägarna utförde arbete vars marknadsvärde uppgick till $8 per dag). Det främsta motivet till detta högre belopp synes ha varit att anställda aktieägare antogs prestera mer än icke aktieägare.[206] Käranden tilldömdes slutligen, som hennes andel i bolagets vinst, $2 multiplicerat med ett visst antal dagar.

Det synes finnas få avgöranden vari andra transaktioner har prövats som i verkligheten innefattande förtäckta utbetalningar till aktieägare.

Ett avgörande som mot bakgrund av svenska förhållanden förtjänar uppmärksammas är Alliegro v Pan American Bank of Miami.[207] Scottile Inc var ägare till 80% av aktiestocken i Pan American Bank. I målet gjorde käranden – en minoritetsaktieägare i banken – bl.a. gällande, att moderbolaget, genom sitt inflytande över dotterbolaget och i enlighet med skatterättsliga regler, olovligen hade förfogat över banken tillhöriga medel till ett belopp om mer än $1400000. Käranden hävdade att moderbolaget under en rad av år hade avsevärda förluster samtidigt som Pan American Bank redovisade

[203] Referatet s. 98 med vidare hänvisningar.
[204] 246 P. 941.
[205] Referatet s. 943.
[206] Referatet s. 943. $6 som värdet av flertalet anställda aktieägares arbete beskrevs dock som "extreme value", se referatet a.st. Jfr härtill Wilderman v Wilderman ovan.
[207] 136 So.2d 656 (District Court of Appeal of Florida).

en avsevärd vinst. Genom att tillämpa "skatterättsliga konsolideringsregler", vilka innebar att banken utnyttjade moderbolagets förluster, kunde banken helt undvika federal skatt. I gengäld överförde banken till moderbolaget i slutet av varje år ett belopp som motsvarande den summa som banken hypotetiskt – utan en tillämpning av konsolideringsreglerna – hade behövt erlägga i skatt. Enligt käranden skulle det sammanlagda värdet av dessa värdeöverföringar – ca $1400000 – anses som utbetalning av utdelning från banken. District Court of Appeal of Florida avgjorde målet till fördel för käranden. Värdeöverföringarna skulle ses som utbetalning av utdelning från banken till moderbolaget.

Domstolen yttrade beträffande förtäckt utbetalning av utdelning följande:[208]

"It should be noted that a distribution may be treated as a dividend although the corporation has taken no formal action to designate it as such. The devices available to disguise dividends are as numerous as the ways in which a corporation can disburse its funds. It has been universally recognized that the mere fact that the distributions are not called 'dividends' by the board of directors of the corporation does not detract from such distributions being dividends within the meaning of the law. This is so regardless of the fact that the distributions are made in proportions other than the stockholders' respective holdings."

6.7.4 Särskilt om (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående

Jag har frånsett begreppet "indirect" i § 1.40 (6) RMBCA 1984, som möjligen syftar på vederlagsfria utbetalningar till aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer,[209] inte kunnat fastställa, att de aktiebolagsrättsliga utbetalningsreglerna skall tillämpas på vederlagsfria prestationer till utomstående. Enligt tidig *common law* ansågs gåvor av bolagets egendom som "ultra vires" för bolaget.[210] Sedermera kom denna princip att mjukas upp i rättspraxis och numera återfinns i många delstaters bolagslagar en lagstadgad behörighet att ge gåvor.[211]

[208] Referatet s. 660f. Citatet även åberopat i Murphy v Country House Inc i not 191 ovan.
[209] Jfr vid not 179 ovan. Se härtill de delstater som har en definition av begreppet "distribution" liknande den i RMBCA 1984. Se ovan avsnitt 6.7.2.
[210] Fletcher Cyc Corp, V 6A, 1989, § 2938 (s. 743).
[211] Fletcher Cyc Corp, V 6A, 1989 § 2938 (s. 743f) och se § 3.02 (13) och (15) RMBCA 1984.

KAPITEL 7
Om utbetalning

7.1 Inledning

Vad som aktiebolagsrättsligt skall anses utgöra en "utbetalning" till aktieägarna är en frågeställning som rönt begränsad uppmärksamhet i svensk rätt. Att t.ex. betalning av utdelning utgör en vederlagsfri förmögenhetsöverföring (värdeöverföring) från aktiebolag till aktieägare står klart. Men vad innebär denna beskrivning? Om aktieägarna mottar pengar eller annan egendom med äganderätt och utan vederlag är det tämligen säkert att bolagets prestation skall betecknas som en slags "utbetalning". Vad gäller då i övriga fall? Det kan t.ex. tänkas att aktieägarna vederlagsfritt får nyttja bolagets tillgångar. Är detta en slags "utbetalning"? Och vilket värde skall bolagets prestation åsättas vid tillämpningen av utbetalningsreglerna såsom 12:2 ABL avseende utdelningsbart belopp så snart en aktieägare vederlagsfritt tillgodogör sig en prestation, som inte består av pengar?

7.2 Kapitlets disposition

Termen "utbetalning" använder jag i framställningen som begrepp för att beskriva rättshandlingar som träffas av reglerna om vinstutdelning och övriga utbetalningsregler i ABL, dvs. vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägare (eller utomstående; se beträffande sistnämnda främst kapitel 10 nedan). Syftet med detta och följande kapitel är att försöka fastställa tillämpningsområdet och innebörden av begreppet "utbetalning" enligt gällande svensk rätt. Jag har för framställningen valt att utnyttja *ett typfall* av *utbetalning* till aktieägare, närmare bestämt *utbetalning av utdelning*. För den principiellt sett *övergripande frågan vad* som *utgör* en *aktiebolagsrättslig utbetalning* är det enligt min uppfattning tillfyllest att undersöka detta typfall. De rättsfrågor som typfallet utbetalning av utdelning aktualiserar är tillräckligt många och grundläggande för att man skall kunna besvara den övergripande frågan.

> En annan sak är att det naturligtvis är viktigt att klargöra om en i och för sig konstaterad aktiebolagsrättslig utbetalning utgör återbetalning av tillskott eller utbetalning av vinst, dvs. om utbetalningen jämlikt ABL:s systematik – och i ett annat led – skall klassificeras (med min terminologi) som utbetalning av vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden eller som utbetalning (utskiftning) vid likvidation. Se härom avsnitt 5.3 ovan.

Jag inleder kapitlet med att i avsnitt 7.3, och utifrån ett *allmänt perspektiv*, diskutera utbetalning av utdelning som varande avkastning till aktieägare. Därefter övergår jag i avsnitt 7.4 till att analysera – utifrån ett *individuellt perspektiv* – utbetalning av utdelning som ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet till aktieägare.

Avsnitt 7.4 bygger på en definition av utbetalningsbegreppet, vilken beskrivs i avsnitt 7.4.2.1. Definitionen har jag härlett från det typfall av utbetalning av utdelning som ABL bygger på: Utbetalning med kontanta medel till aktieägare.[1]

> Jag begagnar mig således av typfallet utbetalning av utdelning för att besvara den övergripande frågan om vad som utgör en aktiebolagsrättslig utbetalning. Härutöver använder jag ett "typfall i typfallet" för att definiera utbetalningsbegreppet, dvs. utbetalning av utdelning genom att bolaget för över pengar till aktieägare.

Min definition av utbetalningsbegreppet består av följande komponenter:

(1) En förmögenhetsminskning för bolaget
(2) som innebär en förmögenhetsökning för aktieägaren, och där
(3) förmögenhetsminskningen för bolaget korresponderar mot förmögenhetsökningen för aktieägaren samt
(4) består i en prestation som härrör från bolaget och
(5) kommer aktieägaren till godo i hans egenskap av aktieägare.

Jag behandlar delmoment (1)–(5) ovan i avsnitt 7.4.3–7.4.7. Utbetalning av utdelning som en förmögenhetsminskning för bolaget berörs i avsnitt 7.4.3–7.4.4. I avsnitt 7.4.5 diskuterar jag utbetalning av utdelning som en förmögenhetsökning för aktieägaren. Därefter behandlar jag i tur och ordning utbetalning av utdelning som en förmögenhetminskning för bolaget som korresponderar mot en förmögenhetsökning för aktieägaren i avsnitt 7.4.6 och som en prestation som härrör från bolaget och kommer aktieägaren till godo i hans egenskap av aktieägare i avsnitt 7.4.7. Kapitlet avslutas med en analys av utbetalningsbegreppet contra gåvobegrep-

[1] Se närmare avsnitt 7.4.2.1 nedan.

pet i 12:6 ABL. Två frågor som jag inledningsvis nämnde, och som jag återkommer till i underavsnitten 7.4.3 och 7.4.4, är dels vilket värde bolagets prestation skall åsättas vid tillämpningen av utbetalningsreglerna såsom 12:2 ABL avseende utdelningsbart belopp, dels om utbetalningsbegreppet t.ex. omfattar den situationen att en aktieägare vederlagsfritt får nyttja bolagets tillgångar.

7.3 Om utbetalning av utdelning i ett allmänt perspektiv – avkastning i ett oneröst rättsförhållande

7.3.1 Aktiebolaget, verksamhetens syfte och vinstutdelning

Ett aktiebolags verksamhet syftar i allmänhet till att bereda vinst åt aktieägarna (jfr 12:1 2 st. ABL). ABL bygger på idén att aktieägarna satsar ett visst belopp i associationen i utbyte mot inflytande i bolaget och avkastning på det satsade kapitalet. Genom utbetalning av utdelning erhåller varje aktieägare en motprestation från bolaget för det att företaget ägt utnyttja och riskera kapitalet i verksamheten.

Relationen mellan aktieägarna och aktiebolaget utgör inte något rättsförhållande som går att inordna efter traditionell förmögenhetsrättslig systematik. Rättsförhållandet torde i princip inte kunna karakteriseras som obligationsrättsligt. Inte heller kan bolagsordningen betecknas som ett sedvanligt avtal. Snarare får förhållandet mellan aktieägarna och bolaget betraktas som ett rättsförhållande av egen art.

Trots det anförda torde man kunna beskriva relationen mellan aktieägarna och bolaget – dvs. de med aktien sammanhängande rättigheterna – som oneröst. Traditionellt brukar olika kontraktsförhållanden delas in i ett antal olika avtalstyper såsom köp, byte, hyra, deposition, saklån etc. Indelningen bygger på de i romersk rätt förekommande avtalstyperna, som sedermera givits en både vidare och innehållsmässigt annorlunda innebörd samt utökats med ett antal för det moderna samfundet typiska avtal. Till de onerösa avtalen, dvs. avtal där parternas prestationer typiskt sett är ekonomiskt likvärdiga, brukar hänföras köp, hyra av fast eller lös egendom, arbetsbeting, transportavtal etc. Motsatsen till det onerösa avtalet är det benefika avtalet. Ett benefikt avtal är typiskt sett ett avtal där parternas prestationer inte är ekonomiskt likvärdiga. Den ena parten presterar något utan att den andra partens motprestation ekonomiskt sett är likvärdig. Till de benefika avtalen hör avtal såsom lån (av sak) och

penningförsträckning (i de fall någon ränta inte skall utgå) samt – om och i den utsträckning man kan beteckna det som ett avtal – gåva.

Handelsbolaget, som föreligger om två eller flera har avtalat att gemensamt utöva näringsverksamhet i bolag och – från den 1 januari 1995 – bolaget har förts in i handelsregistret (1:1 1 st. BL), torde grunda sig på ett oneröst rättsförhållande. Bolagsmännen satsar kapital eller annan egendom (motsvarande) i verksamheten mot att de erhåller avkastning, som är beroende av den vinst som verksamheten genererar. Rättsförhållandet mellan aktiebolag och aktieägare kan enligt min uppfattning i förevarande hänseende jämställas med ett vanligt bolagsförhållande. Sålunda måste rättsförhållandet till sin natur få betraktas som oneröst. Aktieägarnas rätt till avkastning på det i bolaget satsade kapitalbeloppet påminner också om rättsförhållandet vid penningförsträckning då ränta skall utgå. Det är i båda situationerna fråga om kapital som riskeras i någon slags verksamhet där kapitalägaren i utbyte mot denna risk är berättigad till avkastning.

7.4 Om utbetalning av utdelning i ett individuellt perspektiv – rättshandlingens vederlagsfria ("benefika") beskaffenhet

7.4.1 Inledning

En individuell utbetalningssituation kännetecknas av att aktiebolaget företar en ensidig prestation till aktieägaren. Vid den ordinarie bolagsstämman skall enligt 9:5 2 st. p. 2 ABL beslut fattas om dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust enligt den fastställda balansräkningen. Om bolagsstämman fattar beslut om vinstutdelning uppkommer ett anspråk för varje (berättigad) aktieägare om att utfå utdelning.[2] Anspråket är ett fordringsanspråk.[3] Detta fordringsanspråk förfaller till betalning i och med stämmobeslutet, om inte stämman med enkel majoritet beslutar att utdelningen skall förfalla till betalning vid en senare tid-

[2] SOU 1941:9 s. 282; SOU 1971:15 s. 317; prop. 1975:103 s. 479; Nial, Aktiebolagsrätt s. 100 och Om aktiebolag s. 50 samt SWN s. 179. Se ock NJA 1895 s. 294 och jfr 1886 s. 418.

[3] SOU 1941:9 s. 282; SOU 1971:15 s. 317; prop. 1975:103 s. 479; SWN s. 179; Nial, Aktiebolagsrätt s. 100, Om aktiebolag s. 50; Kedner–Roos II 12:3.03 (s. 238) och Lindskog, JFK 12:3-3.1 (s. 70). Jfr NJA 1988 s. 620 på s. 645. Fordringsanspråket är föremål för preskription. Se Lindskog, Preskription s. 109f och JFK 12:3-3.1 (s. 70).

punkt.[4] I avstämningsbolag skall dock avstämningsdagen anges i bolagsstämmans beslut om utdelning och utdelningen förfaller till betalning på avstämningsdagen samt skall betalas utan dröjsmål (se närmare 12:3 3 st. ABL).[5] Det anses tillåtet för bolagsstämman att fatta beslut om utbetalning av utdelning i två poster.[6] Den första posten skall t.ex. utbetalas genast och den andra först senare.[7] I avstämningsbolag måste i så fall två avstämningsdagar fastställas.[8] Om bolagets utveckling under tiden till dess utdelningen förfaller till betalning avsevärt skulle ha försämrats, anses styrelsen ha rätt – åtminstone enligt förarbetena och troligtvis som en följd av vårdplikten – att innehålla den andra delutbetalningen av utdelningen.[9]

> Det bereder inga svårigheter att avgöra vem som är berättigad till utbetalning av utdelning, om ingen aktieöverlåtelse eller annan form av aktieövergång har ägt rum. Bolaget skall betala den beslutade utdelningen till den som vid tidpunkten för bolagsstämman[10] hade äganderätt till aktierna och var införd i aktieboken (annorlunda i avstämningsbolag, se 12:3 3 st.

[4] Jfr SOU 1971:15 s. 317; prop. 1975:103 s. 479 och Kedner–Roos II 12:3.03 (s. 239) samt Lindskog, JFK 12:3-4.7.1 (s. 77). Av både förarbeten och litteratur framgår att bolagsstämman inte kan skjuta upp utbetalningen alltför långt fram i tiden, t.ex. till ordinarie bolagsstämma under nästa räkenskapsår. Se SOU 1971:15 s. 317; Prop. 1975:103 s. 479; Bökmark–Svensson s. 130; Kedner–Roos II 12:3.03 (s. 239) och Lind s. 267. I aktiebolagsutredningen antyds dock att utbetalningen med samtliga aktieägares samtycke skulle kunna skjutas upp till t.ex. nästa ordinarie bolagsstämma; jfr SOU 1971:15 a.st. Tredjemansskyddet torde knappast hindra ett beslut av detta slag. Jfr härvidlag för kritik av nämnda begränsning Lindskog, JFK 12:3-4.7.1 (s. 77f) och 12:3-6 (s. 83f).

Vid utbetalning av utdelning i två poster föreligger det enligt förarbetena till ABL möjligen en skyldighet för styrelsen att innehålla den andra delutbetalningen av utdelningen, om bolagets ställning fram till tidpunkten för förfallodagen har försämrats avsevärt; jfr nedan vid not 9 och vad som anförs i noten. Detsamma torde i sådant fall gälla om samtliga aktieägare beslutar skjuta upp hela utbetalningen av den beslutade utdelningen. Att innehålla en senare utbetalning torde väl närmast – om förarbetsuttalandet skall följas – få anses följa av styrelsens vårdplikt. Det kan emellertid ifrågasättas varför aktieägarnas fordringsanspråk i egenskap av borgenärer skulle vara underkastat ABL från den dagen bolagsstämman beslutat om en lagenlig vinstutdelning. Betalas inte medlen ut borde aktieägarna kunna åberopa räntelagen och tillgodogöra sig ränta. Därtill torde det genom stämmobeslutet uppkomna fordringsanspråket kunna ligga till grund för ett exekutivt förfarande mot bolaget och hur skall då bolagsledningen kunna vägra verkställighet?

[5] Se härom Lindskog, JFK 12:3-6 (s. 83f).

[6] Se bl.a. prop. 1975:103 s. 479; Kedner–Roos II 12:3.03 (s. 239) och Lind s. 267.

[7] Se bl.a. prop. 1975:103 s. 479; Kedner–Roos II 12:3.03 (s. 239) och Lind s. 267.

[8] Se bl.a. prop. 1975:103 s. 479; Kedner–Roos II 12:3.03 (s. 239).

[9] Prop. 1975:103 s. 479; Bökmark–Svensson s. 130; Kedner–Roos II 12:3.03 (s. 239) och Lind s. 267. För egen del har jag svårt att förstå varför ABL skall tillämpas i förevarande fall när aktieägaren i fråga är borgenär; jfr not 4 ovan.

[10] I den utsträckning andra beslutsformer tillerkänns samma rättsverkningar som en regelrätt bolagsstämma måste bedömningen i fråga om relevant tidpunkt bli densamma.

3 meningen ABL). Läget blir ett annat då en aktieägare överlåter sina aktier efter det att bolagsstämman har avhållits men före det att bolaget har utbetalat utdelningen. Av 80 § KöpL (19 § ÄKöpL) följer att vid aktieköp ingår utdelning som inte har förfallit till betalning vid tidpunkten för förvärvet. Förutsatt att beslutad utdelning vid förvärvstidpunkten ännu inte förfallit till betalning är följaktligen aktieköparen berättigad till utdelning på de förvärvade aktierna även om förvärvet skett efter stämmobeslutet. Däremot tillkommer beslutad utdelning som har förfallit till betalning vid tidpunkten för förvärvet aktieöverlåtaren.

7.4.2 Typfall I: Om utbetalning av utdelning med kontanter

Lagstiftaren synes i fråga om samtliga tre utbetalningstyper i ABL[11] ha utgått från att aktieägarna uppbär *kontanta medel* från bolaget. Detta kan sägas följa redan av utbetalningsförbudets ordalydelse: "Utbetalning till aktieägarna av bolagets medel /.../". Det typfall av utbetalning av utdelning som 12 kapitlet ABL reglerar är således vinstutdelning, som beslutas av den ordinarie bolagsstämman och som verkställs genom att aktieägarna genast eller vid en senare tidpunkt mottar pengar från bolaget.

I och med att bolagsstämman fattar beslut om utdelning av vinst med ett visst belopp åligger det aktiebolaget att ensidigt prestera till aktieägaren i hans egenskap av borgenär. Denna obligationsrättsliga gäldenärsförpliktelse motsvaras inte av någon gäldenärsförpliktelse för aktieägaren (jag bortser från eventuell skyldighet att prestera utdelningskupong eller dylikt). Från den tidpunkt aktieägaren erlagt tillskottskapitalet i utbyte mot aktien kan han inte åläggas att prestera något ytterligare.

Ett stämmobeslut om vinstutdelning innebär alltså i den *individuella situationen* att bolaget ensidigt och vederlagsfritt är skyldigt att prestera till aktieägaren. En prestation som består i att bolaget skall betala ut ett belopp till aktieägaren som motsvarar beslutad utdelning.

Jag avser i det följande att undersöka vad som kännetecknar utbetalning av utdelning som en i det *individuella fallet* ensidig och vederlagsfri prestation till aktieägaren. Syftet med analysen är att fastställa de moment som är typiska för utbetalning av utdelning. Dessa moment använder jag därefter för att definiera utbetalningsbegreppet.

7.4.2.1 Utbetalning av utdelning – dess beskaffenhet och förmögenhetsmässiga verkningar för bolaget och aktieägaren

Utbetalning av utdelning innebär följaktligen att bolaget ensidigt och vederlagsfritt presterar (pengar) till aktieägare. För bolaget medför utbe-

[11] Jag bortser från förvärv av egna aktier.

talning av utdelning att värdet av bolagets förmögenhet minskar: en *förmögenhetsminskning*. Förmögenhetsminskningen är av grundläggande betydelse för skyddet för tredje man och således vid tillämpningen av bl.a. 12:2 ABL: Ryms den sammanlagda förmögenhetsminskning för bolaget, som blir följden av samtliga utbetalningar till aktieägarna, inom utdelningsbart fritt eget kapital?

För varje enskild aktieägare resulterar utbetalning av utdelning i stället i en *förmögenhetsökning*. Förmögenhetsökningen är av betydelse med avseende på skyddet för aktieägare och måste stå i överensstämmelse med bl.a. likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL: Har någon aktieägare tillförts ett förmögenhetsvärde, som inneburit en förmögenhetsökning, vilken inte kommit annan aktieägare till godo?

Vid utbetalning av utdelning minskar bolagets förmögenhetsmassa med ett belopp som motsvarar det sammanlagda värdet av vad samtliga aktieägare uppbär från detta (jag bortser från eventuella kostnader i anledning av utbetalningen). Förmögenhetsminskningen för bolaget korresponderar sålunda mot förmögenhetsökningen för aktieägarna. Varje enskild utbetalning av utdelning innebär en förmögenhetsminskning för bolaget som motsvarar en förmögenhetsökning för aktieägaren (proportionellt med aktieinnehavet).

Sammanfattningsvis kännetecknas utbetalning av utdelning (med kontanter) i det individuella fallet av tre moment:

(1) En förmögenhetsminskning för bolaget
(2) som innebär en förmögenhetsökning för aktieägaren och där
(3) förmögenhetsminskningen för bolaget korresponderar mot förmögenhetsökningen för aktieägaren.

Utbetalning av utdelning kännetecknas emellertid av ytterligare två moment:

(4) Det är en prestation som härrör från ett aktiebolag och
(5) som aktieägaren mottar i hans egenskap av aktieägare.[12]

Med det anförda torde det vara möjligt att definiera utbetalningsbegreppet på följande vis:[13] En aktiebolagsrättslig utbetalning är en rättshandling som består i en prestation, vilken härrör från ett aktiebolag och vilken en aktieägare mottar i sin egenskap av aktieägare, varigenom bolagets förmögenhet minskar och aktieägarens förmögenhet ökar samt där

[12] Jfr SOU 1942:2 s. 18 och SOU 1947:84 s. 61. Jfr ock NJA 1920 s. 231 på s. 233, vari arvode till verkställande direktör väsentligen utgick till direktören i hans egenskap av aktieägare.

[13] Definitionen är i och för sig inte normativ.

förmögenhetsminskningen för bolaget korresponderar mot förmögenhetsökningen för aktieägaren.

7.4.3 Utbetalning av utdelning som direkt förmögenhetsminskning för bolaget – skyddet för tredje man

7.4.3.1 Inledning

Beslutad vinstutdelning behöver inte verkställas på så sätt att bolaget betalar ut pengar till aktieägarna. ABL tillåter i princip att ett aktiebolag verkställer en beslutad vinstutdelning genom att föra över saker på aktieägarna.[14] Utbetalning av utdelning kan således ske med *sakvärden* liksom med pengar. Det står med andra ord aktiebolag fritt att verkställa en beslutad utdelning på så vis att bolaget tillhöriga aktier, bilar, fartyg, fastigheter eller konstnärliga verk förs över på aktieägarna.

Regeln att utbetalning av utdelning kan ske med sakvärden torde egentligen kunna härledas till allmänna obligationsrättsliga principer. Som redan framhållits uppkommer i och med att bolagsstämman fattar beslut om vinstutdelning ett anspråk för varje (berättigad) aktieägare om att utfå utdelning. Anspråket är ett fordringsanspråk. Aktieägarens fordringsanspråk måste – enligt min uppfattning – presumtionsvis innebära att bolaget skall prestera ett penningbelopp (såvitt inte annat följer av stämmans beslut om vinstutdelning; jfr nedan). Även om fordringsanspråket är ett krav på penningprestation finns det inget som hindrar aktieägaren från att i egenskap av borgenär komma överens med bolaget om att detta i egenskap av gäldenär skall fullgöra betalningsskyldigheten med annan egendom än kontanter.[15]

En rätt för bolaget att verkställa vinstutdelning med annan egendom än kontanter torde i avsaknad av de enskilda aktieägarnas samtycke i egenskap av borgenärer förutsätta ett stämmobeslut med denna innebörd. Ett sådant stämmobeslut bör enligt min mening kunna fattas med enkel majoritet,[16] om de enskilda aktieägare som skall uppbära sakvärdesutbe-

[14] Se bl.a. Kedner, Former för koncernsinterna vinstöverföringar s. 37; Kedner–Roos II 12:2.01 (s. 226), Lindskog, JFK 12:3-4.6 (s. 76f) och Margulies–Roos i Balans 1981:8 s. 26 samt Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 83 och s. 87. Jfr i viss mån SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 475.

[15] Jfr i tysk rätt beträffande aktiebolag Hefermehl–Bungeroth i AktG 58 § RdNr 124 och Lutter i Kölner Komm 58 § RdNr 108.

[16] I allt fall måste det vara tillräckligt att stämmobeslutet fattas med enkel majoritet, om stämmobeslutet innebär att aktieägarna har valrätt mellan pengar och annan egendom (t.ex. 35 kr per aktie eller en andel – värde 35 kr – i det tyska dotterbolaget X GmbH).

talningar samtidigt ger sitt samtycke därtill (se 9:5 2 st. p. 2 och 9:13 1 st. ABL).[17] Det senare kravet får anses följa av att varje aktieägare har rätt

[17] Annorlunda Lindskog SvJT 1993 s. 927 (se nedan) men till synes något modifierat i JFK 12:3-4.6 (s. 76f). I sistnämnda arbete anger Lindskog bl.a. att en minoritet äger motsätta vinstutdelning som innebär *samägande till icke delbar egendom*. Detta kan jag inte annat än instämma i (om minoriteten är mottagare). Jfr bl.a. SOU 1941:9 s. 584, SWN s. 409, prop. 1975:103 s. 509 och Kedner–Roos II 13.11.01 (s. 311) beträffande utbetalning vid likvidation. I det följande gör Lindskog dock gällande att det "knappast" föreligger bärande skäl för att minoriteten skall kunna motsätta sig utdelning av annan *generiskt bestämd egendom* än pengar (exempelvis aktier i ett dotterbolag). I not 42 anges vissa villkor. Det skulle härvidlag förutsättas att bolaget inte betingar sig något vederlag. Utdelningsbeslut som är villkorade av att bolaget erhåller vederlag torde enligt Lindskog vara så avvikande från vad lagstiftaren har tänkt sig, att klanderrätt bör föreligga. Detta kan jag också instämma i. Vidare förutsätter Lindskog att alla aktieägare erhåller samma slag av egendom. Således skulle majoriteten inte kunna dela ut sakvärden till sig själv ens om minoriteten erhåller en värdemässigt adekvat kompensation i form av vinstutdelning i pengar. Utöver av formkraven hävdar Lindskog att detta torde följa av likhetsprincipen; till ett sakvärde kan vara knutet inte bara värdeegenskaper (jfr Lindskog, Kvittning s. 134f beträffande komputabilitetskravet inom kvittningsläran), varför det oberoende av att minoriteten inte har värdemässigt läderats inte kan sägas att alla aktieägare har behandlats lika. För egen del kan jag inte se att kravet om att alla aktieägare skall erhålla samma slag av egendom följer av formkraven (Lindskog anger inte heller varför så skulle vara fallet). Inte heller kan det anses följa av likhetsprincipen. Likhetsprincipen vid *beslut om och verkställande av beslut om vinstutdelning* innebär endast att *aktieägarna värdemässigt skall behandlas lika*. Härav följer inte att samtliga aktieägare måste erhålla samma slag av egendom. I SOU 1914:9 s. 584 uttalas det, vilket senare återgivits i SWN och i modifierad form i förarbetena till ABL och i kommentarerna till denna (se ovan), att i fråga om utbetalningar vid likvidation behöver behållningen i bolaget ej förvandlas i penningar, om alla aktieägare ("rättsägare") äro ense om fördelning av oförvandlad egendom. *Eljest* (sålunda utan samtligt aktieägares samtycke) torde fördelning av oförvandlad egendom böra kunna ske, *endast* om (1) fördelningen avser tillgångar av beskaffenhet att identiska lotter kunna erbjudas aktieägarna och (2) en sådan fördelning framstår såsom för varje aktieägare lika fördelaktig som en fördelning i penningar efter fortsatt realisation, vilket torde kunna vara fallet exempelvis vid fördelning av värdepapper. Måhända skulle man kunna tycka att samma principer bör gälla vid beslut om vinstutdelning. Det första kravet att identiska lotter skall kunna erbjudas aktieägarna måste emellertid ses mot bakgrund av att syftet med utbetalningar vid likvidation är att fördela bolagets förmögenhetsmassa bland aktieägarna. De skyddsaspekter som härvidlag gör sig gällande är således speciella för situationen. Vid beslut om vinstutdelning när bolaget är en "going concern" är dessa inte på samma sätt aktuella. Det räcker alltså med att upprätthålla en värdemässig likhetsprincip vid beslut om och verkställande av vinstutdelning. En annan sak är att en sakvärdeutbetalning på andra grunder än att vissa aktieägare värdemässigt diskriminerats kan stå i strid mot likhetsprincipen eller mer sannolikt principen om att bolagsorganen inte får företa rättshandlingar som är uppenbart främmande för föremålet för verksamheten eller generalklausulerna. Jfr avsnitt 9.2 in fine (slutet) och 9.4 nedan. Vad beträffar Lindskogs hänvisning till komputabilitetskravet inom kvittningsläran är den nu aktuella situationen väl knappast jämförbar med kvittningsfallet och därför måste detta krav anses som irrelevant i sammanhanget.

att kräva att utbetalning av utdelning till honom – men inte generellt till alla aktieägare[18] – sker med kontanta medel (pengar i inhemsk valuta[19]).

Lindskog har i en replik i SvJT 1993 s. 927 f[20] kritiserat mina i samma tidskrift tidigare publicerade åsikter rörande sakvärdesutbetalningar.[21] Lindskog synes särskilt vända sig mot det av mig anförda ändamålsskälet att aktieägarskyddet talar för att man skall använda sig av bruttometoden vid tillämpningen av utbetalningsreglerna.[22] Enligt Lindskog resonerar jag med utgångspunkt i en omöjlighet, nämligen att aktieägaren X skulle erhålla utdelning i kontanter och Y i sakvärden. Oberoende av om X eller Y efter aktieinnehav erhållit lika mycket kan en sådan utdelning inte genomföras om inte X och Y är ense. Vidare: "Och om de är ense saknar värderingsfrågan betydelse (Anderssons tal om att bruttometoden [uppenbarligen syftar Lindskog, vilket anges i min artikel,[23] på nettometoden eller anskaffningsvärdemetoden – min anm.] medför risk för "majoritetsmissbruk" visar dock på att Andersson inte har förstått att göra skillnad mellan på ena sidan frågan hur beloppsspärren skall tillämpas vid utdelning av sakvärden och på andra sidan spörsmålet om huruvida en kapitalanvändningsdisposition – den må vara lovlig eller olovlig – föreligger)."[24]

För egen del kan jag se annat än att Lindskogs kritik i förevarande hänseende träffar fel. Lindskog synes utgå från att alla aktieägare måste vara ense för att bolaget skall kunna företa sakvärdesutbetalningar. Varför man skall upprätthålla ett sådant krav framgår emellertid inte. Någon självklarhet kan detta inte heller anses vara.

Enligt min uppfattning måste man analysera spörsmålet om vad som krävs vid sakvärdesutbetalningar i vad avser erforderligt samtycke av aktieägarna med utgångspunkt i två separata frågeställningar. En fråga är om varje enskild aktieägare har rätt att kräva att utbetalning av utdelning sker med kontanter. En annan fråga är om varje aktieägare har rätt att kräva att utbetalning av utdelning till varje annan aktieägare sker med kontanter.[25]

Vad angår den första frågan är svaret jakande. Aktieägarnas fordringsanspråk måste presumtionsvis innebära att bolaget skall prestera ett penningbelopp. Vad angår den andra frågan måste svaret bli nekande. Jag kan inte se varför varje aktieägare skulle kunna kräva att utbetalning av utdelning till varje annan aktieägare skall ske med kontanter. I synnerhet framstår detta

[18] Annorlunda Lindskog JFK 12:3-4.6 not 42 (s. 77) och härom föregående not.

[19] Jfr dock Lindskog JFK 12:3-4.6 (s. 77) beträffande pengar i främmande myntslag och annan generiskt bestämd egendom än pengar. Notera dock beträffande egendom av det senare slaget de krav som uppställs i not 42. Se härom not 17 ovan.

[20] Till synes något modifierat i JFK 12:3-4.6 (s. 76f) och härom not 17 och 19 ovan.

[21] Se SvJT 1993 s. 566ff.

[22] Se a.a. s. 576ff.

[23] Se närmare härom a.a. s. 578 och 581.

[24] Lindskog, SvJT 1993 s. 927.

[25] Tydligen annorlunda Lindskog, JFK 12:3-4.6 not 42 (s. 77).

som ett meningslöst krav då varje aktieägare i egenskap av borgenär och bolaget i egenskap av gäldenär i vilket fall som helst kan komma överens om att bolaget skall fullgöra betalningsskyldigheten med annan egendom än pengar (se ovan och jfr nedan). Varför upprätthålla ett krav på samtycke av samtliga aktieägare i det första ledet men inte i det senare? Märk väl att likhetsprincipen måste respekteras i båda situationerna.

När Lindskog till synes utgår från att beslut om sakvärdesutbetalningar bara kan fattas med samtycke av samtliga aktieägare, är detta blott ett påstående.[26] Ett påstående som åtminstone inte jag är beredd att acceptera. Enligt min mening bör ett giltigt stämmobeslut om sakvärdesutbetalningar kunna fattas med enkel majoritet, om de enskilda aktieägare som skall uppbära sakvärdesutbetalningar samtidigt ger sitt samtycke därtill (se ovan). Och det är av denna orsak som skyddet för aktieägare och likhetsprincipen är relevant vid sakvärdesutbetalningar.

Men även om man accepterar Lindskogs uppfattning, att det krävs samtycke av samtliga aktieägare för att sakvärdesutbetalningar skall kunna ske,[27] så finns det tre omständigheter som förtar värdet av Lindskogs slutsats, att om aktieägarna är ense så saknar värderingsfrågan betydelse.

För det första förbiser Lindskog att ett krav på samtycke av samtliga aktieägare i allt fall inte kan upprätthållas, om stämmobeslutet ger aktieägarna valrätt mellan utbetalning av utdelning med pengar eller sakvärde. Ett dylikt beslut måste kunna fattas med enkel majoritet och därmed är man omedelbart inne på aktieägarskyddet och likhetsprincipen.[28]

För det andra uppmärksammar Lindskog inte att oavsett om samtliga aktieägare *i och för sig* samtyckt till en sakvärdesutbetalning är aktieägarskyddet och likhetsprincipen relevant om bolaget för över ett sakvärde på en aktieägare och värdet av denna värdeöverföring inte (proportionellt) korresponderar mot vad övriga aktieägare uppbär från bolaget som utbetalning av utdelning (pengar eller sakvärde).[29]

För det tredje synes Lindskog negligera den omständigheten, att hur det än förhåller sig med stämmobeslut om sakvärdesutbetalningar och eventuellt krav på samtycke av samtliga aktieägare, gäller i allt fall att en aktieägare i egenskap av borgenär kan komma överens med bolaget om att detta i egenskap av gäldenär skall fullgöra betalningsskyldigheten avseende obetald utdelning med annan egendom än kontanter. Och i denna situation kan aktieägarskyddet och likhetsprincipen aktualiseras, om nämnda aktieägare tillgodogör sig ett förmögenhetsvärde som inte kommer övriga aktieägare till godo.[30]

Till vad som nu sagts kommer det faktum, att Lindskog inte uppmärksam-

[26] Möjligen grundar sig denna åsikt på de i JFK 12:3-4.6 not 42 (s. 77) angivna skälen. Se härom not 17 ovan.

[27] Notera emellertid not 16 och 17 ovan.

[28] Se not 16 ovan.

[29] Jfr t.ex. den förstnämnda utdelningssituationen i SvJT 1993 s. 577.

[30] Se hänvisningen i föregående not.

mar problematiken rörande förtäckt utbetalning av utdelning, där bolagets prestation består i ett sakvärde. Möjligen menar Lindskog att detta inte är något problem, eftersom det saknas ett giltigt stämmobeslut om vinstutdelning. Det är i och sig riktigt. Vad man inte får glömma är emellertid att likhetsprincipen är tillämplig vid förtäckta utbetalningar vare sig det finns ett giltigt stämmobeslut eller ej. Man kan mycket väl tänka sig att samtliga aktieägare är ense – sålunda ett giltigt "stämmobeslut" – om att företa en sakvärdesutbetalning i "förtäckt" form (t.ex. i syfte att kringgå skatterättsliga regler), men att denna sker på så vis att en aktieägare på bekostnad av de övriga aktieägarna tillgodogör sig ett extra förmögenhetsvärde.[31]

Sammanfattningsvis kan det konstateras att den "omöjlighet" som Lindskog hävdar att jag utgår ifrån i själva verket är tänkbar både i den verkliga och aktiebolagsrättsliga världen. Att det inte med nettometoden eller anskaffningsvärdemetoden skulle finnas en risk för, som Lindskog synes mena, majoritetsmissbruk grundar sig enligt min uppfattning på ett förhastat antagande om rättsläget.[32] Vad slutligen angår den invändningen, att jag inte har förstått att göra skillnad mellan på ena sidan frågan hur beloppsspärren skall tillämpas vid sakvärdesutbetalningar och på den andra sidan spörsmålet om huruvida en kapitalanvändningsdisposition – den må vara lovlig eller olovlig – föreligger, får jag hänvisa till följande avsnitt. Jag återkommer närmare till tredjemansskyddet i avsnitt 7.4.3.2.7 och aktieägarskyddet i avsnitt 7.4.5–7.4.6.

7.4.3.2 Typfall II: Utbetalning av utdelning med annan egendom än kontanter

7.4.3.2.1 Om problemet

Om bolaget verkställer vinstutdelning med annan egendom än kontanter aktualiseras ett problem som sedan början av 1980-talet varit föremål för en livlig och omfattande debatt.[33] Frågan gäller till vilket värde bolagets egendom skall värderas – då den frånhänds bolaget – *vid tillämpningen av bestämmelsen* om utdelningsbart belopp i *12:2 ABL och andra bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse*: Utbetalning av utdelning som en förmögenhetsminskning för bolaget. (Vad gäller frågan hur bolagets prestation skall värderas vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse – alltså utbetalning av utdelning som en förmögenhetsökning för aktieägaren – får jag hänvisa till avsnitt 7.4.5–7.4.6 nedan.)

[31] Jfr t.ex. den senare utdelningssituationen i SvJT 1993 s. 577. Men se i sammanhanget Lindskog, JFK 12:3-4.6 not 42 (s. 77) och härom not 17 ovan.

[32] Men se JFK 12:3-4.6 (s. 76f), där risken för majoritetsmissbruk uppmärksammas. Jfr ock JFK 12:2-5.3.2 (s. 52).

[33] Det kan ifrågasättas, om inte spörsmålet är ett av det mest omdebatterade i svensk civilrättsdoktrin på senare år.

Problemet brukar i litteraturen behandlas som en frågeställning, vilken endast aktualiseras vid tillämpningen av 12:2 ABL. Detta torde emellertid inte vara riktigt. Jag vill mena att frågan till vilket värde bolaget skall anses ha avhänt sig egendom i princip är av intresse *vid tillämpningen av samtliga bestämmelser* (om utbetalningar) *i ABL uppställda i tredje mans intresse*.[34] Av t.ex. 6:8 1 st. 1 meningen ABL följer att i aktiebolag, vars aktiekapital utan ändring av bolagsordningen kan bestämmas till ett lägre eller högre belopp, kan i bolagsordningen intagas förbehåll om att aktiekapitalet kan nedsättas genom inlösen av aktier, dock ej under minimikapitalet (full täckning måste finnas för detta).[35] Mig veterligen finns det inte något som hindrar att en sådan inlösen sker med sakvärden i stället för pengar.[36] Från den tidpunkt aktieägarna är borgenärer vad angår inlösningsbeloppet – dvs. när nedsättningen har registrerats[37] – torde det i varje fall inte existera några hinder mot att bolaget i egenskap av gäldenär och med borgenärens samtycke väljer att infria fordringen inte med pengar utan med ett sakvärde (jfr föregående avsnitt).

Frågan till vilket värde bolagets prestation skall värderas med avseende på bestämmelser uppställda i tredje mans intresse är dock *främst* relevant vid tillämpningen av 12:2 ABL avseende storleken på det utdelningsbara beloppet. Beroende på vilken värderingsmetod man väljer att tillämpa kan resultatet antingen bli ovillkorlig återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL eller en fullt lovlig utbetalning.

> Antag att aktieägarna X och Y på den ordinarie bolagsstämman i Grönsaken AB fattar beslut om att dela ut två bolaget tillhöriga fastigheter till var och en av dem. Fastigheterna har var för sig ett marknadsvärde om 10 milj kr, är bokförda till 2 milj kr och anskaffades en gång i tiden för 5 milj kr. Antag vidare att aktiebolaget disponerar över utdelningsbart fritt eget kapital om 11 milj kr enligt 12:2 ABL (fritt eget kapital enligt 1 st. och utdelningsbart enligt försiktighetsregeln i 2 st. 1 meningen). Vilket av nämnda värden är det som skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL?
>
> Skall det bokförda värdet – nettometoden – av egendomen användas medför utbetalningen, att det utdelningsbara fria egna kapitalet endast skall anses ha minskat med (2+2) 4 milj kr. Aktieägarna X och Y äger i princip fatta beslut om ytterligare vinstutdelning med ett belopp om 7 milj kr.

[34] Frågan torde inte bli aktuell ur tredjemansskyddssynpunkt vid utbetalning (utskiftning) i samband med likvidation. Däremot måste man respektera skyddet för aktieägarna.

[35] Se därtill 6:1 2 st. och 6:9 ABL.

[36] Se ock utlåtande, s. 10f, av Lindskog (citerat som Lindskog, Utlåtande) i den av Hovrätten över Skåne och Blekinge meddelade domen 1994-03-24 DT 1049 (T 93/92), vilken har överklagats till HD. Se nedan om utlåtandet avsnitt 7.4.3.2.3 och 12.3.2.1 samt om hovrättsavgörandet avsnitt 7.4.3.2.6.

[37] SOU 1971:15 s. 200 och prop. 1975:103 s. 365.

Förhåller det sig däremot på så vis att egendomens anskaffningsvärde (anskaffningsvärdemetoden) skall komma till användning, blir konsekvensen av utbetalningen, att det utdelningsbara beloppet anses ha minskat med (5+5) 10 milj kr. Aktieägarna X och Y äger fatta beslut om ytterligare vinstutdelning med ett belopp om 1 milj kr.

Med användning av marknadsvärdet – bruttometoden eller marknadsvärdemetoden – blir konsekvenserna betydligt allvarligare för aktieägarna. Grönsaken AB disponerade över utdelningsbart fritt eget kapital om 11 milj kr. Fastigheterna hade ett marknadsvärde om 20 milj kr. Aktieägarna X och Y har i princip disponerat över 9 milj kr mer än vad som fanns tillgängligt. Var och en av dem är i princip återbäringsskyldig med ett belopp om 4,5 milj kr (se dock godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL och härom kapitel 13 nedan).[38]

Även om förevarande kapitel rör *öppna utbetalningar* är problematiken avseende värdering av sakvärden vid tillämpningen av bestämmelser i ABL *generell* till sin natur. Vid *förtäckta utbetalningar*, dvs. vederlagsfria förmögenhetsöverföringar som klätts i annan juridisk form, är på samma sätt ett centralt spörsmål hur bolagets prestation skall värderas, t.ex. vid tillämpningen av 12:2 ABL (såsom när ett bolag sålt en fastighet till bokfört värde och utdelningsbart fritt eget kapital saknas enligt nämnda lagrum).

Det är enligt min uppfattning nödvändigt att bestämma sig för en värderingsmetod vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i tredje mans intresse, som generellt kan användas vid såväl *öppna som förtäckta utbetalningar*. Trots att jag för övrigt i denna avdelning behandlar öppna och förtäckta utbetalningar som två separata kategorier, avser jag därför att i detta kapitel i ett sammanhang behandla frågan hur bolagets prestation skall värderas vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse. Jag återkommer i avsnitt 9.2 nedan till hur den generella värderingsprincip, som jag förordar, skall förstås vid förtäckta utbetalningar.

Jag har, som framgått, tidigare publicerat en artikel rörande nu nämnda spörsmål.[39] Förevarande undersökning innehåller i jämförelse med denna åtskilliga nyheter. Vilken värderingsmetod som bör användas vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i tredje mans intresse behandlar jag i följande avsnitt 7.4.3.2.2 till 7.4.3.2.7.

Det bör nämnas att sakvärdesproblematiken på seminarier och liknande även synes ha formulerats på följande vis: Är "dolda reserver" utdelningsbara enligt 12:2 ABL? En dylik problemformulering är enligt min mening

[38] Måhända är förfogandena ogiltiga i sin helhet. Se härom främst avsnitt 12.5.3.2 nedan.
[39] SvJT 1993 s. 566ff.

missvisande – åtminstone sådan den språkligt får förstås – såtillvida att vad som är utdelningsbart framgår direkt av 12:2 1 st. ABL och där nämns inte "dolda reserver" (förutom 12:2 1 st. måste naturligtvis försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen beaktas). För övrigt kan det sägas vara en allmän princip att dolda reserver inte är utdelningsbara (se NJA 1951 s. 6 I på s. 25 och II på s. 37; se avsnitt 5.2.1 ovan). Sakvärdesproblematiken bör i stället formuleras på följande vis: Vilket "utbetalningsvärde" skall jämföras med utdelningsbart belopp enligt 12:2 ABL (både 1 st. och 2 st. 1 meningen) och sedermera minska detta.

I litteraturen har problemet presenterats på litet olika vis. Många författare – och i synnerhet "nettometodister" – synes vilja dela in problematiken i tre frågeställningar: Utgör dispositionen en utbetalning (utdelning, förtäckt utdelning, kapitalanvändning etc.; marknadsvärdet är bestämmande vid värderingen av bolagets prestation), vilket värde skall jämföras med utdelningsbart belopp enligt 12:2 ABL (oavsett "utbetalningsvärdet") och hur stort är det utdelningsbara beloppet?

Jag vill mena att en problemformulering av berört slag inte minst är systematiskt oriktig, eftersom det generellt gäller att bestämma *hur bolagets prestation skall värderas vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2 ABL respektive bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse* (se om aktieägarskyddet avsnitt 7.4.5–7.4.6 nedan). Problemformuleringen bör därför vara dels hur bolagets prestation skall värderas som innefattande en förmögenhetsminskning för detta – *utbetalning från bolagets synpunkt sett* – vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse, dels hur bolagets prestation skall värderas som innefattande en förmögenhetsökning för aktieägaren – *utbetalning från aktieägarens synpunkt sett* – vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse.

Det anförda innebär att problematiken rörande brutto- och nettometoden *skall* kopplas samman med utbetalningsbegreppet (eller motsvarande begrepp såsom utdelning, förtäckt utdelning, kapitalanvändning etc.). Utbetalningsbegreppet kommer med detta synsätt att fylla en bestämd funktion vid tillämpningen av olika bestämmelser i ABL; detta torde också vara utgångspunkten för det s.k. utbetalningsförbudet i 12.1 1 st. ABL (jfr "Utbetalning till /.../"). Skulle sålunda *nettometoden* anses vara tillämplig i gällande rätt föreligger *i enlighet med denna (min) systematik* alltså inte någon aktiebolagsrättslig utbetalning vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2 även om det överförda sakvärdet har ett marknadsvärde som överstiger det bokförda värdet.[40] Härav följer emellertid inte att inte exakt samma disposition kan tänkas innefatta en aktiebolagsrättslig utbetalning vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse såsom 3:1. Spörsmålet huruvida brutto-

[40] Jfr Lindskog, JFK 12:2-4.1.1 not 17 (s. 36f), vilken delvis synes har förstått denna systematik efter det att hans replik publicerades i SvJT.

eller nettometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL är följaktligen en fråga som skall besvaras inom ramen för utbetalningsbegreppet men med utgångspunkt i (främst) det i 12:2 ABL avsedda tredjemansskyddet, särskilt borgenärsskyddet. Med denna systematik blir resultatet en funktionell överensstämmelse mellan, å ena sidan, utbetalningsbegreppet i ABL, och, å andra sidan, de bestämmelser i ABL där utbetalningsbegreppet är relevant jämte det i dessa bestämmelser åsyftade skyddet för tredje man respektive bolagets aktieägare.

För övrigt framstår en tredelad problemformulering av ovan nämnt slag i själva verket som logiskt motsägelsefull. Problemformuleringen bygger på antagandet att det vid prövningen av om en öppen eller förtäckt utbetalning (utdelning, förtäckt utdelning, kapitalanvändning etc.) föreligger är marknadsvärdet som är avgörande[41] medan en annan och separat fråga är vilket värde som skall jämföras med utdelningsbart belopp enligt 12:2 ABL.

Vad jag skulle vilja invända är att man genom den senare frågan företar värdet av den första. Utbetalningsbegreppet i 12:1 1 st. ABL fyller en speciell funktion vid tillämpningen av utbetalningsreglerna i ABL (detsamma bör vara fallet beträffande vilket annat begrepp som helst, t.ex. utdelning, förtäckt utdelning och kapitalanvändning[42]). Begreppets funktion är att "sätta igång" en tillämpning av bestämmelserna i ABL, t.ex. 12:2 och 12:5 ABL. Med den senare frågan kommer det emellertid att sakna betydelse – i varje fall vid tillämpningen av 12:2 ABL avseende utdelningsbart belopp och andra bestämmelser uppställda i tredje mans intresse – huruvida en viss rättshandling skall betraktas som en öppen eller förtäckt utbetalning. Det är inte "utbetalningens värde" utan "sakvärdets värde" som skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. Därmed uppkommer den egenheten att utbetalningsbegreppet så att säga blir "hängande i luften". Vad är det för mening med att beskriva något som en "utbetalning", om inte detta skall leda någonstans? Åtminstone till att "utbetalningens värde" blir bestämmande vid tillämpningen av 12:2 ABL på så sätt att nämnda värde skall jämföras med och avräknas från utdelningsbart belopp enligt 12:2 ABL. En motsatt syn på utbetalningsbegreppets funktion kan enligt min mening liknas vid att Banverket drar ett järnvägsspår vid sidan av centralstationen i Stockholm (måhända i trakterna av Enköping) i strid mot SJ:s beställning och utan dess vetskap.

Lindskog har, som tidigare nämnts, kritiserat mina i SvJT 1993 s. 566ff framförda åsikter avseende sakvärdesutbetalningar.[43] Enligt Lindskog har

[41] Se t.ex. Lindskog i SVJT 1993 s. 927 och Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 387.

[42] Detta är dock inte fallet i t.ex. Lindskogs framställningar. Se t.ex. JFK 12:2-4 (36ff) jämfört med JFK 12:2-5 (s. 47ff), särskilt 12:2-5.3 (s. 49ff).

[43] Därtill må nämnas Gometz, Balans 1994:6–7 s. 12f not 1, som påstår att vissa förespråkare för bruttometoden (såsom jag i SvJT 1993 s. 566ff) menar att om prissättningen vid en tillgångsöverlåtelse kan visas innebära förtäckt utdelning så är den också otillåten. Påståendet är vad beträffar nämnda artikel och min uppfattning befängt. Av ifrågavarande artikel framgår det med all önskvärd tydlighet för läsaren att så inte är fallet. Jfr ock not 46 nedan.

jag inte förstått att göra skillnad mellan på ena sidan frågan hur beloppsspärren skall tillämpas vid utdelning av sakvärden och på den andra sidan spörsmålet om huruvida en kapitalanvändningsdisposition – den må vara lovlig eller olovlig – föreligger.

Vad Lindskog således menar är att kärnfrågan angår *vinstutdelningens lovlighet*: Kräver beloppsspärren i 12:2 1 st. ABL[44] att vid utdelning av sakvärden marknadsvärdet skall ställas mot fribeloppet, trots att detta värde överstiger bokfört värde? Så långt är jag dock ense med Lindskog i fråga om problemformuleringen.[45] Jag kan följaktligen inte riktigt förstå vari kritiken består. Spörsmålet vid sakvärdesutbetalningar – vare sig de sker i öppen eller förtäckt form – är *vilket värde bolagets prestation skall åsättas vid tillämpningen av* (företrädesvis) *utbetalningsreglerna i ABL*. Med andra ord: Vilket värde är det som t.ex. skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL? För övrigt är vi oense, åtminstone beträffande utbetalningsbegreppets (eller motsvarande) funktion.[46] Enligt min mening är och förblir syftet med utbetalningsbegreppet – utdelning, förtäckt utdelning, kapitalanvändning etc. – att man med detta klassificerar en viss rättshandling som ett förfogande avseende ett visst belopp som regleras av ABL:s bestämmelser och som "sätter i gång" en tillämpning av dessa.

En konsekvens av Lindskogs systematik är att det saknar betydelse att en förtäckt utdelning – förtäckt utbetalning med min terminologi i förevarande

[44] Lindskog förbiser här försiktighetsregelns begränsande verkan på det utdelningsbara beloppet.

[45] Detta framgår i SvJT 1993 s. 566ff på s. 567ff av där angivna exempel.

[46] Gometz har i Balans 1994:6–7 s. 12f not 1 påstått att jag i SvJT 1993 SvJT s. 566ff menar att företrädare för nettometod bortsett från att ett pris under marknadsvärdet faktiskt innebär förtäckt utdelning. Något sådant påstår jag emellertid inte (jfr i sammanhanget Lindskog, JFK 12:2-4.1.1 not 17 s. [36 f]). Vad Gometz uppenbarligen inte har förstått är att mitt angreppssätt – arbetsmetod om man så vill – i min artikel är sådant att vad som innefattar "utdelning" eller "utbetalning" är styrande vid tillämpningen av 12:2 ABL, dvs. "utdelningsvärdet" eller "utbetalningsvärdet" skall jämföras med utdelningsbart belopp enligt 12:2 ABL. Sålunda fyller utbetalningsbegreppet (och utdelningsbegreppet i nämnda arbete), som framgått, en funktion vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse respektive bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse.

Mitt angreppssätt innebär att jag undersöker utbetalningsbegreppets innebörd med utgångspunkt i de ändamålsskäl som aktualiseras vid tillämpningen av utbetalningsregler uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2 ABL respektive bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse såsom 3:1 1 st. ABL, vilka kan tillämpas vid utbetalningar. Om ändamålsskäl talar för att ett sakvärde vid tillämpningen av 12:2 ABL skall åsättas det bokförda värdet, dvs. det bokförda värdet skall jämföras med utdelningsbart belopp, så skall en utbetalning anses föreligga med samma belopp och *inte* med ett högre belopp motsvarande marknadsvärdet av ifrågavarande tillgång. Motsvarande gäller vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse. Det anförda innebär även att "utbetalningsvärdet" vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse inte behöver vara detsamma som "utbetalningsvärdet" vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse. Se ovan och jfr därtill nedan.

arbete – t.ex. föreligger med 100000 kr (jfr NJA 1962 s. 461). Det är ändå inte detta belopp som skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL (t.ex. 101000 kr) utan något annat – enligt Lindskog i regel det bokförda värdet av sakvärdet (jfr ovan).

Enligt min mening kan det ifrågasättas, om inte en tredelad problemformulering av ovan angivet slag i och för sig har till syfte att verifiera nettometoden (svaret följer av frågan). Eftersom förespråkare för nettometoden mycket väl vet med sig att spörsmålet huruvida "utdelning" skall anses föreligga och värdet av denna skall bestämmas med utgångspunkt i marknadsvärdet måste man formulera om problemet (och begreppsbildningen) så att värdet av vad som "utdelas" inte nödvändigtvis behöver jämföras med utdelningsbart belopp enligt 12:2 ABL (vilket språkligt sett får betraktas som en självklarhet). Med utgångspunkt i det ovan givna exemplet rörande SJ:s beställning av ett järnvägsspår till centralstationen i Stockholm skulle man kanske kunna uttrycka saken som så, att Banverket sedermera, och mot SJ:s protester, invänder att SJ visst får ett järnvägsspår till Stockholm (via Enköping).

Det kan beträffande min problemformulering och begreppsbildning – till skillnad från t.ex. Lindskogs – vara värt att poängtera att bedömningen huruvida och i vilken omfattning en rättshandling innefattar en öppen eller förtäckt utbetalning *kan tänkas* gestalta sig olika i förhållande till bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse respektive bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse. Detta har jag försökt beakta i min artikel.[47] Jag återkommer i det följande till denna distinktion (se bl.a. nedan avsnitt 7.4.5 och 7.4.6 samt 9.2).

En författare som enligt min mening valt att angripa problemet på ett annorlunda vis är Nerep; i varje fall är detta mitt intryck av Nereps uppsatser och artiklar i frågan.[48] Med början i en mycket omfattande och ingående uppsats pläderar Nerep för en nettometod, som påminner om Lindskogs.[49] Frågan om brutto- eller nettometoden skall tillämpas besvarar han utifrån ett brett perspektiv. Argumentationen förs under beaktande av vad som gäller beträffande lovligheten (giltigheten) av förtäckt vinstutdelning (12:2 ABL); formerna för vinstutdelning (12:3 1 st. ABL); förskottsutdelning och koncernbidrag; en allmän diskussion om utdelning av sakvärden samt brutto- och nettometoden;[50] det för utdelning eller utbetalning tillgängliga beloppet och en avvägning av argumenten för bruttometoden respektive nettometoden. I ett avslutande avsnitt utvecklar Nerep sin egen syn på nettometoden.

Sammanfattningsvis menar Nerep att det beträffande *vad som är styrande*

[47] Se beträffande aktieägarskyddet SvJT 1993 s. 576ff och vad gäller tredjemansskyddet se a.a. s. 578ff.

[48] Se Svensk Skattetidning 1993 s. 353ff och senare (i huvudsak samma) bl.a. SvJT 1994 s. 553ff.

[49] Svensk Skattetidning 1993 s. 353ff.

[50] Nerep har utförliga hänvisningar; åtminstone en företrädare för bruttometoden – Per Thorell – berörs dock inte.

för beräkningen av utdelningsbart belopp finns följande tre alternativ (av mig ytterligare sammanfattat):[51]

1. Det första alternativet skulle i linje med tidigare rättspraxis vara att bestämmande för vad som är utdelningsbart vid utbetalningar under löpande räkenskapsåret i reguljära former än den senaste fastställda balansräkningen; det är genomgående fråga om principerna för någon form av efterutdelning. Bestämmande för vad som kan betalas ut från bolaget är uteslutande det som framgår av bolagets senast fastställda balansräkning i fråga om bundet eget kapital och för vinstutdelning disponibelt belopp. Nerep hävdar att förskottsutdelning eller koncernbidrag med sikte på genererade vinsten med detta betraktelsesätt inte utan vidare är möjliga, eftersom referensramen endast är den senaste fastställda balansräkningen. Detsamma skulle gälla förskottsutdelning i beaktande av förväntade vinster. Bruttometoden påstås förutsätta, att bestämmande för vilket belopp som totalt sett kan utdelas är det i den senast fastställda balansräkningen utdelningsbara beloppet (alternativ 1 A). Nettometoden förutsätter däremot att det avgörande är huruvida det bundna egna kapitalet i aktiebolaget är intakt eller inte från tid till annan (alternativ 1 B).

2. Om man i stället antar att bestämmande för tillåtligheten av en utbetalning är effekten av utbetalningen på den efterföljande balansräkningen, borde alla former av förtäckt utdelning, förskottsutdelning, koncernbidrag m.m. kunna ske under förutsättning, att det bundna egna kapitalet enligt den efterföljande balansräkningen är intakt. Skulle enligt detta synsätt en förtäckt utbetalning ha den balansmässiga effekten att det bundna egna kapitalet inte längre är intakt, är utbetalningen olovlig, i vart fall till den del den gör intrång på det bundna egna kapitalet.

3. Ett tredje alternativ är att fastställandet av utdelningsbart belopp skall ske med utgångspunkt från bolagets ställning vid utbetalningstillfället. Varje utbetalning skulle under sådana förhållanden fordra upprättande av ett bokslut vid tillfället för utbetalningen för att kontroll därigenom skulle kunna ske av utbetalningens effekt på balansräkningen vid utbetalningstillfället. Om utbetalningen på sådan grund inte inkräktar på det bundna egna kapitalet, skulle den således vara lovlig oberoende av den senast fastställda balansräkningens utbetalningsram och oberoende av att i en efterföljande balansräkning utrymmet för utbetalningar och utdelningar har minskat på grund av senare, efter utbetalningen, gjorda förluster. Resultatet av detta tredje alternativ sägs ligga mycket nära alternativ 1 ovan med en väsentlig skillnad: Saken är avhängig av om tillämpningen av alternativ 1 skall ske med hänsyn till huruvida det bundna egna kapitalet är intakt eller inte eller med utgångspunkt från det i den senast fastställda balansräkningen angivna utdelningsbara beloppet, dvs. alternativ 1 A. Skall alternativ 1 tolkas så, att det i den senast fastställda balansräkningen angivna beloppet för utdelning är den absolut beloppsmässiga gränsen för varje utbetalning, föreligger en

[51] Se Svensk Skattetidning 1993 s. 391f.

klar skillnad. Skall alternativ 1 tolkas så, att avgörande är om det bundna kapitalet är intakt eller inte, syns alternativ 1 och 3 i stort sett sammanfalla, dvs. alternativ 1 B.

Nerep konstaterar i det följande att vad som anförts om tre alternativa synsätt inte hindrar att dessa kombineras eller sammanjämkas till en helhetssyn enligt följande:[52] En utbetalning som inkräktar på bundet eget kapital enligt den senaste fastställda balansräkningen är olovlig och skall återbäras, men att återbäringsskyldigheten kanhända aldrig aktualiseras om det vid en efterföljande ordinarie bolagstämma befinns, att mellankommande vinster återställt det bundna egna kapitalet (villkorlig återbäringsskyldighet intill dess). I detta möster skulle förtäckta utdelningar, förskottsutdelningar, interimsutdelningar, anteciperade utdelningar och koncernbidrag kunna inpassas. En utbetalning som inte inkräktar på bundet eget kapital enligt den senaste fastställda balansräkningen, men på det bundna kapitalet enligt delårsbokslutet vid utbetalningstillfället, torde också vara olovlig, men även här kan återbäringsskyldigheten utsläckas, om en efterföljande balansräkning visar, att det bundna kapitalet återställts. Slutligen uppges en utbetalning vara lovlig om den inte inkräktar på bundet eget kapital enligt den senaste fastställda balansräkningen och ej heller på det bundna egna kapitalet vid utbetalningstillfället, varvid en tillämpning av försiktighetsregeln är ägnad att tillgodose, att hänsyn tas till förluster gjorda före utbetalningstillfället, och den är lovlig, oavsett efterföljande, eventuella oförutsedda förluster. Resonemanget förutsätter, att olovlighetens effekt, nämligen ogiltigheten, kan "läkas" på grund av efterkommande omständigheter, vilket inte uppges vara uteslutet: Har det bundna kapitalet väl återställts lider ju borgenärerna ingen skada.

Enligt Nerep kan helhetssynen inte upprätthållas om alternativ 1 A ovan ses som mest förenligt med gällande rätt. Detta alternativ utesluter i stort sett alla övriga synsätt, eftersom alternativet innebär, att utrymmet för utbetalningar är beloppsmässigt fixerat till utdelningsbart belopp enligt den senaste fastställda balansräkningen. Förtäckt utdelning, förskottsutdelning, koncernbidrag m.m. utöver det på så sätt maximerade beloppet utgör olovlig vinstutdelning oavsett tillståndet i en efterföljande balansräkning och oaktat att bolaget före utbetalningstillfället genererat betydande vinster. Vid ett sådant betraktelsesätt skulle det sakna betydelse om det vid fastställandet av en efterföljande balansräkning kunde konstateras, att det bundna egna kapitalet är intakt; någon "läkning" av "latent olovliga" utbetalningar skulle därvid inte kunna komma i fråga. Blott s.k. formenliga efterutbetalningar inom ramen för det fastställda beloppet är möjliga. Effekten av alternativ 1 A påstås vara, att maximalt utdelningsbart belopp totalt sett, oavsett hur många utbetalningar som sker och hur många extra bolagsstämmor som hålls för utdelningsbeslut, är det utdelningsbara beloppet enligt den senaste fastställda balansräkningen intill dess vid ordinarie bolagsstämma för det löpande räkenskapsåret ny balansräkning fastställts och där framgår att

[52] A.a. s. 392ff.

ytterligare medel är tillgängliga för utdelning. En efterföljande balansräkning skall heller inte påverka lovligheten av utbetalningen, ej heller giltigheten av ett koncernbidrag. Innebörden härav är att också koncernbidrag som utdelning är ogiltigt oberoende av vad den efterföljande balansräkningen ger utrymme för. Problemet med koncernbidraget (förskottsutdelningen, den förtäckta utdelningen etc.) enligt detta synsätt är ju inte att det gör intrång på det bundna egna kapitalet – vilket problem löses eller läks genom att bundet eget kapital är intakt i efterföljande balansräkningar – utan fastmer att den i den fastställda balansräkningen fixerade beloppsgränsen överskridits, vilken lagstridighet inte utan vidare kan bli föremål för "läkning" på samma grund. Ett rigoröst fasthållande vid alternativ 1 A medför också, att de formella reglerna i 12 kapitlet ABL angående vinstutdelning enligt fastställd balansräkning vid ordinarie bolagsstämma får relevans även från borgenärsskyddssynpunkt. I praktiken skulle dessa regler bli tvingande borgenärsskyddsregler. Varje utdelning måste – för undvikande av olovlighet och ogiltighet – ske i efterutdelningens form, med en redovisning av utdelningen så att det utdelningsbara beloppet minskas med utdelat belopp, etc.

I ett följande avsnitt om tillämplig metod presenterar Nerep de huvudsakliga argumenten för och emot bruttometoden respektive nettometoden.[53] Jag återkommer till dessa i avsnitt 7.4.3.2.3 nedan.

Nereps framställning innehåller många infallsvinklar. Den *analys* som presenteras avseende *problemet* om bruttometoden contra nettometoden, kan – vilket berörs av Nerep[54] – jämföras med vad som gäller i tysk rätt beträffande förtäckta utbetalningar m.m. enligt AktG respektive GmbHG. Regeln i 57 § 1 st. 1 meningen AktG ger uttryck åt ett *absolut förbud* mot utbetalningar, som inte står i överensstämmelse med bestämmelserna i AktG (jfr ock 58 § 5 st. AktG). Om en utbetalning i anledning av en beslutad vinstutdelning sker med annan egendom än kontanter skall bolagets prestation värderas till marknadsvärdet vid tillämpningen av bestämmelserna i AktG.[55] Rättsföljden vid olovliga utbetalningar är återbäringsskyldighet och ogiltighet. Rättsläget är ett annat i fråga om andelsbolag, där 30 § 1 st. GmbHG enbart ger uttryck åt principen om skyddet för *andelskapitalet* (lagstadgad reservfond saknas). Värdeöverföringar som sker i form av sakvärden skall värderas med utgångspunkt i marknadsvärdet. I litteraturen finns det dock ett betydande stöd för att nettometoden skall användas vid tillämpningen av 30 § 1 st. GmbHG så länge andelskapitalet är intakt (balansmässig effekt). Rättsföljderna vid överträdelse av 30 § 1 st. GmbHG är bl.a. återbäringsskyldighet enligt 31 § 1 st. GmbHG.

Det s.k. alternativ 1 A, som presenteras av Nerep, sägs i själva verket närma sig den lösning som utvecklats beträffande aktiebolag i tysk rätt.

[53] A.a. s. 399ff.

[54] Se a.a. s. 394f.

[55] Se härom avsnitt 6.3.2.1 ovan.

Alternativ 1 A – vilket påstås vara representativt för bruttometoden – innebär att bestämmande för vad som är utdelningsbart vid utbetalningar är det i den senaste fastställda balansräkningen utdelningsbara beloppet. Nerep hävdar att förtäckt utdelning, koncernbidrag m.m. utöver det på så sätt maximerade beloppet utgör olovlig vinstutdelning oavsett tillståndet i en efterföljande balansräkning. Enbart s.k. formenliga efterutdelningar inom ramen för det fastställda beloppet skulle vara möjliga.

För egen del anser jag att Nereps angreppssätt är både missvisande och vilseledande. *Bruttometoden* är ett tillvägagångssätt som innebär att marknadsvärdet är bestämmande för "utbetalningsvärdet" ("utdelningsvärdet") vid tillämpningen av 12:2 ABL, dvs. sakvärdets marknadsvärde skall jämföras med utdelningsbart belopp enligt 12.2 ABL och sedermera minska detta. *Denna metod har* i och för sig *inget att göra* med om *utbetalningen gestaltar sig som koncernbidrag, förskottsutdelning, förtäckt utdelning etc. Inte heller har formföreskrifterna i ABL detta* (t.ex. 12:3 1 st.). Mig veterligen finns det ingen bruttometodist som i svensk rätt vill upprätthålla utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL eller någon annan bestämmelse i ABL såsom 12:2 ABL på samma sätt som 57 § och 58 § 5 st. AktG.[56]

En grundläggande svaghet i Nereps analys är att bruttometoden beskrivs på ovan nämnt vis och att Nerep därmed vill få läsaren att tro att bruttometoden innebär något annat och mer än vad det är fråga om. 12:2 ABL anger storleken på det utdelningsbara fria egna kapitalet. Av 12:2 1 st. ABL följer att utdelningsbara medel är vad som i *fastställd balansräkning* för det senaste räkenskapsåret redovisas som nettovinsten för året, balanserad vinst och fria fonder med avdrag för bl.a. redovisad förlust och vad som skall avsättas till reservfonden (redan här föreligger en väsentlig skillnad gentemot 30 § 1 st. GmbHG). Ett annat sätt att beskriva denna regel är att hänvisa till *principen om skyddet för det bundna egna kapitalet*. Detta är dock enbart *ett uttryckssätt*, varigenom man i *allmänna och principiella ordalag sammanfattar bestämmelsens materiella innehåll. Principen* om skyddet för det bundna egna kapitalet *kompletteras av försiktighetsregeln i 12:2 2 st. ABL.*

Nerep synes däremot vilja upprätthålla en distinktion mellan det i den senaste fastställda balansräkningen utdelningsbara beloppet ("bruttometoden" eller alternativ 1 A; jfr 12:2 ABL) och att det bundna egna kapitalet är intakt eller inte från tid till annan ("nettometoden" eller alternativ 1 B; jfr 30 § 1 st. GmbHG och BGH i NJW 1988 s. 139). Vad Nerep följaktligen synes förbise är att principen om skyddet för det bundna egna kapitalet är ett

[56] Jfr i viss mån dock Danielsson, Aktiekapitalet s. 205ff och särskilt SvJT 1954 s. 571ff. Danielssons undersökning på området kan i viss mån kritiseras. Se t.ex. Nereps kritik i Svensk Skattetidning 1993 s. 383ff. Enligt min mening är Danielsson dock underskattad, eftersom han var den förste på området som mer ingående försökte lösa problemen. Och med "facit på hand" efter 1980-talets skalbolag och bolagsplundringar kan man undra om inte svensk rätt kanske borde ha tagit ett steg i riktning mot tysk rätt (i preventivt syfte). Danielsson anlägger sålunda ett mera strängt betraktelsesätt.

sätt att beskriva 12:2 1 st. ABL.[57] Se därtill om denna distinktion avsnitt 5.4.3.1 ovan och utförligt avsnitt 12.3.2.1 nedan.

Men även om Nerep principiellt sett betraktar principen om skyddet för det bundna egna kapitalet och regeln i 12:2 1 st. ABL som samma sak,[58] så upprätthåller han en distinktion såtillvida att alternativ 1 A måste avse *det i den senaste fastställda balansräkningen utdelningsbara beloppet* och alternativ 1 B innefattar ett krav på att det *bundna egna kapitalet är intakt från tid till annan.*

Nerep synes sålunda utgå från att bruttometoden, dvs. alternativ 1 A, måste innebära att utbetalningen skall jämföras med det utdelningsbara beloppet enligt den senaste balansräkningen. Men detta är Nereps "bruttometod" och inte min bruttometod.[59]

Ett spörsmål som Nerep i hög grad förbiser, och som är av avgörande betydelse vid tillämpningen av 12:2 ABL, *är vid vilken tidpunkt som bolaget företar utbetalningen.* (Jag bortser här från formenlig utbetalning av utdelning efter ett beslut på den ordinarie bolagsstämman om vinstutdelning.) Frågan vid vilken tidpunkt som bolaget företar utbetalningen är närmare bestämt bestämmande för om denna skall betraktas som *utbetalning av förskottsutdelning eller utbetalning av efterskottsutdelning.*[60] Vare sig en utbetalning sker i den ena eller andra formen – pengar, sakvärden, öppet, förtäckt eller som koncernbidrag – är tidpunkten för dispositionen avgörande för om utbetalningen skall jämföras med det utdelningsbara beloppet enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, dvs. det är fråga om utbetalning av sedvanlig utdelning eller s.k. efterskottsutdelning, eller om utbetalningen skall "motsvaras" av utdelningsbart fritt eget kapital enligt den balansräkning avseende det senaste räkenskapsåret som skall fastställas på den ordinarie bolagsstämman, dvs. det är fråga om s.k. förskottsutdelning (se om villkorlig återbäringsskyldighet i anledning av otillåten utbetalning av förskottsutdelning och "läkning" av denna nedan och utförligare avsnitt 12.3.2.3.3). (Se närmare om nämnda utdelningskategorier

[57] Vad beträffar ståndpunkten att man skall jämföra med det utdelningsbara beloppet enligt den senaste fastställda balansräkningen hänvisar Nerep till rättspraxis (s. 382); se NJA 1951 s. 6 I och II, 1976 s. 618, 1980 s. 311 och 1990 s. 343. I berörda mål torde detta dock enbart ha berott på att bolagen sedermera gick i konkurs.

[58] Framställningen är i denna del inte alldeles klar; se särskilt a.a. s. 356–359; s. 382 och s. 391 ff. På s. 382 anges dock att frågan ovan har "formulerats sålunda, huruvida allt inom ett aktiebolag är utdelningsbart, så länge det bundna egna kapitalet lämnas intakt, eller om endast det är utdelningsbart, som beloppsmässigt är täckt av utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning". Se ock s. 394. För egen del förstår jag Nerep som att han vill upprätthålla en distinktion av nämnt slag.

[59] Jfr i viss mån annorlunda Danielsson i Aktiekapitalet s. 205 ff och särskilt SvJT 1954 s. 571 ff.

[60] Varken s.k. interim utdelning eller s.k. anteciperad utdelning torde existera som utdelningskategorier enligt gällande rätt. Se närmare avsnitt 12.3.2.3.2 nedan. Nerep synes däremot anta att dessa existerar. Se ovan och särskilt Svensk Skattetidning 1993 s. 392. Se om koncernbidrag nedan avsnitt 12.3.2.4.

avsnitt 12.3.2.3 nedan.) Bruttometoden[61] innebär således att marknadsvärdet av sakvärdesutbetalningen antingen skall jämföras med utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret (utbetalning av sedvanlig utdelning eller efterskottsutdelning) eller skall "motsvaras" av utdelningsbart fritt eget kapital enligt den balansräkning avseende det senaste räkenskapsåret som skall fastställas på den kommande ordinarie bolagsstämman (utbetalning av förskottsutdelning; observera nämnda problem om återbäringsskyldigheten).[62]

Alternativ 1 B – "nettometoden" – synes bygga på antagandet att en utbetalning, som inkräktar på det bundna egna kapitalet enligt den senaste fastställda balansräkningen visserligen är olovlig och leder till återbäringsskyldighet, men att återbäringsskyldigheten inte aktualiseras om det vid en efterföljande ordinarie bolagsstämma konstateras, att mellankommande vinster återställt det bundna egna kapitalet. Nereps *tes* är närmare bestämt att olovlighetens effekt, nämligen ogiltigheten, kan "läkas" på grund av efterkommande omständigheter, vilket inte är uteslutet: Har det bundna egna kapitalet väl återställts, lider borgenärerna ingen skada. Möjligen grundar sig denna *tes* på ett rättsfall i tysk rätt rörande återbäringsskyldigheten enligt 31 § 1 st. GmbHG vid utbetalningar i strid mot 30 § 1 st. GmbHG (se BGH i NJW 1988 s. 139).[63] Återbäringsskyldigheten bortfaller så snart och såvitt senare uppkomna vinster eller annat återställt den genom utbetalningen uppkomna bristen i *andelskapitalet.*

Varför berörda *tes* skulle vara tillämplig enligt gällande rätt framgår emellertid inte. Det av Nerep framförda ändamålsskälet, att borgenärerna inte lider skada om det bundna egna kapitalet väl är återställt, är missvisande. Jag vill mena att tredje man såsom bolagets borgenärer har rätt att förutsätta att återbäringsskyldigheten, som utgör en förmögenhetstillgång (nota bene) för bolaget, vid otillåten utbetalning av utdelning i förskott[64] eller efterskott (i detta fall med större belopp än vad som är tillåtet enligt 12:2 ABL) består intill dess att aktieägarna på nästkommande ordinarie bolagsstämma eller mer informellt (samtliga) fattar beslut om vinstutdelning, som grundar sig på utdelningsbart fritt eget kapital av tillräcklig storlek enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret (12:2 ABL). I och med att aktieägarna på bolagsstämman eller mer informellt (samtliga) har fattat ett giltigt vinstutdelningsbeslut uppkommer en fordringsrätt för varje aktieägare och därmed torde det i allmänhet vara möjligt att "kvitta" fordrings-

[61] Motsvarande måste gälla beträffande nettometoden.

[62] Att det skulle vara möjligt att upprätta ett delårsbokslut och därigenom fastställa lagligheten av föreslagen förskottsutdelning är främmande för ABL; se "fastställd balansräkning" i 12:2 1 st. ABL och härom avsnitt 12.3.2.2 nedan. Jfr ock avsnitt 12.3.2.3.4 nedan beträffande delårsbokslut i annat avseende.

[63] Se avsnitt 11.3.5 nedan.

[64] Se om s.k. interim utdelning och s.k. anteciperad utdelning i not 60 ovan med vidare hänvisningar.

rätten mot bolagets återkrav avseende vad som olovligen utbetalats. Se allmänt om "läkning" vid otillåten utbetalning av vinstutdelning avsnitt 12.3.2.1.

Nerep hävdar att någon "läkning" av "latent olovliga" utbetalningar inte kan komma i fråga enligt alternativ 1 A. Alternativ 1 A är emellertid inte representativt för min bruttometod. Om läkning kan ske enligt nettometoden är detta också fallet enligt bruttometoden.[65]

Nerep utgår från att alternativ 1 A utesluter övriga synsätt, eftersom det innebär, att utrymmet för utbetalningar är beloppsmässigt fixerat till utdelningsbart belopp enligt den senaste fastställda balansräkningen och att lagstridigheten inte kan bli föremål för "läkning". Som jag redan har konstaterat innebär bruttometoden inte alternativ 1 A och sålunda inte heller att utrymmet för utbetalningen är fixerat till utdelningsbart belopp enligt den senaste fastställda balansräkningen (i prövningshänseende) eller att lagstridigheten inte kan bli föremål för läkning.

7.4.3.2.2 Bruttometod eller nettometod – alternativen och förtäckt utdelning på 1950-talet

Redan i en uppsats i SvJT på 1950-talet aktualiserade Erik Danielsson frågan om tillämpningen av utbetalningsförbudet i dåvarande 73 § 1 mom. 1944 års lag vid förtäckt utdelning.[66] I anledning av NJA 1951 s. 6 I och II, som rörde förhållandena i samband med aktiebolags konkurs, diskuterar Danielsson hur en förtäckt vinstutdelning skall fullföljas för att vara oåtkomlig för återbäringskrav i ett bolag, vars verksamhet fortsätter.[67] Med förtäckt vinstutdelning avses åtgärder, vilka inte redovisas som vinstutdelning men i realiteten innebär sådan.[68]

> Förtäckt vinstutdelning innefattar med Danielssons definition vad jag förstår som både öppen och förtäckt utbetalning av utdelning.[69]

Danielsson utgår från att tillgångarnas "verkliga värde", varmed måste förstås försäljningspris eller dylikt (marknadspris), skall användas.[70] Annorlunda uttryckt företrädde Danielsson bruttometoden.

> Om det skall vara någon mening med att låta en förtäckt vinstutdelning bli skyddad mot återbäringskrav, om och i den mån närmast förut fastställda balansräkning upptagit utdelningsbara vinstmedel, måste det enligt Danielsson fordras, att åtgärden genomföres så, att den inverkar på dessa vinstme-

[65] Rättsläget i tysk GmbH-rätt är härvidlag irrelevant. Jfr därtill art. 15 p. 1 (a) och (c) i det andra bolagsdirektivet.
[66] SvJT 1954 s. 571ff.
[67] A.a. s. 576.
[68] A.a. s. 575.
[69] Se ock exemplet på s. 576.
[70] A.a. s. 576f.

del. Den reella innebörden av vad som måste fordras i fråga om utdelningsåtgärdens redovisning är, att den närmast följande balansräkningen inte får visa bättre ställning än om vinstutdelningen hade skett öppet. Detta krav är automatiskt uppfyllt, om bolaget utan vederlag betalar ut kontanter, lämnar ut reverser på sig själv eller avstår säkra fordringar till deras nominella belopp, förutsatt att de är upptagna till detta i bolagets böcker, eller om bolaget annars utan vederlag avstår i böckerna till sitt verkliga värde upptagen egendom. Däremot är kravet inte uppfyllt, om bolaget företar en överföring av undervärderad egendom utan att låta det komma fram i redovisningen, att bolaget avhänts en dold reserv.[71] En lovlig förtäckt vinstutdelning genom överföring av undervärderad egendom synes enligt Danielsson endast kunna ske om den dolda reserven först tas fram i redovisningen. Ett avtal skulle få slutas om överlåtelse efter det verkliga värdet, och utdelningsåtgärden skulle bestå i att bolagets fordran enligt detta avtal helt eller delvis efterskänks. Den förtäckta utdelning som på nämnt vis skulle kunna göras lovlig skulle dock vara begränsad till den enligt närmast föregående balansräkning utdelningsbara vinsten. Om och i den utsträckning bolagets fordran mot aktieägaren inte kunde efterskänkas skulle den få kvarstå intill dess och i den utsträckning nästa balansräkning utvisar utdelningsbar vinst.[72]

Enligt Nial kunde man inte som Danielsson anta, att HD genom sina domar i NJA 1951 s. 6 I och II även besvarat frågan om förutsättningarna för en tillåten förtäckt utdelning som sker i den formen att bolaget till en aktieägare säljer tillgång för ett pris, som motsvarar det i balansräkningen upptagna värdet på tillgången men uppenbart ligger under dess verkliga *värde*.[73] En dylik transaktion medför ingen förändring i bolagets balansmässiga ställning, och om enligt den senaste fastställda balansräkningen (vilken förutsätts vara lagenlig) bolagets bundna egna kapital är i behåll, saknas anledning att av hänsyn till bolagets borgenärer bedöma transaktionen som olovlig utdelning (i varje fall om reservfonden är vederbörligen fylld). Den av Nial förespråkade modellen förstår jag som en nettometod.

7.4.3.2.3 Bruttometod (marknadsvärdemetod) eller nettometod i nutid?

Rodhe företrädde under en rad av år den uppfattningen, att den överförda tillgångens marknadsvärde är avgörande för bedömningen av om utbetal-

[71] A.a. s. 576.

[72] A.a. s. 577.

[73] SvJT 1955 s. 256f. Enligt Nial bygger alltså Danielsson sitt resonemang på NJA 1951 s. 6 I och II. Detta torde inte vara riktigt; jfr Danielsson i SvJT 1954 s. 576. Jfr dock Nerep, Svensk Skattetidning 1993 s. 383ff. Se för kritik av Danielsson förutom Nerep bl.a. Bomgren i SvJT 1955 s. 62ff med replik av Danielsson i SvJT 1955 s. 273ff. Bomgren kan förstås som den första företrädaren för anskaffningsvärdemetoden.

ningen är lovlig.[74] Frågan diskuterades i samband med förtäckt vinstutdelning. Det avgörande problemet vid förtäckt vinstutdelning, som t.ex. sker genom att aktieägare förvärvar bolaget tillhörig egendom till det bokförda värdet och som understiger marknadsvärdet (förtäckt utdelning motsvarande mellanskillnaden), är att bolagets bokförda nettobehållning inte minskar.[75] Transaktionen minskar inte automatiskt den i nästa balansräkning för utdelning tillgängliga vinsten.[76]

> "En korrekt tillämpning av aktiebolagslagens grundtanke kräver, att den dolda reserv, som försvunnit genom den förtäckta vinstutdelningen, i nästa balansräkning återskapas genom att någon annan tillgång nedskrives med motsvarande belopp. Om detta inte iakttages, kan samma vinst utdelas flera gånger."[77]

Rodhe:s marknadsvärdemetod torde vara tillämplig inte bara vid förtäckt vinstutdelning. Bruttometoden måste rimligtvis också tillämpas då ett bolag öppet överför sakvärden på aktieägare. I litteraturen har man också uppfattat den som generellt tillämplig.[78]

Med en artikel i Balans 1981 (1981:8 s. 26ff) av Harry Margulies och Carl Martin Roos kom en omsvängning i doktrinen. (Författarna berör inte debatten under 1950-talet och NJA 1962 s. 461 nedan.) Margulies–Roos framförde en rad betänkligheter mot Rodhes bruttometod. I valet mellan att använda sig av tillgångens marknadsvärde (bruttometoden) och bokfört värde (nettometoden) konstaterar Margulies–Roos att varken lag eller förarbeten ger någon vägledning. En möjlighet är då att hävda lagens regler om utdelningsbegränsningar bör tillämpas så att de omfattar hela utdelningsobjektets värde och inte bara det redovisade värdet av det utdelade. Häremot kan det invändas att en annan och grundläggande princip bakom borgenärsskyddet i ABL är att balansräkningen ligger till grund för borgenärsskyddet (utdelningsbart belopp bestäms av fastställd balansräkning – min anmärkning).[79]

> Margulies–Roos menar att det med tanke på Sueciamålet möjligen kan hävdas, att nettometoden har ett starkare stöd i ABL.[80] I NJA 1951 s. 6 I och II hänvisar HD:s majoritet till att uttag av tillgångar, som omfattar mer än

[74] Se senast i 12 uppl 1985 av Aktiebolagsrätt s. 103. Se härtill bl.a. Sandström, Balans 1982:2 s. 25ff och Blomberg, Balans 1992:8–9 s. 20 samt Sacklén, SvJT 1994 s. 175ff och särskilt JT 1994–95 s. 79ff. Samtliga förespråkar bruttometoden.

[75] 12 uppl av Aktiebolagsrätt s. 103.

[76] A.st.

[77] A.st.

[78] Margulies–Roos i Balans 1981:8 s. 27.

[79] A.a. s. 31f.

[80] Jfr a.a. s. 32.

utdelningsbart belopp, skulle anses som "otillåten vinstutdelning". Återbäringsskyldighet förelåg "oavsett att samtliga aktieägare samtyckt till åtgärderna (i mål II "åtgärden") och oavsett att (Suecias respektive Elegants) kvarvarande tillgångar må på grund av dolda reserver eller annorledes hava täckt dess dåvarande skulder, inberäknat de bundna fonderna".[81]

Något stöd för nettometoden är NJA 1951 s. 6 I och II enligt mitt förmenande inte.[82] Vad HD:s majoritet åsyftar med nämnda uttalande är att man skall utgå från storleken på *det utdelningsbara beloppet* enligt den fastställda balansräkningen.[83] Det saknar härvidlag betydelse att bolagets tillgångar i balansräkningen är upptagna till värden som understiger de verkliga värdena och att det sålunda finns dolda reserver. Dolda reserver som – om de fick påverka balansräkningen – skulle höja värdet av bolagets tillgångar och därför även storleken på det fria egna kapitalet.

Det utdelningsbara beloppet måste noggrant skiljas från den förmögenhetsdisposition varigenom aktieägarna mottar tillgångar från bolaget. Att dolda reserver och dylikt inte skall beaktas vid beräkningen av det utdelningsbara beloppet har inget att göra med själva utbetalningen – förmögenhetsdispositionen. Förmögenhetsdispositionen skall värderas för sig och därefter jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL.

Eftersom varken regeln om vinstutdelning[84] eller dess förarbeten[85] ger

[81] Referatet s. 25 och s. 37.

[82] Samma Lindskog JFK 12:2-5.3.1 not 95 (s. 51). Se ock Andersson, SvJT 1993 s. 570.

[83] Jfr annorlunda underrätterna i båda avgörandena. Jfr t.ex. rådhusrätten i Sueciamålet på s. 18f.

[84] Jfr dock ovan avsnitt 7.4.3.2.1 och t.ex. Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 399. Nerep framhåller att bruttometoden står, i vart fall vid ytligt betraktande, i bättre överensstämmelse med ordalydelsen i vinstutdelningsstadgandet i 12:2 ABL.

[85] Jfr dock det av Nerep i Svensk Skattetidning s. 558f berörda uttalandet i SOU 1971:15 s. 323 (nedan), vilket kan tyckas vara ett stöd – om än svagt – för nettometoden (jfr ock Lindskog, JFK 12:2-5.3.1 not 94 [s. 50f]. För egen del har jag svårt att tillmäta berörda uttalande, som rör aktiebolagsutredningens förslag till 12:7 ABL och i denna del aldrig ledde till lagstiftning, något värde för frågan om nettometoden eller bruttometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL. Uttalandet lyder på följande vis: "Huruvida lånen och säkerheterna håller sig inom den tillåtna ramen skall bedömas på grundval av fastställd balansräkning för nästföregående räkenskapsår. Om denna visar att det fria egna kapitalet – minskat med vad som utdelats eller skall utdelas på grund av bolagsstämmans beslut – täcker alla lån och säkerheter av ifrågavarande slag, inklusive det lån eller den säkerhet varom det är fråga, kan alltså lånet eller säkerheten lämnas. Om säkerheten ej är en borgensförbindelse utan fastighetsinteckning, värdepapper eller dylikt, blir vid denna beräkning egendomens värde enligt balansräkningen i första hand avgörande. Om detta värde överstiger den skuld för vilken säkerheten ställts, torde dock endast skuldens belopp behöva ingå i beräkningen, eftersom säkerheten ej kan sägas vara ställd för högre belopp."

Gentemot den som ändå vill tillmäta berörda uttalande betydelse kan åberopas andra uttalanden i förarbetena till ABL. Se t.ex. prop. 1975:103 s. 485f (citerat i avsnitt 12.5.3.3 nedan och vad som sägs om att motsvarande gäller om aktieägare köper vara "för underpris från bolaget") och härom Löfgren, Personligt ansvar s. 74. Jfr liknande i SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 475.

någon vägledning i valet mellan nettometoden och bruttometoden och inte heller lagens grundprinciper eller anslutande lagregler ger något klart besked, gäller det till sist att enligt vedertagen juridisk metod fastställa vilken av de båda beräkningssätten som är mest ändamålsenlig. Bruttometoden har enligt Margulies–Roos tekniska ofullkomligheter, som leder till egendomligheter i tillämpningen. Dessa uppges bero på att bruttometoden inte tar hänsyn till att dolda reserver avspeglas i orealiserade vinster på balansräkningens passivsida, vilka realiseras i och med utdelningen. Nettometoden tar hänsyn till dessa redovisningsmässiga egenskaper hos de dolda reserverna. Sammantaget menar Margulies–Roos att nettometoden är den enklaste och mest ändamålsenliga att tillämpa.[86]

I litteraturen har den av Margulies–Roos företrädda nettometoden vunnit ganska bred anslutning.[87] Ett nyanserat exempel på denna, som samtidigt speglar rättsutvecklingen på senare år, företräds av Lindskog.[88] Lindskog grundar sin undersökning på ett eget begrepp, närmare bestämt minimalt bundet eget kapital. Med minimalt bundet eget kapital – i det följande förkortat som MBK – avses bevarande av i balansräkningen redovisat bundet eget kapital jämte fylld reservfond (normalt 20% av aktiekapitalet).[89] Det borgenärsskydd som ligger i beloppsspärren i 12:2 1 st. ABL tar sikte på det redovisade kapitalet och skall alltid anses tillgodosett så länge bolaget har ett intakt MBK.[90] Lindskog argumenterar därefter på följande vis:

(1) Om bolaget försäljer egendom till underpris, och skillnaden mellan marknadsvärdet och priset inte ryms inom utdelningsbart belopp, kan dispositionen inte anses stå i strid mot borgenärsskyddssyftet, om det i den *efterföljande balansräkningen* kan konstateras, att bolaget har ett intakt MBK.[91] Genom att bolaget har ett konstaterat bevarat intakt MBK har borgenärsskyddsintressena tillgodosetts. Formerna för hur dolda reserver lämnar bolaget än inte en borgenärs-

[86] Balans 1981:8 s. 33.

[87] Se t.ex. Gometz, Balans 1994:6–7 s. 12ff (valet mellan brutto- och nettometoden som en "teaterpjäs"); Gometz–Huldén, Balans 1992:12 s. 35ff; Pehrson, JT 1992–93 s. 970f och Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 30 och s. 102 (men se 2 upplagan 1990 av samma arbete där Posselius–Grosskopf på s. 23 till synes företräder nettometoden i Margulies–Roos version och Gometz–Huldén på s. 65 synes ha stannat vid den s.k. anskaffningsvärdemetoden). Jfr ock Löfgren, Personligt ansvar s. 70ff ("mest ändamålsenlig" på s. 73).

[88] JT 1992–93 s. 86ff och senare JFK 12:2-5.3 (s. 49ff). Se härtill Leffler i JT 1992–93 s. 739ff.

[89] JT 1992–93 s. 90f.

[90] A.a. s. 91.

[91] A.a. s. 91f.

fråga utan en aktieägarfråga.[92] I förevarande fall bör överlåtelse till bokfört värde lämpligen ske som räkenskapsårets sista disposition, vilken godkänns på den efterföljande ordinarie bolagsstämman sedan det konstaterats att den på stämman fastställda balansräkningen har ett intakt MBK.[93]

(2) En mer kritisk fråga sägs vara om en försäljning av bolaget tillhörig egendom till underpris, där skillnaden mellan marknadsvärde och köpeskilling ej ryms inom utdelningsbart belopp, under vissa förutsättningar kan anses vara förenlig med beloppsspärren i 12:2 ABL *redan vid dispositionstillfället*, dvs. helt *oberoende av innehållet i den efterföljande balansräkningen*.[94] Lindskog skiljer mellan följande två fall:

(a) Om bolagets MBK enligt den styrande balansräkningen (dvs. den fastställda balansräkningen för det senaste räkenskapsåret) inte är intakt, måste varje disposition som innefattar kapitalanvändning (utbetalning) betraktas som olovlig oberoende av den balansmässiga effekten av dispositionen. En kapitalanvändning skulle stå i strid mot beloppsspärrens funktion att av årsvinsten binda kapital intill dess ett behållet MBK uppnåtts. I detta fall skulle alltså en överlåtelse av egendom till bokfört värde understigande marknadsvärdet stå i strid mot det skyddssyfte som uppbär beloppsspärren i 12:2 ABL, om bolaget inte har ett behållet MBK när dispositionen vidtas.[95] Annorlunda uttryckt skall en slags "bruttometod" tillämpas om bolaget saknar ett intakt bundet eget kapital enligt den senast fastställda (och fortfarande aktuella) balansräkningen och reservfonden inte är vederbörligen fylld.[96]

(b) Om bolaget enligt den styrande balansräkningen har ett intakt MBK är den första frågan om dispositionen, med hänsyn tagen till alla balansmässiga effekter innefattande eventuell skattebelastning, innebär en ökning eller minskning av bolagets redovisade egna kapital. Eftersom det endast är *redovisat MBK* (där dolda reserver saknar betydelse) som skall skyddas enligt 12:2 ABL, bör endast *dispositionens redovisade balansmässiga effekt* beaktas (kapitalanvändningens redovisningsvärde). Det kapital-

[92] A.a. s. 92.

[93] A.a. s. 92 not 36.

[94] A.a. s. 92f.

[95] A.a. s. 93.

[96] Vid *formenlig* vinstutdelning gäller att aktiekapitalet är intakt och att den tioprocentiga avsättningen till reservfonden sker. Se Lindskog, JT 1992–93 s. 91 not 35 och härom Nerep, Svensk skattetidning 1992 s. 408 samt åter Lindskog, JFK 12:2-6.3 not 119 (s. 57). Se ock not 98 nedan.

skyddssyfte som uppbär beloppsspärren skall anses tillgodosett så länge dispositionen inte får en balansmässig effekt som inverkar på det bundna egna kapitalet. Skulle dispositionen innebära en minskning av det egna kapitalet, som ryms inom utdelningsbart belopp, är den lovlig. Dispositionen är likaså lovlig om den innebär en ökning av kapitalet (dvs. att den ger ett positivt bidrag med avseende på årsresultatet).[97]

Lindskog framhåller att det kan diskuteras huruvida det verkligen skall krävas att reservfonden uppgår till den maximala tvångsnivån, dvs. 20% av aktiekapitalet (12:4 1 st. p. 1 ABL). Om aktiekapitalet är intakt borde det vara tillräckligt att föreskriven avsättning till reservfonden sker under det räkenskapsår som dispositionen genomförs. Emellertid måste kompetensfrågan bedömas med utgångspunkt i läget vid beslutstillfället och då vet man inte om tillräcklig avsättning kommer att ske. Det skulle vidare kunna tänkas att om resultatet under det innevarande räkenskapsåret är positivt sålunda, att ett periodbokslut har visat att det egna kapitalet var så stort att bolagets MBK var intakt, dispositionen skulle kunna tillåtas. Med hänsyn till bl.a. att det kan vara svårt att i efterhand rekonstruera situationer så att ett periodbokslut med någorlunda grad av säkerhet kan fastställas synes dock mest ändamålsenligt, att utgå från att den senaste fastställda balansräkningen är helt styrande i aktuellt hänseende. Om bolagets MBK ej är intakt, bör således varje kapitalanvändning anses olovlig (utom i det speciella fallet att bolaget oaktat att dess MBK ej är intakt har utdelningsbara vinstmedel och hela det bolaget frånhända värdet ryms inom detta).[98]

Enligt Lindskog skall tydligen frågan huruvida en disposition är tillåten eller ej enligt 12:2 ABL besvaras med utgångspunkt i en slags *efterprövning*. Det kritiska spörsmålet skulle sålunda vara *huruvida den tilltänkta vinstutdelningen, om den genomförs, kommer att konsumera fribeloppet.* Denna fråga får besvaras genom att den styrande balansräkningen korrigeras med redovisningseffekten av den tilltänkta vinstutdelningen. Skulle efter en sådan korrigering någon del av fribeloppet återstå måste slutsatsen – enligt Lindskog – bli, att vinstutdelningen inte överstiger fribeloppet. Det anförda kan illustreras med ett exempel, där ett bolag överlåter en fastighet värd 200 men säljer denna för 100. Försäljningen skulle med T-konton se ut på följande vis:[99]

[97] JT 1992–93 s. 93.

[98] Se Lindskog JT 1992–93 s. 95 och jfr senare JFK 12:2-6 (s. 55ff) beträffande kapitalanvändning som innebär vinsteliminering. Vad som berörs i texten ovan har kommenterats av Nerep i Svensk skattetidning 1993 s. 388ff och s. 407f. Se dock åter Lindskog i bl.a. JFK 12:2-6.3 not 119 (s. 57).

[99] Exemplet är hämtat från Lindskog, Utlåtande s. 8.

Den styrande balansräkningen

Fastighet	100	Skulder	20
		AK	50
		RF	10
		Fribelopp	20
Summa	100		100

Den styrande balansräkningen efter korrigering av redovisningseffekterna

kassa	100	skulder	20
		AK	50
		RF	10
		Fribelopp	20
Summa	100		100

Ovanstående illustration påstås visa följande: Om efterprövning är tillåten leder det till att kapitalanvändningsvärdet alltid skall bestämmas till utdelningens effekt på balansräkningen, dvs. efter nettoprincipen.[100]

> Sålunda gäller att en efterprövning skall – förutsatt den är tillåten – göras på grundval av *den styrande balansräkningen med korrigering endast för dispositionens redovisningsmässiga effekter.* Efterprövning skulle innebära upprättande av en "särskild balansräkning", som inte får blandas samman med en efterföljande av bolagsstämman fastställd balansräkning. En helt annan sak uppges vara att om en efterföljande av bolagsstämman fastställd balansräkning utvisar full täckning för de bundna posterna (inklusive en reservfond som uppgår till minst 20% av aktiekapitalet) bolagsstämman vid fastställandet av den balansräkningen bör kunna *läka en under året företagen olovlig kapitalanvändning.*[101]

Sammanfattningsvis menar Lindskog, att om bolaget enligt den styrande balansräkningen har ett behållet MBK är en disposition som innebär en kapitalanvändning lovlig, om den redovisningsmässiga balanseffekten av dispositionen (dvs. redovisningsvärdet) ryms inom det utdelningsbara beloppet. Om det inte finns ett behållet MBK är dispositionen olovlig.[102]

> Det bör redan här poängteras att Lindskog (liksom flera andra författare) utan någon närmare motivering *synes anta* att oavsett om brutto- eller nettometoden är tillämplig så skall blott det bokförda värdet av en tillgång, som avhänds ett bolag som en sakvärdesutbetalning (öppet eller förtäckt), avföras ur redovisningen och sålunda minska värdet av balansräkningens aktiv-

[100] Lindskog, Utlåtande s. 8.
[101] Lindskog, Utlåtande s. 9 och jfr JFK 12:2-5.3.1 not 95 (s. 51).
[102] JT 1992–93 s. 95.

sida. Likaså utgår Lindskog från att det endast är det bokförda värdet som skall reducera utdelningsbart fritt eget kapital på balansräkningens passivsida. Båda antagandena kan dock ifrågasättas. Åtminstone gäller om bruttometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL att också marknadsvärdet måste reducera utdelningsbart fritt eget kapital på balansräkningens passivsida. En helt annan sak är att denna princip i och för sig kan tänkas kollidera med redovisningstekniska principer. Se härom avsnitt 12.3.2.1 nedan (finstilta partiet mot slutet). Vad gäller Lindskogs påstående om att en efterprövning är möjlig, är detta enligt min mening felaktigt. Se härom också avsnitt 12.3.2.1 nedan.

En nyanserad variant av nettometoden företräds likaså av Nerep.[103] (Se beträffande Nereps angreppssätt ovan avsnitt 7.4.3.2.1.) Nettometoden kräver enligt Nerep, att en vederlagsfri utbetalning inte får medföra, att ett aktiebolags bundna kapital enligt den senaste fastställda balansräkningen reduceras. Principen om det bundna egna kapitalets okränkbarhet sägs förutsätta att skattekostnader beaktas. Vad beträffar beräkningen av underlaget för avsättning till reservfond enligt 12:4 ABL i samband med upprättande av resultaträkning respektive balansräkning för *innevarande räkenskapsår*[104] poängterar Nerep, att bruttovinsten måste ökas med vad som kan ha tillerkänts styrelseledamot, verkställande direktör eller annan som tantiem. Syftet med denna bestämmelse om tantiem sägs vara att förhindra kringgående, vilket rimligtvis bör innebära, att alla vederlagsfria utbetalningar som påverkar underlaget för beräkningen av avsättningen jämställs med tantiem. Till sådana vederlagsfria utbetalningar får med all säkerhet räknas koncernbidraget. Vidare anförs att reservfondsavsättningsregeln skall vara tillämplig vid förtäckt vinstutdelning. Om t.ex. ett dotterbolag till moderbolaget strax före räkenskapsårets utgång säljer en tillgång för en köpeskilling under det bokförda värdet (antas understiga marknadsvärdet) får det antas, att den vinst som på så sätt delas ut till moderbolaget måste innefattas i dotterbolagets underlag för beräkning av avsättningen. Vad som bör tillföras underlaget för beräk-

[103] Se främst Svensk skattetidning 1993 s. 353ff, som i viss mån har blivit kommenterat av Bomgren, JT 1993–94 s. 868ff och Boström, Balans 1994:3 s. 37ff med replik av Nerep, Balans 1994:4 s. 40ff och återigen Boström respektive Nerep, Balans 1994:6–7 s. 48ff respektive 50ff. Särskilt bör nämnas att Nereps argument för bruttometoden i stort sett har bemötts av Sacklén i SvJT 1994 s. 169 not 96 och s. 171ff samt i en replik av Sacklén till Nerep i SvJT 1994 s. 727ff. Jfr ock JT 1994–95 s. 79ff. Sackléns synpunkter har kommenterats av Nerep, SvJT 1994 s. 553ff, där Nerep upprepar sitt angreppssätt. Förutom nu nämnda arbeten bör nämnas att Nerep även återger sin ståndpunkt i JT 1993–94 s. 641ff, särskilt s. 646ff.

[104] Se Svensk Skattetidning 1993 s. 407.

ningen av avsättning till reservfonden (dvs. nettovinsten för året) är den orealiserade vinst som delas ut i förtäckt form.[105]

Nerep diskuterar härefter vad som gäller beträffande den förtäckta vinstutdelningens (i form av överföring till bokfört värde) relation till den senast fastställda balansräkningen. Det anges att man vid förtäckt vinstutdelning *fiktivt* skall öka vinsten för året med det vederlagsfria inslaget i dispositionen, dvs. skillnaden mellan marknadsvärdet och bokfört värde, och göra avsättning till reservfonden med 10% av den sammanlagda och sålunda framräknade fiktiva vinsten. Nerep ansluter sig emellertid inte till en uppfattning som Lindskog (oriktigt)[106] påstås företräda, nämligen att det krävs att reservfonden är fullständigt fylld (20% av aktiekapitalet).[107]

Sammanfattningsvis kan Nerep sägas företräda en slags "bruttometod" när det bundna egna kapitalet inte är intakt (därtill kommer nämnda avsättningsskyldighet). Vid öppen eller förtäckt utdelning av sakvärden skall denna brist täckas (för detta ändamål vill Nerep använda återbäringsskyldigheten). För övrigt är en renodlad nettometod tillämplig.[108]

> Nerep presenterar i ett särskilt avsnitt de enligt hans mening huvudsakliga argumenten för och emot bruttometoden respektive nettometoden.[109] Jag avser inte att i förevarande upprepa dessa utan läsaren hänvisas till Nereps framställning. Med hänsyn till att jag är kritisk till Nereps angreppssätt har jag dock valt att i det följande kommentera flertalet av argumenten (jfr ock ovan avsnitt 7.4.3.2.1).
>
> Mot bruttometoden och alternativ 1 A (se om detta avsnitt 7.4.3.2.1 ovan), och följaktligen för nettometoden och övriga alternativ, talar enligt Nerep bl.a. följande (se beträffande argument 3 avsnitt 7.4.3.2.5 not 144 och argument 7 och 9 avsnitt 7.4.3.2.7):[110]
>
> 1. Ordalydelsen i 12:2 ABL sägs inte utesluta en tillämpning av nettometoden. En tolkning av lagtexten i enlighet med bruttometoden kan inte förenas med ABL och stadgandets förarbeten. Syftet med ABL:s borgenärsskyddregler är att skydda aktiebolagets bundna egna kapital. Inte i något sammanhang anges, att 12:2 ABL skall tolkas i enlighet med de krav som bruttometoden och alternativ 1 A ställer.
>
> För egen del är jag av samma uppfattning som Nerep såtillvida att 12:2 ABL vad avser bestämmelsen i 1 st. ger uttryck för principen om skyddet

[105] A.a. s. 404ff.
[106] Se bl.a. Lindskog, JFK 12:2-6.3 not 119 (s. 57).
[107] Svensk Skattetidning 1993 s. 407f.
[108] Se härom Svensk Skattetidning 1993 s. 408f.
[109] Se a.a. s. 399ff och senare JT 1993–94 s. 646ff.
[110] Se a.a. s. 399ff och senare JT 1993–94 s. 646ff.

för det bundna egna kapitalet (blott fritt eget kapital får tas i anspråk).[111] Bruttometoden innebär att marknadsvärdet av värdeöverföringen skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL i sin helhet (och alltså inklusive vad som inte kan tas i anspråk enligt försiktighetsregeln i 2 st. 1 meningen). Bruttometoden har emellertid inget med alternativ 1 A att göra. Se avsnitt 7.4.3.2.1 ovan.

2. I den aktiebolagsrättsliga litteraturen har flertalet författare ständigt gjort gällande att syftet med borgenärsskyddsreglerna ifråga är att skydda aktiebolagets bundna egna kapital. Så länge det bundna egna kapitalet är intakt, har borgenärernas intresse tillvaratagits. Något ytterligare anspråk på skydd i enlighet med alternativ 1 A kan därmed inte borgenärerna ha.

Vad angår borgenärsskyddsreglerna och principen om skyddet för det bundna egna kapitalet råder mer eller mindre enighet mellan mig och Nerep. Bruttometoden har emellertid – än en gång – inget med alternativ 1 A att göra.

Nerep hävdar därtill att det så gott som enhälligt har gjorts gällande, att så länge en bolagets transaktion inte negativt påverkar bolagets balans – såsom den kommer till uttryck i balansräkningen – träds inget borgenärsintresse för när; det avgörande är transaktionens balansmässiga effekt. Detta argument är intressantare, låt vara att det knappast kan påstås att det "så gott som enhälligt /.../ gjorts gällande".[112] *Varför* enbart den balansmässiga effekten skall beaktas framgår emellertid inte. I 12:2 ABL stadgas hur storleken på det utdelningsbara beloppet skall beräknas. Denna beräkning grundar sig i princip[113] på balansräkningen och där angivna värden vad avser det egna kapitalet. Härvidlag kan man tala om en slags "balansmässig konstruktion". Storleken på det utdelningsbara beloppet är dock systematiskt en annan fråga än hur förmögenhetsdispositionen skall värderas vid tillämpningen av 12:2 ABL och sålunda vid jämförelsen med utdelningsbara beloppet. Substansen i det tredjemansskydd som åsyftas med 12:2 ABL står inte att finna i detta belopp eller någon allmän princip om skyddet för det bundna egna kapitalet. Tredjemansskyddet får sin substans i bolagets verkliga förmögenhetsmassa, och det är denna som minskar vid öppna eller förtäckta utbetalningar med pengar eller sakvärden (förmögenhetsminskning för bolaget). Vid sakvärdesutbetalningar bör man utgå från att det i 12:2 ABL åsyftade skyddet för bl.a. bolagets fordringsägare grundar sig på den verkliga förmögenhetsmassan i bolaget. Avgörande för bedömningen bör följaktligen vara den effekt som rättshandlingen reellt sett har på förmögenhetsmassan i bolaget; vad som kan betecknas som *förmögenhetsmässig effekt*. I enlighet med

[111] Se i fråga om den distinktion som påstås föreligga mellan, å ena sidan, principen om skyddet för det bundna egna kapitalet sådan den kommer till uttryck i 12:2 1 st. ABL och, å andra sidan, fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL avsnitt 5.4.3.1 (finstilta partiet i slutet) ovan och utförligt avsnitt 12.3.2.1 nedan.

[112] Svensk Skattetidning 1993 s. 400.

[113] Men se om försiktighetsregeln i 2 st. 1 meningen i avsnitt 5.4.4.3.4–5.4.4.3.5 vad beträffar rekvisiten "likviditet" och "ställning i övrigt".

denna princip ger marknadsvärdemetoden, vilken innebär att marknadsvärdet av sakvärdesutbetalningen skall jämföras med och avräknas från utdelningsbart fritt eget kapital, en rättvisande bild av förmögenhetsdispositionens storlek och vilka *ekonomiska verkningar* denna *materiellt sett* har för bolaget. Se avsnitt 4.3.3.2 ovan om borgenärsskyddet och ytterligare om sakvärdesutbetalningar och tredjemansskyddet i avsnitt 7.4.3.2.7 nedan.

För övrigt bör det framhållas, att en tillämpning av nettometoden i själva verket är främmande för ändamålen bakom reglerna i BFL om värdering av tillgångar och skulder. Genom nettometoden tillämpas i realiteten BFL:s värderingsregler för *främmande syften*, dvs. BFL:s värderingsregler är styrande när tillgången (vederlagsfritt) lämnar bolaget och inte – som BFL förutsätter – att tillgången finns kvar i bolaget eller avyttras till marknadsvärdet. Se härom ytterligare avsnitt 7.4.3.2.7 nedan.

4. Bruttometoden och alternativ 1 A förutsätter enligt Nerep ett upprätthållande av de formkrav som uppställs i 12:2–3 ABL, varvid formkravet i själva verket ges en tvingande prägel. Formkraven skall dock betraktas som dispositiva minoritetsskyddsregler. Att betrakta formkraven som tvingande – vilket skulle innebära att all förtäckt vinstutdelning är olovlig – strider mot denna uppfattning och åsikten att det avgörande vid förtäckt vinstutdelning är om utbetalningen inkräktar på bundet eget kapital.

Det anförda må vara sant i fråga om akternativ 1 A men är inte sant beträffande bruttometoden. Bruttometoden innebär att marknadsvärdet av sakvärdesutbetalningen skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. Den innebär således *i och för sig inte* att formkraven måste upprätthållas. Huruvida formkraven måste upprätthållas är en fråga för sig.

5. Ett fasthållande vid bruttometoden och alternativ 1 A omöjliggör i princip koncernbidrag enligt den teknik som utvecklats i praxis under en lång rad av år, vilken uppenbarligen har baserats på syftet med vinstutdelningsspärren i 12:2 ABL, som är skyddet för det bundna egna kapitalet.[114] Nerep hävdar att alla koncernbidrag som går utöver vad som beloppsmässigt är utdelningsbart enligt den senaste fastställda balansräkningen med en tillämpningen av bruttometoden och alternativ 1 A skulle vara olovliga oberoende av vad en efterföljande balansräkning ger utrymme för. Vidare framhåller Nerep att det inte i något sammanhang, vare sig i rättspraxis eller i doktrinen, hittills har hävdats, att koncernbidrag enligt praxis skulle vara olovliga transaktioner.

I likhet med Nerep måste jag konstatera att det varken i rättspraxis eller i doktrinen har hävdats att koncernbidrag i och för sig utgör olovliga transaktioner. Härav följer emellertid inte att det saknas problem. Se härom avsnitt 12.3.2.4 nedan.

En annan och separat fråga är om bruttometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL, dvs. om marknadsvärdet av i förevarande fall ett

[114] Jfr bl.a. Gometz, Balans 1994:6–7 s. 12ff, Gometz–Huldén, Balans 1992:12 s. 35ff och Lindskog, JFK 12:2-5.3.1 not 95 (s. 51).

öppet eller dolt koncernbidrag i form av en sakvärdesutbetalning skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. Bruttometoden hindrar i och för sig inte koncernbidrag.[115]

6. De argument som Rodhe (tidigare) anfört till stöd för bruttometoden har på ett övertygande sätt neutraliserats av bl.a. Margulies–Roos respektive Gometz–Huldén.[116] Bruttometoden påstås i stort sett sakna anhängare i doktrinen. En majoritet av författarna på området företräder nettometoden.

Jag vill mena att det finns starka ändamålsskäl som talar för bruttometoden oavsett om de argument som Rodhe tidigare åberopade har neutraliserats av andra författare. Det förhållandet att en majoritet av författarna på området företräder nettometoden är i och för sig irrelevant för svaret på frågan om bruttometoden eller nettometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL.

8. Vinstutdelningsregeln i 12:2 ABL är en tvingande borgenärsskyddsregel. Nerep hävdar att bestämmelsen enligt ABL:s förarbeten är direkt tillämplig på den formenliga och reguljära vinstutdelningen, men endast analogt tillämplig på utdelning i andra former, t.ex. förtäckt vinstutdelning. En analog tillämpning av en tvingande borgenärsskyddsregel skulle tala för en restriktiv tolkning i enlighet med stadgandets syfte, dvs. kapitalskyddssyftet, och följaktligen för nettometoden.

Enligt min mening är 12:2 ABL direkt tillämplig på utbetalningar till aktieägare oavsett om de sker i öppen eller förtäckt form.[117] Och även om 12:2 ABL skall tillämpas analogt så utgör detta inget *ändamålsskäl* som talar för nettometoden.

10. Slutligen åberopas NJA 1988 s. 620, där fråga var om ansvar enligt 13:2 ABL inträder redan vid åsidosättande av de formella föreskrifterna eller om det för ansvar också krävdes att kapitalet verkligen understigit den kritiska gränsen. HD fann, att ansvar först inträder i den senare situationen. Härav följer enligt Nerep, att det från borgenärsskyddssynpunkt essentiella icke är de formella reglernas upprätthållande i sig, utan det materiella skyddssyftet. Så länge bolagsorganen inte materiellt har åsidosatt det borgenärsskyddsbestämmelserna ifråga avser att tillvarata, bör underlåtenheten att iakttaga de formella föreskrifterna sakna betydelse.

Något annat än vad nu sagts innebär bruttometoden – enligt min mening – inte. Bruttometoden kräver sålunda inte att bolagsorganen iakttar de formella föreskrifterna (vilket är en annan och separat fråga).

[115] Jfr Sacklén, SvJT 1994 s. 173ff (med kommentar av Nerep i SvJT 1994 s. 555ff, där denne återger sina ovan anförda argument för att bruttometoden och alternativ I A omöjliggör koncernbidrag), SvJT 1994 s. 737f och JT 1994–95 s. 86ff. Jfr ock Blomberg i JT 1993–94 s. 868ff.

[116] Se hänvisningen i not 78 vad gäller Margulies–Roos och not 87 vad gäller Gometz–Huldén.

[117] Av förarbetena framgår inte om det är fråga om en direkt eller analog tillämpning. Jfr Andersson, SvJT 1993 s. 567 not 2. Men jfr Lindskog, JT 1992–93 s. 90 och se JFK 12:2-3.2.2 not 10 (s. 34f). Se beträffande förtäckta utbetalningar avsnitt 8.2 nedan.

7.4.3.2.4 Anskaffningsvärdemetod eller bruttometod?

I debatten under 1980-talet rörande vilken värderingsmetod som skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL avseende det utdelningsbara beloppet förde Kedner fram ytterligare ett alternativ[118] – den s.k. anskaffningsvärdemetoden. Anskaffningsvärdemetoden – som står nettometoden nära – innebär att bolagets tillgångar skall avräknas mot utdelningsbart fritt eget kapital motsvarande det värde till vilket de anskaffades och eventuell skattekostnad.[119] Metoden motiverades med att all värdering i balansräkningen utgår från den s.k. anskaffningsvärdeprincipen, vilken har sin grund i 14–17 §§ BFL.[120] Tillgångar, skulder och eget kapital värderas med utgångspunkt från anskaffningsvärdet. Eftersom tillgångar, skulder och eget kapital tillförs balansräkningen på anskaffningsvärdebasis, bör poster som utgår ur balansräkningen räknas av efter samma värderingsgrund. Om värderingsprincipen tillämpas vid utdelning av tillgång, blir resultatet att värdet på en realiserad utdelning inte kan vara tillgångens bokförda värde utan dess anskaffningsvärde (summa bokfört värde och redovisningsreserv).[121]

Kedner har emellertid med 2 uppl 1990 av boken "Former för koncerninterna vinstöverföringar" valt att övergå till den s.k. bruttometoden.[122] I motsats till Margulies–Roos menar Kedner att BFL:s värderingsregler ger tillräcklig vägledning vid utdelning av sakvärden med redovisningsreserv och realiserad vinst. En förvärvad tillgång tas in i redovisningen till anskaffningsvärde och avföres ur redovisningen till marknadsvärde.[123] Detta bör gälla såväl när tillgången säljs som när den används för utdelning.[124]

Mot bakgrund av att marknadsvärdet förutom bokfört värde och eventuell redovisningsreserv i allmänhet innefattar en vinstkomponent förutsätter Kedner, att utdelning av sakvärde leder till ett realiserat bokfört värde, en realiserad redovisningsreserv och en realiserad vinst. Kedner

[118] Balans 1983:9 s. 14ff och se senare i 1 uppl 1985 av Former för koncerninterna vinstöverföringar s. 35ff. Se dock numera 2 uppl 1990, varom ytterligare nedan. Det är tänkbart att anskaffningsvärdemetoden redan fanns representerad på 1950-talet; se not 73 ovan.

[119] Balans 1983:9 s. 19.

[120] Se härom och till det följande a.a. s. 18.

[121] Med redovisningsreserv förstås t.ex. lagerreserv och ackumulerade överavskrivningar.

[122] Se om frågan s. 37ff och om bruttometoden på s. 42ff.

[123] Se härom och till det följande s. 42ff.

[124] Jfr FASB (Financial Accounting Standards Board), APB (Accounting Principles Board), Opinion No. 29, Accounting for Nonmonetary Transactions, may 1973, p. 5ff, särskilt p. 18ff. Jfr därtill Thorell, Några bolagsrättsliga aspekter på företagsombildningar s. 255ff. Jfr ock avsnitt 12.3.2.1 nedan (finstilta partiet mot slutet).

framhåller att i det fall bolaget överlåter egendom realiseras intäkten under den redovisningsperiod den bakomliggande prestationen utförs. Redovisningsmässigt innebär detta dels att försäljningsintäkten definitivt storleksbestäms, dels att försäljningsintäkten får tas in i räkenskaperna. Att dela ut en tillgång är en prestation från bolagets sida, som på grund av sin vederlagsfria beskaffenhet inte innebär någon realiserad intäkt. Utdelningen leder i stället till en förmögenhetsminskning vare sig den sker konkret eller i form av ett sakvärde. Utdelningen bör uppfattas som en realiserad kapitalminskning och är sålunda i detta hänseende inte jämförbar med en försäljning. Principen om öppen redovisning är etablerad genom lag och förarbeten samt tillämpas i praxis.[125] Denna princip innebär vid utdelning av ett sakvärde, att redovisningsreserven och den realiserade vinsten bör visas öppet vid utdelningen. Intressenter i bolaget bör känna till vilket värde, som har avhänts bolaget genom utdelningen. Av det anförda sägs framgå att utdelningsbart belopp minst bör vara så stort, att det motsvarar de utdelade tillgångarnas marknadsvärden och eventuell skattekostnad i samband med utdelningen.

> Kedners uppfattning har ingående kritiserats av Nerep i Svensk skattetidning 1993 s. 398f. Nerep menar att Kedners ståndpunkt inte är alltigenom välgrundad och bestrider att bokföringslagens värderingsregler skulle tillhandahålla någon lösning vad gäller frågan om brutto- eller nettometoden skall tillämpas. Dessa regler ger enligt Nerep endast föreskrifter om det rent bokföringsmässiga, men tillför näppeligen något i den materiella frågan om gränserna för vinstutdelning. Nerep framhåller även att substansen är "rejält uttunnad, när Kedner i första skedet ger beskedet, att en tillämpning av lagens värderingsregler otvivelaktigt leder till anskaffningsvärdemetoden och i nästa skede skiftar spår och anför, att resultatet av tillämpningen i stället blir marknadsmetoden".[126] Vidare: "Kedner lyckas heller inte på ett övertygande sätt visa vilka av bokföringslagens värderingsregler som fordrar att vid utdelning – förtäckt eller öppen – bolagets tillgång måste avföras ur redovisningen till *marknadsvärde* /.../. Att bolagets intäkt på grund av försäljningen av tillgången skall redovisas är uppenbart; försäljningsintäkten motsvarar emellertid självfallet endast köpeskillingen vid avhändandet och köpeskillingen kan vara satt under det bokförda värdet, eller motsvara bokfört värde eller marknadsvärdet. Överförs tillgångar utan motprestation, är försäljningsintäkten noll. Om ett bolag avhänder sig tillgångar till bokfört värde, och under marknadsvärdet, skall med andra ord försäljningsintäkten motsvara det bokförda värdet."[127] Slutligen framhåller Nerep att även om Kedners tes om att tillgångar skall avföras ur redovisningen till marknads-

[125] Jfr Thorell, Några bolagsrättsliga aspekter på företagsombildningar s. 255ff.
[126] Svensk Skattetidning 1993 s. 398.
[127] A.st.

värde (eller anskaffningsvärde) också vid utdelning accepterades, är det därmed inte givet att frågan om vinstutdelningens gränser och valet mellan brutto- respektive nettometod är avgjord. Den omständigheten att en tillgång skall avföras ur redovisningen till marknadsvärdet leder inte nödvändigtvis till slutsatsen, att en olovlig vinstutdelning skulle föreligga till den del detta värde överskrider det i den senaste fastställda balansräkningen utdelningsbara beloppet. Därefter: "På frågan om den princip som uppbär borgenärsskyddet i vinstutdelningsreglerna avser skyddet av bolagets bundna kapital eller en begränsning av utbetalningar till det i den senast fastställda balansräkningen fixerade utdelningsbara beloppet, lämnar Kedners slutsatser inget definitivt besked. Att vid utdelning av sakvärden skillnaden mellan marknadsvärdet och köpeskillingen (vilken må motsvara bokfört värde, anskaffningsvärde, eller annat värde understigande marknadsvärdet) skall betecknas om utdelning i sig har väl knappast någon ifrågasatt."[128]

Nereps kritik är inte särskilt övertygande. Enligt min mening anför Kedner goda skäl för bruttometoden; att denne bytt åsikt är väl irrelevant[129] (vilket inte sällan händer i rättsvetenskapliga frågor). En invändning som jag över huvud taget inte kan förstå är att bokföringslagens regler endast skulle röra det bokföringsmässiga och inte skulle tillföra något vad gäller den materiella frågan om gränserna för vinstutdelning. Nerep företräder (nyanserat) nettometoden och anser att det bokförda värdet är bestämmande vid tillämpningen av 12:2 ABL. Det bokförda värdet följer av värderingsreglerna i BFL avseende tillgångar. Härav följer att nettometoden ytterst grundar sig på dessa regler, som sålunda också tillmäts betydelse vid tillämpningen av 12:2 ABL. Detta till trots hävdar Nerep att BFL:s regler endast rör det bokföringsmässiga. Annorlunda uttryckt: BFL:s värderingsregler skulle inte ha något att göra med frågan om nettometoden eller bruttometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL. Enligt min mening förbiser Nerep i sin kritik av Kedner, att nettometoden ytterst grundar sig på BFL:s värderingsregler avseende tillgångar, att dessa regler bygger på antagandet att tillgångar avhänds bolaget till marknadsvärdet samt att 12:2 ABL förutsätter ett värdeavhändande som vid tillämpningen av bestämmelsen bör åsättas ett värde som står i överensstämmelse med grunderna för BFL, vilket inte är det bokförda värdet utan marknadsvärdet.

Ytterligare ett argument som anförs av Nerep är att Kedner inte lyckas visa vilka av BFL:s värderingsregler som fordrar att bolagets tillgångar måste avföras ur redovisningen till marknadsvärdet. Något sådant försöker emellertid inte Kedner. Kedners resonemang bygger på *grunderna* för bestämmelserna i BFL. Vad som därefter anförs av Nerep om att det för vinstutdelningsreglerna inte är avgörande att (om nu så är fallet) tillgångar skall avföras ur redovisningen till marknadsvärdet torde vara riktigt. Detta argument bygger på en princip som innebär att man måste skilja på redovis-

[128] A.a. s. 398f.

[129] Jag förstår Nerep härvidlag som att det är detta som kritiseras. Jfr ovan.

ningsreglerna och vinstutdelningsreglerna. En sådan princip talar dock mer för bruttometoden än nettometoden, eftersom den senare egentligen innefattar en tillämpning av värderingsreglerna i BFL avseende tillgångar och den förra förutsättningslöst utgår från 12:2 ABL och det i denna bestämmelse åsyftade borgenärsskyddet.

7.4.3.2.5 Rättsläget enligt litteraturen med beaktande av NJA 1962 s. 461

Något definitivt svar på frågan om brutto- eller nettometoden skall användas vid utbetalningar av sakvärden torde de lege lata inte vara möjligt att ge. För egen del har jag hävdat att marknadsvärdemetoden är den riktiga.[130] För övrigt synes flertalet författare förespråka nettometoden; låt vara att bruttometoden har tillämpats i hovrättspraxis. (I det följande särskiljer jag inte mellan nettometoden och anskaffningsvärdemetoden. Den senare synes numera sakna företrädare i doktrinen.)

Enligt min mening måste spörsmålet om brutto- eller nettometoden skall användas bl.a. analyseras mot bakgrund av rättsläget strax efter NJA 1951 s. 6 I och II och den debatt som förekom i samma fråga vid denna tid. HD kom knappt tio år efter NJA 1951 s. 6 I och II att uppmärksamma förtäckt utdelning i NJA 1962 s. 461 och uttalade därvid *obiter*, att en *värdeöverföring*, som sker genom att aktieägare från bolaget övertar tillgångar för ett *pris som understiger marknadsvärdet, i regel* får anses innefatta en *förtäckt utdelning till aktieägarna*. De närmare omständigheterna i målet var följande:

> Genom testamente av den 30 mars 1931 förordnade Alma R, att en närmare angiven del av hennes kvarlåtenskap skulle förvaltas av notariatavdelningen vid Skandinaviska banken och vara fördelad på två olika lotter, varav en var avsedd för Sven R. Sven R skulle inte erhålla någon äganderätt utan endast rätt att under sin livstid uppbära avkastningen från lotten. Alma R avled 1939, varpå testamentet trädde i kraft. I den för Sven R avsedda testamentslotten ingick bl.a. 30 stamaktier i Stockholms enskilda bank. År 1951 erbjöd Stockholms enskilda bank till försäljning aktier i Vikmanshytte bruksaktiebolag. Erbjudandet från Stockholms enskilda bank innebar att innehavare av stamaktier under drygt en månads tid i slutet av 1951 – med företrädesrätt framför icke-aktieägare – för varje femtal aktier skulle få teckna sig för köp av en aktie i bruksbolaget till en kurs av 120 kr. Genom att utnyttja erbjudandet förvärvades 6 aktier i bruksbolaget för den testamentslott som var avsedd för Sven R. Den 19 november 1951 noterades aktierna för första gången på börsen och köpkursen var då 205 kr per aktie (ingen säljkurs). Under teckningstiden hade bruksbolagets aktier betingat ett pris på *marknaden av omkring 195 kr.*

[130] SvJT 1993 s. 566ff.

Upprinnelsen till den civilrättsliga processen var att Sven R i sin år 1952 avgivna självdeklaration inte tog upp ifrågavarande inköpsrätt som inkomst. Taxeringsnämnden fann emellertid Sven R skattskyldig för den på honom belöpande andelen av förmånen, vilken uppskattades till 450 kr, motsvarande inköpsrätternas genomsnittliga börsvärde eller 15 kr per aktie (30 st.). RegR:n fastställde slutligen taxeringen (se RÅ 1957 ref 42).

Efter stämning å Skandinaviska banken i sin egenskap av förvaltare av testamentslotten yrkade Sven R att, enär 450 kr måste anses utgöra avkastning å testamentslotten, banken måtte förpliktas att till honom utge samma belopp. Såväl rådhusrätten som hovrätten förpliktade Skandinaviska banken att utge nämnda belopp.

Rättsfrågan i målet var egentligen om den i målet aktuella förmånen – rätt för aktieägare att teckna sig för köp av aktier i ett annat bolag till ett pris understigande marknadsvärdet – var att hänföra till avkastning i testamentets mening. För att kunna bevara denna fråga företog HD:s majoritet en prövning i tre steg, som i de två första får betraktas som *aktiebolagsrättslig*[131]. För det första: Innebär ett *erbjudande* av nämnt slag som *utnyttjas* att något *ekonomiskt värde skall anses ha överförts på aktieägarna*? För det andra: *Skall en sådan ekonomisk värdeöverföring anses som förtäckt utdelning i aktiebolagsrättslig mening*? För det tredje: Skall värdeöverföringen – oavsett om den är att betrakta som förtäckt utdelning eller ej – anses som "avkastning" i den bemärkelse som är den vedertagna och från vilken man vid testamentets tolkning får utgå? Det finns i förevarande sammanhang ingen anledning att gå in på den tredje frågan. Vad beträffar de två förstnämnda frågorna anförde HD:s majoritet, i vilken justitierådet Karlgren ingick, följande:[132]

"Utnyttjandet av erbjudandet från Enskilda banken till dess aktieägare att med företrädesrätt framför icke-aktieägare för varje femtal aktier i banken teckna sig för köp av en aktie i bruksbolaget till en kurs av 120 kr. måste, då det visade sig att aktie i bruksbolaget under teckningstiden betingade i marknaden ett pris av omkr. 195 kr., anses hava inneburit, *att ett värde motsvarande skillnaden mellan nämnda belopp överfördes från banken till vederbörande aktieägare*. Detta gäller oavsett om aktieägaren för ändamålet själv köpte aktier i bruksbolaget eller han å annan överlät rätten att göra sådant köp.

– – –

En värdeöverföring, som sker genom att aktieägare från bolaget övertaga tillgångar för ett pris som understiger marknadsvärdet, *får i regel anses*

[131] Detta får man inte förbise vid en läsning av domen.
[132] Referatet s. 465f.

innefatta en förtäckt utdelning till aktieägarna. Att överföringen betraktas som utdelning är likväl icke utan vidare avgörande i det hänseende varom i målet är fråga. Såväl en å bolagsstämma beslutad som en förtäckt utdelning kan nämligen, såsom uppenbart är, hava större omfattning än att den allenast avser »avkastning» i den bemärkelse som är den vedertagna och från vilken man vid testamentets tolkning får utgå. (Min kursivering.)"

Danielsson hade nästan tio år tidigare, och i anledning av NJA 1951 s. 6 I och II, antagit att bolagets prestation skulle värderas till marknadsvärdet (verkligt värde) vid tillämpningen av vinstutdelningsregeln i 73 § 1 mom. 1944 års lag avseende utdelningsbart belopp.[133] Nial syns ha företrätt en motsatt uppfattning.[134] Åtminstone kunde överlåtelse av bolaget tillhörig egendom till bokfört värde – om det bundna egna kapitalet är intakt – inte anses innefatta olovlig utdelning, eftersom överlåtelsen inte medför någon förändring i bolagets balansmässiga ställning (se avsnitt 7.4.3.2.2 ovan).

Enligt min mening måste det oklara rättsläget ha stått klart för HD:s majoritet i NJA 1962 s. 461. *Ovanstående explicita uttalande*, varav framgår att marknadsvärdet i regel är avgörande vid bedömningen *huruvida en transaktion innefattar förtäckt utdelning, talar därför även*[135] *för att marknadsvärdet är avgörande vid tillämpningen av 12:2 ABL* avseende utdelningsbart belopp (jfr 73 § 1 mom. 1944 års lag).

Vidare kan det konstateras, att om en *värdeöverföring aktiebolagsrättsligt* skall betraktas som *förtäckt utdelning* (förtäckt utbetalning) om t.ex. 1 000 kr är det väl både logiskt och naturligt att denna värdeöverföring *också* behandlas som *förtäckt utdelning* (förtäckt utbetalning) om 1 000 kr *vid tillämpningen av regler avseende storleken på det utdelningsbara beloppet*, dvs. värdet av den förtäckta utdelningen (förtäckta utbetalningen) skall jämföras med storleken på det utdelningsbara beloppet. Det anförda kan sammanfattas som att såväl språkliga som systematiska skäl talar för att bruttometoden skall användas.[136]

Spörsmålet om brutto- eller nettometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL vad avser utdelningsbart belopp är lika aktuellt vid öppen utdelning (öppen utbetalning) som vid förtäckt utdelning (förtäckt utbetalning). Med hänsyn härtill synes vad som ovan sagts även tala för

[133] Se SvJT 1954 s. 576f.

[134] SvJT 1955 s. 256.

[135] Jfr min uppsats i SvJT 1993 s. 574. Lindskog (SvJT 1993 s. 927; se dock not 40 ovan) och Nerep (JT 1993–94 s. 644 not 7) tycks tro att jag inte kan skilja på dessa två skilda spörsmål. Detta är dock en felläsning av framställningen. Jfr nedan.

[136] Se om utbetalningsbegreppets (utdelningsbegreppets) funktion i avsnitt 7.4.3.2.1 ovan och i det följande.

att bruttometoden skall användas vid öppen utdelning (öppen utbetalning) avseende sakvärden. (Anmärkas bör att med HD:s syn på vad som utgör förtäckt utdelning – dvs. utdelning som inte beror på ett stämmobeslut – kan sakvärdesutdelningar som sker öppet beskrivas som förtäckt utdelning; jfr ock ovan avsnitt 7.4.3.2.2.)

> Det finns därtill andra omständigheter som talar för att NJA 1962 s. 461 skall uppfattas som ett stöd för bruttometoden. I referatet hänvisas till NJA 1951 s. 6 I och II (under rubriken). Danielsson kan ha tolkat NJA 1951 s. 6 I och II – i varje fall förstås Danielsson på detta sätt av Nial[137] – som ett stöd för bruttometoden.[138] Enligt Nial hade HD genom sina domar i NJA 1951 s. 6 I och II emellertid inte besvarat frågan om marknadsvärdet skulle användas vid tillämpningen av 73 § 1 mom. 1944 års lag (se närmare avsnitt 7.4.3.2.2 ovan). Nial synes själv företräda en slags nettometod. Enligt min mening tyder det faktum att HD i NJA 1962 s. 461 uttalar att en värdeöverföring, som sker genom att aktieägare från bolaget övertar tillgångar för ett pris som understiger marknadsvärdet, i regel får anses innefatta en förtäckt utdelning till aktieägarna sammantaget med den omständigheten att det i referatet hänvisas till NJA 1951 s. 6 I och II på att marknadsvärdet av en öppen eller förtäckt utdelning skall motsvaras av utdelningsbara medel.[139]
>
> Det bör i sammanhanget därtill nämnas att frågan om brutto- eller nettometoden skall användas inte torde ha varit okänd för justitierådet Karlgren, vilken inte blott deltog i 1962 års avgörande utan även i NJA 1951 s. 6 I och II samt var *referent* i det näraliggande och i många avseende grundläggande föreningsrättsliga avgörandet NJA 1948 s. 651. I en numera sällan uppmärksammad uppsats i SvJT kommer Karlgren in på frågan om vilka principer som gäller vid aktiebolags försäljning av egna aktier (uppsatsen berör för övrigt bl.a. aktiebolags förvärv av egna aktier).[140] Karlgren menar att aktiebolags överlåtelse av egna aktier liksom vilken annan slags egendom som helst är tillåtet. Endast om dylika försäljningar ingås på för bolaget ogynnsamma villkor, som kunnat *förutses* leda till intrång i de mot aktiekapitalet (eller andra icke utdelningsbara poster) svarande tillgångarna och medkontrahenten insett eller bort inse denna avtalets egenskap, inträder ogiltighet.

Så här långt har jag presenterat en i viss mån subjektiv tolkning av NJA 1962 s. 461. Det går tyvärr inte att med säkerhet avgöra om HD:s majori-

[137] SvJT 1955 s. 256.

[138] Enligt min uppfattning är detta inte en riktig tolkning av Danielsson; se Danielsson SvJT 1954 s. 576f.

[139] Det förtjänar nämnas att det i akten finns en hänvisning till berörda uttalande av Nial i SvJT 1955 s. 256. Av handlingarna i akten framgår det vidare att parterna i målet i betydande utsträckning förde en argumentation med utgångspunkt i frågan om förmånen kunde anses innefatta förtäckt utdelning.

[140] SvJT 1938 s. 187ff på s. 208f.

tet med ovanstående uttalande även avsåg att ge ett vägledande uttalande i fråga om tillämpningen av 73 § 1 mom. 1944 års lag avseende det utdelningsbara beloppet, dvs. den bestämmelse som numera motsvaras av 12:2 1 st. ABL. Därtill kommer att HD i NJA 1962 s. 461 inte ens hade att välja mellan något alternativt värde i form av bokfört värde eller anskaffningsvärde. Sammantaget går det därför inte att fastställa om HD:s majoritet velat utesluta en användning av det bokförda värdet eller anskaffningsvärdet vid tillämpningen av 73 § 1 mom. 1944 års lag.

Det bör vidare poängteras, att HD:s uttalande i NJA 1962 s. 461 *kan* tolkas som att nettometoden (eller anskaffningsvärdemetoden) är möjlig att använda vid tillämpningen av 12:2 ABL. HD:s majoritet uttalar *blott* att en värdeöverföring, som sker genom att aktieägare från bolaget övertar tillgångar för ett pris som understiger marknadsvärdet, *i regel* får anses innefatta en förtäckt utdelning till aktieägarna. Uttrycket *i regel* kan närmare bestämt uppfattas som ett stöd för att nettometoden är möjlig att använda vid tillämpningen av 12:2 ABL så snart egendomen i räkenskaperna är upptagen till ett värde som understiger marknadsvärdet. (En dylik värdeöverföring behöver inte ens ses som förtäckt utdelning.)

> Det torde däremot inte ha någon betydelse att NJA 1962 s. 461 rörde ett bankaktiebolag. HD:s uttalande måste vara relevant för alla typer av aktiebolag.

Spörsmålet om marknadsvärde- eller nettometoden skall användas vid tillämpningen av utbetalningsreglerna i ABL såsom 12:2 är generell. Ett skäl som talar för att marknadsvärdet skall användas är att detta värde i enlighet med NJA 1962 s. 461 (i regel) skall användas för att bestämma om en öppen eller förtäckt aktiebolagsrättslig utbetalning föreligger och värdet av denna. Marknadsvärdemetoden är sålunda konsekvent.

Nettometoden framstår därtill som otillfredsställande i jämförelse med den situationen att ett aktiebolag förvärvar en tillgång från en aktieägare till ifrågasatt överpris. Värdet av en aktieägares (och bolagets) prestation måste bestämmas med utgångspunkt i marknadsvärdet och anses förvärvet innefatta en förtäckt utbetalning måste denna motsvaras av utdelningsbara medel enligt 12:2 ABL. I syfte att åstadkomma en värdeöverföring till aktieägarna utan att 12:2 ABL blir tillämplig kan aktieägarna i stället – förutsatt att nettometoden skall tillämpas enligt gällande rätt – överlåta tillgångar till bolaget till marknadsvärdet. Aktieägarna kan något eller några år senare köpa tillbaka samma tillgångar till bokfört värde; det bokförda värdet kan härvidlag väsentligen understiga marknadsvärdet på grund av betydande avskrivningar. Skall nettometoden tillämpas kan förfarandet upprepas hur många gånger som helst. Enligt min mening talar det anförda mot nettometoden, eftersom denna uppenbarli-

gen är ägnad att uppmuntra transaktioner vilkas enda syfte är att kringgå 12:2 ABL (de är dessutom kontraproduktiva ur samhällsekonomisk synpunkt).

Sammantaget vill jag mena att det vid tolkningen av NJA 1962 s. 461 inte är av avgörande betydelse, att HD i målet *inte faktiskt hade att pröva frågan* om brutto- eller nettometoden skulle användas vid tillämpningen av 73 § 1 mom. 1944 års lag (jfr 12:2 ABL).[141] Målet kan ändock åberopas till stöd för bruttometoden.

Ett argument som jag så här långt inte har berört, och vilket kan sägas tala mot att NJA 1962 s. 461 är relevant för svaret på frågan om brutto- eller nettometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL, är att avgörandet visserligen är aktiebolagsrättsligt intressant men enbart rör skyddet för aktieägarna. Det kan närmare bestämt hävdas att målet måste läsas mot bakgrund av att Sven R förde talan om att utfå 450 kr från Skandinaviska banken. HD:s uttalande om att en värdeöverföring, som sker genom att aktieägare från bolaget övertar tillgångar för ett pris som understiger marknadsvärdet, i regel får anses innefatta förtäckt utdelning till aktieägarna skall alltså förstås mot bakgrund av Sven R:s anspråk. Den rättsliga position som Sven R befann sig i kan åtminstone i här aktuellt hänseende jämställas med en förfördelad aktieägares. Härav följer att HD:s uttalande har prejudikatvärde vad avser skyddet för aktieägare.[142] NJA 1962 s. 461 är däremot inte vägledande beträffande vad som gäller med hänsyn till skyddet för tredje man och således vid tillämpningen av t.ex. 12:2 ABL.

Om man mot bakgrund av NJA 1962 s. 461 (eller eljest)[143] vill hävda att marknadsvärdet är bestämmande vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda aktieägarnas intresse såsom likhetsprincipen i 3:1 1 st. men samtidigt vill mena att nettometoden skall användas vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2 blir rättsläget emellertid besvärande *inkonsekvent*. En dylik lösning främjar inte heller *ordning och reda i näringslivet*. Det är ock *otillfredsställande* med en lösning, som innebär att bolagets fordringsägare och andra externa intressenter inte kan förvänta sig att bolagets aktieägare iakttar marknadsvärdeprincipen vid tillämpningen av bestämmelser i ABL som är uppställda till skydd för tredje man, när denna princip gäller vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse och för övrigt får betraktas som utgångspunkten vid tillämp-

[141] Se ock det finstilta partiet i det följande.

[142] Jfr frågan om s.k. kompensationsutdelning i avsnitt 12.3.4 nedan.

[143] Jfr t.ex. Lindskog, SvJT 1993 s. 927 och särskilt JFK 12:2-5.3.2 (s. 52). Jfr därtill Pehrson, JT 1992–93 s. 971.

ningen av andra rättsregler. Jag återkommer i avsnitt 7.4.3.2.7 till spörsmålet om skyddet för tredje man ävensom allmänna överväganden i och för sig talar för brutto- eller nettometoden.

Lindskog har i SvJT 1993 s. 927f kritiserat mina i SvJT 1993 s. 566ff, särskilt s. 573ff, framförda åsikter rörande NJA 1962 s. 461. I likhet med mig – och i enlighet med HD:s uttalande i målet – tycks Lindskog dock anse att en värdeöverföring som sker genom att aktieägare från bolaget får övertaga tillgångar för ett pris som understiger marknadsvärdet, i regel får anses innefatta en förtäckt utdelning till aktieägarna. Detta anser emellertid Lindskog – såvitt jag kan förstå – inte vara relevant för frågeställningen. Lindskog betonar att kärnfrågan i den aktuella debatten är om beloppsspärren i 12:2 1 st. ABL vid utdelning av sakvärden kräver att marknadsvärdet skall ställas mot fribeloppet, trots att detta värde överstiger bokfört värde. Frågan gäller följaktligen vinstutdelningens lovlighet. Vad HD i nämnda mål tog ställning till var *endast huruvida vinstutdelning förelåg*, inte huruvida den var lovlig (varken enligt beloppsspärren eller andra vinstutdelningsbegränsningar).

Vad beträffar själva problemformuleringen råder ingen oenighet mellan mig och Lindskog fastän denne hävdar annat: Vilket värde är det som skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL? Se härom avsnitt 7.4.3.2.1 ovan. Däremot är vi oense i fråga om tolkningen av NJA 1962 s. 461. Frånsett den omständigheten att NJA 1962 s. 461 kan tolkas subjektivt (se ovan) så är enligt min mening poängen med NJA 1962 s. 461 att HD fastställer att marknadsvärdet är avgörande för bedömningen om förtäckt utdelning skall anses föreligga. Med lagtextens terminologi tog HD ställning till *huruvida vinstutdelning förelåg*. Det kan ock hävdas att HD tog ställning till *i vilken omfattning vinstutdelning förelåg* (motsvarande marknadsvärdet). Om det nu är så att *vinstutdelning föreligger och att så är fallet med ett visst belopp* kan jag inte se annat än att utgångspunkten vid tolkningen av ABL måste vara att den sålunda fastställda *storleken på vinstutdelningen* (vad annars?) *skall jämföras med det belopp, som enligt 12:2 ABL står till förfogande för vinstutdelning* (se ovan). Det är således av denna orsak som jag vågar påstå att HD *åtminstone i princip* redan har avgjort frågan. En annan sak är att HD i målet *inte* hade anledning att *faktiskt pröva*, om vinstutdelningen var olovlig.

Enligt min mening visar Lindskogs kritik på att han över huvud taget inte kan tänka sig att bruttometoden skall användas de lege lata. Lindskog väljer att igorera frågan vad som med min terminologi utgör en utbetalning (vinstutdelning, utdelning, förtäckt utdelning, kapitalanvändning etc.) och ställer i stället frågan vilket värde som skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. Angreppssättet leder till att spörsmålet vad som utgör utbetalningsvärdet (eller motsvarande) i varje fall blir ointressant vid tillämpningen av 12:2 ABL. Enligt min mening är ett dylikt tillvägagångssätt inte förenligt med systematiken och begreppsbildningen i ABL (jfr ovan och se om utbetalningsbegreppets funktion avsnitt 7.4.3.2.1 ovan). Jag

skulle till och med vilja hävda att Lindskogs angreppssätt (med Lindskogs systematik och begreppsbildning) är ägnat att förleda läsaren på så sätt att nettometoden framstår som mer acceptabel än vad som med hänsyn till lagtextens sytematik och begreppsbildning verkligen är fallet.

7.4.3.2.6 Brutto- och nettometoden i hovrättspraxis

Frågan om brutto- eller nettometoden skall användas i fråga om sakvärdesutbetalningar har på senare tid prövats i hovrättspraxis.[144] Såväl Hovrätten för Västra Sverige som Hovrätten över Skåne och Blekinge valde att tillämpa bruttometoden.[145] (Båda avgörandena har överklagats. HD meddelade prövningstillstånd den 30 november 1994.)

Den första domen härrör från Hovrätten för Västra Sverige.

Se dom avkunnad av Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 1, 1993-12-16 DT 38 (mål T 616/91) och dessförinnan Karlstad tingsrätts dom 1991-11-25 DT 601 (mål T 884/90).

Omständigheterna i målet var följande: Industritjänst i Karlstad Aktiebolag – härefter Industritjänst – hade den 27 november 1987 överlåtit bolagets industrifastighet till Stig Jonsson Invest AB för bokfört värde, 1080000 kr. Ställföreträdare för båda bolagen var Stig Jonsson, som undertecknade handlingarna för båda bolagens räkning. Den 7 december överlät aktieägarna i Industritjänst, Stig Jonsson, Mickael Jonsson och Marie Jonsson samtliga aktier i Industritjänst till Säkerhetsprodukter i Göteborg Aktiebolag för 4036000 kr. Ägare till Säkerhetsprodukter var La Reine Textil och Sport Aktiebolag, som vid denna tid systematiskt förvärvade skalbolag genom att använda skalbolagets egna medel. Även Industritjänst förvärvades på detta sätt. Industritjänst försattes i konkurs den 29 mars 1989.

Industitjänsts Konkursbo ansökte om stämning på Stig Jonsson Invest AB – senare ändrat firmanamn till Miljö och Industritjänst i Skåre Aktiebolag

[144] Nerep anför som ett argument, vilket skulle tala mot bruttometoden och sålunda för nettometoden, att rättspraxis med undantag av några tingsrättsdomar (numera nedanstående hovrättsavgöranden – min anmärkning) ännu inte tagit ställning till den nu aktuella frågan. Se Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 400 (argument nr 3). Varför detta skulle vara ett skäl som talar för nettometoden är omöjligt att förstå. Varför inte lika gärna bruttometoden?

Nerep framhåller därtill att HD i NJA 1951 s. 6 I icke bedömde den utdelning av sakvärden som där förmodligen förekom, om än i mycket begränsad utsträckning, enligt bruttometoden. Enligt Nerep kan detta dock ha berott på att domstolen inte hade att ta uttrycklig ställning till frågan. Den senare iakttagelsen torde vara riktig (domstolen hade på grund av processuella skäl inte anledning att pröva frågan).

[145] Marknadsvärdemetoden har därtill tillämpats i tingsrättspraxis vid sidan av de nu aktuella målen. Se mig veterligen första gången Klippans tingsrätts dom 1982-12-29 DT 213 (mål T 227/81) omnämnd i avsnitt 5.4.4.3.8 ovan och på senare tid Huddinge tingsrätts dom 1992-04-08 DT 462 (mål T 482/91).

och i det följande betecknat som Miljö och Industritjänst – och yrkade att bolaget skulle förpliktas att till konkursboet betala 773 574 kr.

Konkursboet åberopade som grund för talan följande: Industritjänst hade i strid mot reglerna i 12 kapitlet ABL, vilka är analogt tillämpliga på utdelningar till utomstående, olovligen genom en förtäckt vinstutdelning utdelat 773574 kr till Stig Jonsson Invest genom att sälja industrifastigheten, vilken vid försäljningstillfället hade ett marknadsvärde på minst 2 milj kr, för 1080000 kr. Industritjänst hade disponibla vinstmedel uppgående till 146426 kr. Bolaget hade därför olovligen utdelat mellanskillnaden mellan marknadsvärdet, 2 milj kr och försäljningspriset, 1080000 kr, jämte disponibla vinstmedel, 146426 kr, således 773574 kr. Miljö och Industritjänst var återbäringsskyldigt enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.

Miljö och Industritjänst bestred käromålet med hänvisning till bl.a. att någon vinstutdelning inte hade skett, eftersom industrifastigheten hade sålts till det bokförda värdet, som endast med 1000 kr översteg anskaffningskostnaden.

Karlstad tingsrätt fann, att beträffande frågan om vilket värde som egendomen får överlåtas till utan att överlåtelsen sker i strid mot reglerna i aktiebolagslagen har olika uppfattningar framförts i doktrinen. Tingsrätten gjorde för egen del följande bedömning:[146] "Med hänsyn till att stadgandets (12:2 ABL avses – min anm.) syfte uppenbart är att skydda främst borgenärernas och övriga aktieägares intresse av att bolagsförmögenheten inte minskas genom transaktioner som dessa saknar kontroll över, anser tingsrätten att det är mest förenligt med lagstiftningens ändamål att tolka bestämmelserna i aktiebolagslagen så att en förtäckt olovlig vinstutdelning föreligger om egendomen överlåts till ett pris som understiger det marknadsmässiga värdet."

Enligt tingsrätten hade marknadsvärdet på fastigheten vid överlåtelsetidpunkten i vart fall uppgått till 1800000 kr. En olovlig vinstutdelning hade således ägt rum beträffande mellanskillnaden mellan det marknadsmässiga värdet och köpeskillingen jämte vad som ostridigt fanns att utdela av vinstmedel.

Domen överklagades. Hovrätten för Västra Sverige konstaterar inledningsvis i sin dom, att reglerna i 12 kapitlet ABL om olovlig vinstutdelning även skall tillämpas på dispositioner till förmån för utomstående.

Miljö och Industritjänst hävdade i målet att någon vinstutdelning inte ägt rum eftersom den aktuella fastigheten sålts till det bokförda värdet. Hovrätten fann att frågan till vilket värde ett bolags egendom får överlåtas utan att överlåtelsen kan komma att betraktas som vinstutdelning bör besvaras med utgångspunkt från de aktuella bestämmelsernas syfte och anför därefter följande:[147]

"Detta syfte är att skydda dels aktieägare från olik behandling, dels borgenärer från att bolagets tillgångar skingras. För att skyddet för aktieägare

[146] Domen s. 6.
[147] Se domen s. 3.

skall upprätthållas vid utdelning av sakvärden krävs enligt hovrättens mening att marknadsvärdet blir avgörande för att en aktieägare inte skall kunna tillgodogöras ekonomiska värden på andra aktieägares bekostnad. Hovrätten anser vidare att borgenärerna har berättigad anledning att vid sin värdering av bolaget räkna med att dess tillgångar enligt vanliga affärsmässiga principer inte frånhänds bolaget under deras marknadsmässiga värden. Mot bakgrund härav finner hovrätten i likhet med tingsrätten att en förtäckt vinstutdelning föreligger om bolagets egendom överlåts till ett pris som understiger det marknadsmässiga värdet."

Enligt hovrätten hade en olovlig vinstutdelning skett, som kunde beräknas till mellanskillnaden mellan marknadsvärdet och köpeskillingen jämte den disponibla vinsten eller till 573 574 kr.

Nu berörda hovrättsavgörande har kritiserats i litteraturen.[148] Kritiken synes främst ta sikte på *hur* hovrätten valt att pröva spörsmålet om brutto- eller nettometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL. Nerep menar sålunda att både tingsrätten och hovrätten har "missuppfattat det som den klassiska konflikten mellan brutto- respektive nettometoden består i".[149] Missuppfattningen påstås tydliggöras av det förhållandet, att de båda instanserna till grund för hela frågeställningen lägger den av domstolarna gjorda slutsatsen, att en förtäckt vinstutdelning föreligger, om ett aktiebolags egendom överlåts till ett pris som understiger det marknadsmässiga värdet av egendomen. Nerep menar att denna slutsats inte har någonting att göra med valet mellan brutto- och nettometod utan är "en pervertering av den ifrågavarande frågeställningen".[150]

Jag har i det föregående framhållit att en tredelad problemformulering av det slag som exempelvis Nerep förespråkar enligt min mening bl.a. är systematiskt oriktig; se härom avsnitt 7.4.3.2.1 ovan. Problemställningen bör i stället formuleras på följande vis: Hur skall dels bolagets prestation värderas som innefattande en förmögenhetsminskning för detta – utbetalning från bolagets synpunkt sett – vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i tredje mans intresse (exempelvis 12:2 ABL), dels bolagets prestation värderas som innefattande en förmögenhetsökning för aktieägaren – utbetalning från aktieägarens synpunkt sett – vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse?

Hovrätten för Västra Sverige torde i ovanstående avgörande ha prövat frågan om brutto- eller nettometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL efter en systematik som påminner om min egen (jfr SvJT 1993 566ff).[151] De ändamålsskäl som hovrätten åberopar till stöd för bruttometoden anförs sålunda inom ramen för utbetalningsbegreppet. Naturligtvis kan

[148] Se Nerep, JT 1993–94 s. 641ff och Blomberg, Balans 1994:2 s. 32f och Advokaten 1994:2 s. 55f.

[149] JT 1993–94 s. 643.

[150] JT 1993–94 s. 643.

[151] Detta har Nerep uppenbarligen inte förstått. Jfr Nerep, JT 1993–94 s. 644 not 7.

man mena att de i domskälen åberopade ändamålsskälen inte talar för bruttometoden. En dylik saklig invändning är emellertid något helt annat än att beskriva hovrättens sätt att pröva frågan som en "pervertering" av problemställningen. Hovrätten begagnar blott en annan systematik än Nerep; en systematik som i principiellt hänseende torde vara nog så riktig och enligt min mening är den riktiga.[152] Men även om denna systematik skulle vara felaktig kan de skäl som åberopas till stöd för bruttometoden bedömas självständigt och alltså inom ramen för en annan systematik såsom den Nerep använder.[153]

Den andra domen härrör från Hovrätten över Skåne och Blekinge.

Se dom avkunnad av Hovrätten över Skåne och Blekinge, avdelning 1, 1994-03-24 DT 1049 (mål T 93/92) och dessförinnan Malmö tingsrätts, avdelning 1:3, dom 1992-01-17 DT 13 (mål T 3110-89).

Omständigheterna i målet var följande: Åstorp Intressenter Aktiebolag – härefter Åstorps – var ännu ett av de många bolag som var föremål för skalbolagstransaktioner i den s.k. La Reinehärvan efter det ursprungliga moderbolaget i koncernen, La Reine Textil och Sport Aktiebolag i Eslöv. Åstorps ägdes fram till 1988-04-06 av familjen Roslund i Kvidinge, då under firma Aktiebolaget Roslunds Bil & Maskinaffär. Bolaget hade som verksamhet att förvalta fastigheter och värdepapper samt att rekonditionera bilar och maskiner för vidareförsäljning. Genom avtal 1988-03-23 överfördes inkråmet avseende rekonditioneringsverksamheten samt vissa av bolagets fastigheter till nya bolag, ägda av familjen Roslund. Åstorp innehöll efter inkråmsöverlåtelsen likvida medel om cirka 9 milj kr, värdepapper till ett bokfört värde av cirka 1,3 milj kr samt fastigheten Stadsäga 1081 A i Åstorps kommun, numera Åstorp Vallbo 5 (härefter fastigheten) med ett bokfört värde av 318908 kr, ett anskaffningsvärde av 4319900 kr och ett taxeringsvärde av 3600000 kr.

Genom köpeavtal 1988-03-28 förvärvade Handelsbolaget Capinova Finans nr 3, numera Kommanditbolaget Bastiljen nr 3 (härefter Bastiljen 3), aktierna i Åstorps för en köpeskilling om 17014000 kr med tillträde av aktierna 1988-04-06. Enligt avtal 1988-04-08 köpte aktiebolaget Tågmästaren, som sedan 1988-02-02 ägdes av La Reine Textil och Sport AB, samtliga aktier i Åstorps för en köpeskilling om 8467000 kr med tillträde av aktierna 1988-04-12. 1988-04-11 sålde Åstorps fastigheten för det bokförda värdet till Handelsbolaget Capinova Finans nr 4, numera Kommanditbolaget Bastiljen nr 4 (härefter Bastiljen 4). Bastiljen 3 och Bastiljen 4 var systerbolag och ägdes av Vävaren Förvaltnings Aktiebolag. Ställföreträdare

[152] Blomberg, Balans 1994:2 s. 32f och Advokaten 1994:2 s. 55f, synes på samma sätt som Nerep utgå från en annan systematik.

[153] Nerep hänvisar i sin debattartikel till en rad skäl som enligt hans mening talar mot bruttometoden och sålunda för nettometoden. Dessa skäl är i stort sett likalydande med dem som tidigare anförts i Svensk skattetidning 1993 s. 353ff. Se härom främst avsnitt 7.4.3.2.3 ovan.

och firmatecknare för samtliga bolag var bl.a. Staffan Liljekvist och Claes Nordström, vilka efter Bastiljen 3:s förvärv också företrädde det senare bolaget. 1988-12-21 sålde Bastiljen 4 fastigheten vidare till Göran Wikström för en köpeskilling om 12 milj kr, som i sin tur 1988-12-27 sålde fastigheten till ett av hans barn ägt bolag för 3251000 kr.

Det fria egna kapitalet i Åstorps enligt fastställd balansräkning för det vid tiden för fastighetsförsäljningen senaste räkenskapsåret, 1986-09-01–1987-08-31, uppgick till 2385261 kr med en beslutad avsättning till reservfonden om 92000 kr. Utdelningsbart belopp enligt 12:2 1 st. ABL var således 2293261 kr. (Försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL åberopades inte i målet.) Åstorps konkursbo yrkade i målet att Bastiljen 4 skulle förpliktas att till konkursboet återbära 9387831 kr.

Konkursboet anförde som grund för sin talan i huvudsak följande: Fastighetens marknadsvärde var vid tidpunkten för försäljningen avsevärt högre än dess bokföringsmässiga värde; fastigheten rymde en betydande obeskattad reserv. Marknadsvärdet per försäljningsdagen påstods uppgå till 12 milj kr eller i vart fall inte understiga 10,6 milj kr. Bestämmelsen om vinstutdelning i 12:2 ABL är analogt tillämplig på såväl öppna som förtäckta utbetalningar till utomstående. Sådana utbetalningar är följaktligen blott tillåtna om de håller sig inom ramen för bolagets fria egna kapital enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. Enligt konkursboet var transaktionen mellan Åstorps och Bastiljen 4 inte affärsmässigt betingad utan att betrakta som en vederlagsfri utbetalning till utomstående av ett belopp motsvarande skillnaden mellan fastighetens marknadsvärde, 12 milj kr, och försäljningspriset, 318908 kr, eller 11681092 kr. Försäljningen skulle därför, med beaktande av Åstorps fria egna kapital, vara att anse som en olovlig utbetalning till ett belopp om 9387831 kr.

Bastiljen 4 bestred käromålet. I första hand gjorde Bastiljen 4 gällande att samtliga transaktioner mellan Bastiljenbolagen och Åstorps (bl.a. fastighetsförsäljningen) varit uteslutande affärsmässigt betingade, varför bestämmelserna i 12 kapitlet ABL om vinstutdelning inte var tillämpliga. I andra hand gjorde Bastiljen 4 gällande att även om fastighetsförsäljningen inte kunde anses som affärsmässigt betingad utan fick anses innefatta vinstutdelning från Åstorps så var denna lovlig, eftersom transaktionerna inte inkräktat på Åstorps bundna egna kapital. Bastiljen 4 gjorde sålunda gällande att egendomsöverlåtelsen varit tillåten enligt nettometoden. Fastighetens bokförda värde motsvarades av fritt eget kapital i Åstorps enligt den senaste fastställda balansräkningen. (Jag bortser i förevarande sammanhang från övriga invändningar.)

Malmö tingsrätt, avdelning 1:3, fann att transaktionen inte hade varit affärsmässigt motiverad.[154] Vad angick frågan om brutto- eller nettometoden skulle tillämpas gjorde tingsrätten följande bedömning:[155]

[154] Se härom domen s. 9f.

[155] Se domen s. 11f.

"Vinstutdelningsreglerna har till syfte att skydda bolagsborgenärerna, aktieägarna och andra intressenter i bolaget mot förfaranden varigenom bolagsförmögenheten undandras dem. Reglerna innefattar också en garanti för att principen om likabehandling av alla aktieägare inte åsidosätts genom benefika transaktioner som inte kan kontrolleras av aktieägarna (jfr 8 kap. 13 § 1 st. och 9 kap. 16 § ABL). Tingsrätten anser att det är mest förenligt med lagstiftningens ändamål att en benefik utdelning av sakvärden till aktieägare eller annan skall vara tillåten endast om tillgångens marknadsmässiga värde ryms inom det utdelningsbara beloppet enligt balansräkningen. Den vederlagsfria utbetalning om 8281092 kr som fastighetsförsäljningen innefatta har följaktligen, med beaktande av Åstorps fria egna kapital, varit otillåten till ett belopp om 5987831 kr."

Domen överklagades. I likhet med tingsrätten fann Hovrätten över Skåne och Blekinge att försäljningen av fastigheten till Bastiljen 4 inte hade varit affärsmässigt betingad. Den hade innefattat en vederlagsfri utbetalning till Bastijen 4 motsvarande skillnaden mellan köpeskillingen och fastighetens marknadsvärde eller 8281092 kr. Hovrätten konstaterar vidare att reglerna i 12 kapitlet ABL om vinstutdelning är tillämpliga även i fråga om transaktioner till förmån för tredje man.

Enligt hovrätten beror frågan om fastighetsöverlåtelsen vid en prövning enligt 12:2 1 st. ABL skall anses ha innefattat en otillåten vinstutdelning på till vilket värde – marknadsvärdet eller det bokförda värdet – som fastigheten skall anses ha frångått Åstorps. Hovrätten besvarar frågan på följande vis:[156]

"Goda skäl kan anföras såväl för meningen att fastigheten vid den prövning varom är fråga skall anses ha frångått Åstorp till marknadsvärdet som för den meningen att det skall anses ha skett endast till det bokförda värdet. Lagstiftaren har uppenbarligen inte för ett fall som det förevarande annorledes än genom ordalagen i 12 kap. 2 § 1 st. aktiebolagslagen (1975:1385) tagit ställning till gränsen för tillåten vinstutdelning. Överlåtelsen av fastigheten till Bastiljen 4 har otvivelaktigt innefattat en s.k. förtäckt vinstutdelning i storleksordningen 8281092 kr. Oavsett till vilket värde fastigheten redovisats i Åstorps bokföring kan inte mot ordalagen i lagrummet anses annat än att vinstutdelningen till beloppet 5987831 kr varit otillåten. En sådan tolkning av lagrummet ligger även i linje med den allmänna försiktighetsprincip[157] som skall tillämpas i redovisningssammanhang."

[156] Domen s. 3. Se härom Blomberg, Advokaten 1994:3 s. 126f.

[157] Min not. Se Andersson, SvJT 1993 578ff. Annorlunda Lindskog, SvJT 1993 s. 927. Se ock följande avsnitt 7.4.3.2.7.

7.4.3.2.7 Brutto- eller nettometod – vilken metod står i överensstämmelse med det åsyftade tredjemansskyddet, särskilt borgenärsskyddet, ävensom allmänna överväganden?

Trots att såväl språkliga som systematiska skäl samt även i viss mån NJA 1962 s. 461 talar för att bruttometoden skall användas vid tillämpningen av bl.a. 12:2 ABL kan det ifrågasättas, om inte nettometoden står i bättre överensstämmelse med tredjemansskyddet, särskilt borgenärsskyddet, än bruttometoden. Åtminstone förefaller det senare vara en uppfattning som förfäktas av företrädare för nettometoden.

ABL vilar på presumtionen att aktiebolag företar *aktiebolagsrättsliga utbetalningar* med kontanter. Bestämmelserna i BFL och ABL bygger på *presumtionen* att bolaget skall ses som en "*going concern*". Utgångspunkten för det i ABL och i BFL åsyftade *tredjemansskyddet* – dvs. det i t.ex. 12:2 ABL åsyftade skyddet för bl.a. bolagets borgenärer – kan därmed sägas vara *att bolagets tillgångar och tjänster avyttras* till *marknadspris* i rörelsen alltefter *bolagsföreträdarnas affärsmässiga förmåga*. Resultatet av bolagets transaktioner under ett räkenskapsår redovisas i resultaträkningen. Bolagets förmögenhetsställning framgår av balansräkningen och det är på grundval av *fastställd balansräkning* som bolagsstämman skall fatta beslut om vinstutdelning, som verkställs genom att bolaget betalar ut pengar till aktieägarna.

Presumtionen att aktiebolaget skall ses som en "going concern" i vilken tillgångar och tjänster avyttras till marknadspris i rörelsen alltefter *bolagsföreträdarnas affärsmässiga förmåga* är grundläggande för BFL:s värderingsregler avseende tillgångar och skulder. Visserligen skall tillgångar och skulder värderas försiktigt i bolagsborgenärernas och andra utomstående intressenters intresse. Men detta *skydd för tredje man* bygger på *antagandet* att bolagets *tillgångar och tjänster avyttras i rörelsen till marknadspris*.

Förklaringen till *varför* tillgångar och skulder i tredje mans intresse skall värderas försiktigt är att detta förhindrar och (eller) motverkar t.ex. fiktiva utdelningsbara vinster eller att penninglån lämnas under felaktiga ekonomiska förutsättningar. Och det är bl.a. av dessa skäl – jag bortser härvidlag från de skatterättsliga reglernas betydelse – som värdet av bolagets tillgångar i balansräkningen i många fall kommer att avvika och understiga värdet av samma tillgångar ur ett "verkligt" perspektiv. Av det anförda följer att syftet med värderingsreglerna i och för sig är att förhindra och motverka övervärdering av tillgångar och undervärdering av skulder. Därigenom garanteras tredje man, särskilt bolagets borgenärer, att värdet av bolagets förmögenhet *åtminstone* uppgår till ett visst belopp.

Ett argument för att man vid tillämpningen av 12:2 ABL bör använda

sig av de i balansräkningen upptagna värdena på bolagets tillgångar – vare sig nu detta innebär det bokförda värdet eller anskaffningsvärdet – uppges ofta vara att borgenärsskyddet vilar på hur tillgångar, skulder och eget kapital redovisas i balansräkningen. Genom att använda sig av de i balansräkningen upptagna värdena på bolagets tillgångar förändras inte heller bolagets balansmässiga ställning vid utbetalningar av sakvärden. En tillämpning av nettometoden, men inte bruttometoden, skulle därför stå i överensstämmelse med det i ABL och BFL åsyftade borgenärsskyddet.

En tillämpning av nettometoden tar *emellertid inte* hänsyn till *varför* tillgångar och skulder skall värderas försiktigt. *Förklaringen* till varför så är fallet är den ovan angivna. De i *BFL* stadgade *värderingsreglerna* har *dock aldrig haft till syfte att vara bestämmande för hur bolagets prestation skall värderas vid tillämpningen av utbetalningsreglerna i ABL såsom 12:2*, då utbetalning sker med annan egendom än kontanter (sakvärdesutbetalning). Tvärtom har de i *BFL* stadgade *värderingsreglerna enbart till syfte att vara bestämmande för vilket värde bolagets tillgångar (och skulder) skall åsättas i balansräkningen när dessa ingår i bolagets förmögenhetsmassa*,[158] och följaktligen inte avhänds bolaget och försvinner ur förmögenhetsmassan som sakvärdesutbetalning. Nettometoden tar i motsats till bruttometoden sålunda inte hänsyn till att tredjemansskyddet i ABL och BFL vilar på antagandet, att aktiebolaget skall ses som en "going concern" i vilken tillgångar och tjänster avyttras till marknadspris i rörelsen alltefter bolagsföreträdarnas affärsmässiga förmåga.

Jag skulle till och med vilja hävda att en tillämpning av nettometoden i själva verket är oförenlig med de ändamål som ligger till grund för reglerna i BFL om värdering av tillgångar och skulder. Detta följer av att nettometoden, som metod för att värdera bolagets prestation vid tillämpningen av t.ex. 12:2 ABL avseende utdelningsbart belopp, inte har något att göra med det tredjemansskydd, som är åsyftat med de värderingsregler i BFL på vilka metoden baserar sig. Tillgångar och skulder skall, som framgått, i tredje mans intresse värderas försiktigt i syfte att förhindra och (eller) motverka t.ex. fiktiva utdelningsbara vinster eller att penninglån lämnas under felaktiga ekonomiska förutsättningar. Bolagets tillgångar och skulder värderas emellertid försiktigt under antagande av att bolagets tillgångar och tjänster avyttras i rörelsen till marknadspris. En tillämpning av *nettometoden innebär* egentligen *att man använder sig av*

[158] Och detta gäller oavsett om ett "juridiskt synsätt" eller ett "ekonomiskt synsätt" (principen om "substance over form") skall vara avgörande vid bedömningen huruvida en tillgång skall rapporteras i balansräkningen eller ej. Se härom t.ex. Thorell, Företagens redovisning s. 80ff.

BFL:s värderingsregler för ett främmande syfte, dvs. en tillämpning av BFL:s värderingsregler när tillgångar vederlagsfritt lämnar bolaget och inte – som BFL förutsätter – att tillgångar finns kvar i bolaget eller avyttras till marknadsvärdet.[159]

Inte heller tesen om att 12:2 ABL, särskilt 1 st., skulle bygger på en princip om balansmässig effekt är enligt min mening riktig. Vad 12:2 ABL anger är storleken på det utdelningsbara beloppet enligt den fastställda balansräkningen för det senaste räkenskapsåret. Det utdelningsbara beloppet återspeglar i vilken utsträckning värdet av bolagets tillgångar överstiger värdet av bolagets skulder. *Substansen* i det *tredjemansskydd* som åsyftas med 12:2 ABL står dock inte att finna i detta belopp eller någon allmän princip om skyddet för det bundna egna kapitalet. Tredjemansskyddet får sin substans i *bolagets verkliga förmögenhetsmassa*, och det är denna som minskar vid öppna eller förtäckta utbetalningar med kontanter eller sakvärden (förmögenhetsminskning för bolaget).[160] Vid sakvärdesutbetalningar bör man utgå från att *det i 12:2 ABL åsyftade skyddet för tredje man såsom bolagets fordringsägare grundar sig på den verkliga förmögenhetsmassan i bolaget*. Avgörande för bedömningen bör följaktligen vara den *effekt* som rättshandlingen *reellt sett* har på *förmögenhetsmassan* i bolaget; vad som kan betecknas som *förmögenhetsmässig effekt*. I enlighet med denna princip ger marknadsvärdemetoden, vilken innebär att marknadsvärdet av sakvärdesutbetalningen skall jämföras med (och avräknas från)[161] utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL, *en rättvisande bild av förmögenhetsdispositionens storlek* och *vilka ekonomiska verkningar* denna *materiellt sett har för bolaget*.[162] Se om tredjemansskyddet, i synnerhet borgenärsskyddet, avsnitt 4.3.3.2 ovan.

> Bruttometoden är också förenlig med det i KonkL åsyftade borgenärsskyddet och där förekommande återvinningsregler. Jfr ock ovan avsnitt 4.3.3.2.
>
> Nerep synes mena att bruttometoden i jämförelse med nettometoden blott ger ett bättre skydd för bolagets borgenärer i det fall, där bolaget går i kon-

[159] Förespråkare för nettometoden berör aldrig detta förhållande.

[160] Jfr prop. 1993/94:196 s. 81f.

[161] Se emellertid beträffande redovisningsproblemet avsnitt 12.3.2.1 nedan.

[162] Enligt Lindskog vore det som att jämföra äpplen och päron, om man vid bestämning av utbetalningsvärdet (kapitalanvändningsvärdet) tog hänsyn till dolt övervärde (marknadsvärdet överstiger det bokförda värdet). Slutsatsen motiveras med att ett dolt övervärde inte inverkar på det redovisade egna kapitalet och således ej heller på fribeloppet. Se JFK 12:2-5.3.1 not 93 (s. 50). Enligt min mening kan sakvärdesproblematiken och valet mellan brutto- och nettometoden nog snarare liknas vid hönan och ägget, där hönans viktminskning när ägget läggs korresponderar mot äggets vikt oavsett vilken vikt som hönans ägg har åsatts i den budgeterade äggproduktionen.

kurs nära i tiden efter utbetalningen i fråga.[163] För sådana situationer ligger enligt Nerep borgenärsskyddet emellertid primärt i KonkL:s återvinningsregler och BrB:s reglering av brott mot borgenärer. Något parallellt, eller vid undantagsfall kompletterande skydd i ABL i detta hänseende skulle inte vara nödvändigt och ej heller åsyftat.

Enligt min uppfattning förhåller det sig precis tvärtom. ABL:s bestämmelser om det bundna egna kapitalet m.m. syftar till att bl.a. förhindra konkurs genom att bolaget vid varje tidpunkt skall vara sufficient, dvs. värdet av bolagets tillgångar skall överstiga värdet av skulderna; bolagets förmögenhetsmassa sådan den garanteras av bl.a. 13:2 ABL – jfr även 12:2 ABL – skall fungera som en "buffert" mot insolvens.[164] Det finns sålunda ett betydande funktionellt samband mellan KonkL och ABL. Vidare gäller att KonkL:s bestämmelser om återvinning bygger på marknadsvärdet. Mot denna bakgrund vore det inkonsekvent att använda något annat än bruttometoden vid tillämpningen av bl.a. 12:2 ABL.

Om HD slutligen väljer att tillämpa nettometoden blir resultatet enligt min mening ett avsevärt sämre tredjemansskydd än vad som är åsyftat med bestämmelserna i ABL och BFL. Det är knappast någon mening med att i bl.a. bolagsborgenärernas intresse värdera bolagets tillgångar till ett lägre värde än det verkliga *och under antagande att dessa avyttras i bolagets rörelse till marknadspris*, om vi samtidigt vid tillämpningen av 12:2 ABL använder oss av en metod vid utbetalningar av sakvärden till aktieägare som inte kräver mer än att vi använder oss av de sålunda i balansräkningen (i främst bolagsborgenärernas intresse och för – nota bene – särskilda syften!) framtagna lägre värdena på tillgångarna.

Lindskog har i SvJT 1993 s. 927f kritiserat de av mig anförda ändamålsskälen avseende tredjemansskyddet, särskilt borgenärsskyddet, som framförts i SvJT 1993 s. 566ff på s. 578ff. Lindskog förstår inte mitt "kortfattade" resonemang om borgenärsskyddet och anför därefter följande: "Att tillgångar i borgenärernas intresse skall värderas försiktigt (försiktighetsprincipen) syftar till, inte att låsa in övervärden i bolaget utan att det skall finnas substans bakom i balansräkningen upptagna tillgångsvärden. Beloppsspärrens funktion är att främst i borgenärernas intresse hindra aktieägarna från dispositioner som innebär att bolaget kommer att sakna täckning för sitt bundna kapital. Att såväl försiktighetsprincipen som skyddet för det bundna egna kapitalet vilar på borgenärsintressen är inte ett skäl för en sammanblandning mellan berörda regelkomplex."

Dessvärre har Lindskog missat "skogen för träden". Enligt Lindskog

[163] Se Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 401 (argument nr 7). Noteras bör att denna slutsats framföres i samband med att Nerep diskuterar huruvida bruttometoden enbart ger ett momentant skydd för bolagets fordringsägare. Se härom nedan.
[164] Se avsnitt 4.3.3.2 ovan.

består borgenärsskyddet i 12:2 ABL i det bundna egna kapitalet och dess bevarande. Detta är en riktig iakttagelse. Samtidigt säger den mycket lite om borgenärsskyddets reella innehåll. Det bundna egna kapitalet är inget annat än en post i balansräkningen. Denna post bereder *i och för sig* inte tredje man såsom bolagets borgenärer något skydd. Vad som bereder bolagets borgenärer skydd är de materiella tillgångarna i bolaget – förmögenhetsmassan.

Vid sakvärdesutbetalningar är det två frågor som aktualiseras: dels vilket värde bolagets prestation skall värderas till vid tillämpningen av 12:2 ABL avseende det utdelningsbara beloppet, dels storleken på det utdelningsbara beloppet enligt denna bestämmelse. Svaret på den senare frågan är beroende av bl.a. vad som redovisas som fritt eget kapital i den fastställda balansräkningen för det senaste räkenskapsåret. Svaret på den förra frågan får (bl.a.) sökas i vad som ger substans åt tredjemansskyddet. Tredjemansskyddet får sin substans i förmögenhetsmassan i bolaget. Det är därmed naturligt att värdera bolagets prestation med utgångspunkt i vilken effekt sakvärdesutbetalningen har på förmögenhetsmassan. Att förmögenhetsmassan minskar med ett värde som motsvarar marknadsvärdet av sakvärdesutbetalningen är uppenbart. Med hänsyn till det åsyftade tredjemansskyddet bör man följaktligen vid tillämpningen av 12:2 ABL jämföra marknadsvärdet av sakvärdesutbetalningen med det utdelningsbara fria egna kapitalet.

Vad jag i ovan nämnda uppsats har försökt visa är att nettometoden är oförenlig med BFL och ABL fastän metoden egentligen innefattar en materiell tillämpning av värderingsreglerna i BFL. Jag försöker vidare förklara varför så är fallet. Lindskog vänder sig mot att jag diskuterar BFL:s regler och menar att jag blandar samman det i respektive regelsystem åsyftade borgenärsskyddet. För egen del kan jag inte se annat än att det är självklart att man måste diskutera båda regelkomplexen. Lindskog företräder i huvudsak en slags nyanserad nettometod. Nettometoden innebär att det bokförda värdet av en sakvärdesutbetalning skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital. Vad Lindskog inte frågar sig är varför och under vilka antaganden bolagets tillgångar i balansräkningen tas upp till ett annat värde än det "verkliga", alltså till det bokförda värdet. Svaret är att tillgångar och skulder skall värderas försiktigt i syfte att förhindra en övervärdering av bolagets förmögenhet, och att detta sker under antagande av att bolagets tillgångar avyttras i rörelsen till marknadspriset.[165] Sålunda förbiser Lindskog att nettometoden inte ens står i överensstämmelse med grunderna för värderingsreglerna i BFL, vilka han emellertid använder sig av såtillvida att det bokförda värdet – bestämt enligt värderingsreglerna i BFL – av en sakvärdesutbetalning jämförs med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL.

[165] Vad Lindskog anför om att värderingsreglerna i BFL inte syftar till att låsa in övervärden i bolaget är nog så riktigt. Men i så fall bör man också tillägga att eventuella övervärden lämnar bolaget samtidigt med att bolaget överlåter egendomen i rörelsen till marknadsvärdet (alltefter bolagsföreträdarnas affärsmässig förmåga), åtminstone presumeras detta i BFL.

Det bör vidare framhållas att en tillämpning av nettometoden skulle innebära att bolagets tillgångar anses ha ett värde i relation till utomstående i egenskap av avtalskontrahent, dvs. som säljare, köpare, konsument etc., och ett annat i relation till tredje man i egenskap av skyddsobjekt, dvs. som intressent vars intressen ABL söker tillgodose. Enligt min uppfattning måste bolagets tillgångar anses ha samma värde i relation till utomstående i egenskap av avtalskontrahent (t.ex. som leverantör) som i relation till tredje man i egenskap av skyddsobjekt (borgenär eller aktieägare); *en princip om kongruens*.

> Jfr härvidlag bestämmelsen om apportegendom i 2:2 1 st. 3 meningen ABL: Värdet på apportegendomen får ej sättas högre än det verkliga värdet på egendomen. (Utgångspunkten är marknadsvärdet även om regeln i och för sig inte hindrar undervärdering.)

Till det sagda kommer det faktum, att den nyligen genomförda höjningen av aktiekapitalets minimumstorlek till 100000 kr i privata aktiebolag respektive 500000 kr i publika aktiebolag blott kan betraktas som i någon mån meningsfull för fordringsägare i aktiebolag,[166] om bruttometoden samtidigt används vid tillämpningen av bl.a. 12:2 ABL.[167] Syftet med bestämmelserna om aktiekapitalet är, som det beskrivs i prop. 1993/94:196,[168] "att skydda borgenärerna, att garantera att det verkligen skapas en bolagsförmögenhet och att denna behålls inom bolaget". Nettometoden är knappast förenlig med ett sådant synsätt, eftersom denna ju reellt sett innebär att ekonomiska värden – vilka ingår i bolagsförmögenheten – om flera miljoner kr eller till och med flera miljarder kr vederlagsfritt kan försvinna ur ett aktiebolag.

Med hänsyn till att EU:s medlemsstater synes använda sig av bruttometoden framstår också nettometoden (och detsamma gäller anskaffningsvärdemetoden) som oförenlig med kapitaldirektivets ändamål, att garantera fordringsägare och aktieägare ett minimum av likvärdigt skydd (se avsnitt 6.2 ovan och jfr avsnitt 5.4.3.1 samt 12.3.1).

Ett argument mot bruttometoden uppges stundom vara att denna är formalistisk. Bruttometoden innebär inte något definitivt skydd för bolagets borgenärer, eftersom tillgången kan överlåtas till marknadsvärdet, varefter den uppkomna vinsten kan utdelas.[169] Vad som uppnås med bruttometoden skulle bara vara en temporär inlåsning av sådana övervärden

[166] Se om borgenärsskyddet prop. 1993/94:196 s. 79ff.
[167] Jfr avsnitt 4.3.3.3 ovan (finstilta partiet i slutet).
[168] S 81f.
[169] Se bl.a. Margulies–Roos i Balans 1981:8 s. 30; Pehrson i JT 1992–93 s. 970f och Lindskog i SvJT 1993 s. 928 (replik). Jfr ock Nereps argument nr 7 nedan.

som inte erfordras för att täcka det bundna egna kapitalet.

Jag vill mena att argumentet är vilseledande. Om bolaget i stället låter försälja egendomen kommer den realiserade vinsten att (1) framgå av resultaträkningen och (2) ingå i fritt eget kapital enligt den *fastställda balansräkningen*. Det är sålunda alltför förenklat att påstå, att tillgången kan överlåtas till marknadsvärdet och att vinsten därefter kan utdelas. Vinstutdelning från aktiebolag förutsätter inte blott att företagets samtliga affärstransaktioner gett upphov till en "vinst" (jag bortser härvidlag från balanserade vinstmedel och fria fonder). Vinstutdelning förutsätter därtill ett framräknat årsresultat enligt en fastställd resultaträkning och ett (utdelningsbart) fritt eget kapital enligt en fastställd balansräkning.

För övrigt bygger argumentet på ett antagande om att bolaget företar en affärstransaktion – en försäljning – under ett räkenskapsår och att bolaget delar ut den uppkomna vinsten. Detta är som bekant så gott som aldrig fallet i verkligheten. Resultaträkningen och balansräkningen upprättas på årsbasis och är en sammanställning av hela *årets resultat och förmögenhet*; inte minst besvarar resultaträkningen frågan om *samtliga affärstransaktioner* under året med hänsyn till bolagets sammanlagda kostnader *sammantaget* resulterat i en *årsvinst* eller *årsförlust*.[170]

Det är visserligen riktigt att bruttometoden inte innebär något definitivt skydd för bolagets borgenärer såtillvida att "övervärden" ovillkorligen blir inlåsta i bolaget. Bruttometoden ger emellertid en för tredje man såsom bolagets borgenärer *rättvisande bild* av *förmögenhetsdispositionens storlek* och vilka *ekonomiska verkningar denna materiellt sett har för bolaget*; den vederlagsfria förmögenhetsdispositionen är – märk väl – inte jämförlig med en "dålig" (oklok) affär.

> Nerep menar att det ofta åberopade argumentet för bruttometoden, att denna bättre skyddar bolagets borgenärer än nettometoden, bygger på en chimär.[171] Till stöd härför anförs följande:[172] "Antag nämligen att ett aktiebolag gjort en utbetalning i form av koncernbidrag, utdelning av sakvärden, eller på annat sätt, motsvarande 100 såsom vederlagsfri utbetalning. Antag sedan att utbetalningen icke inkräktar på aktiebolagets bundna kapital, men att utdelningsbart enligt senast fastställda balansräkning i enlighet med alternativ 1 A[173] endast var 20. Den olovliga utbetalningen skulle därmed med tillämpning av bruttometoden och alternativ 1 A uppgå till 80. Ogiltigheten av denna utbetalning medför återbäringsskyldighet. Om nu en av bolagsstyrelsen eller möjligen borgenärerna riktad återbäringstalan leder till att dessa 80

[170] Jfr Sacklén, JT 1994–95 s. 82.

[171] Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 401 (argument nr 7).

[172] Se a.st.

[173] Min not. Se härom ovan avsnitt 7.4.3.2.1.

återbärs till bolaget, skulle dessa medel ändå vara tillgängliga för utdelning (allt annat lika), även med en tillämpning av bruttometoden och alternativ 1 A, i anslutning till efterföljande ordinarie bolagsstämma, sedan balansräkningen fastställts. De olovligt utdelade medlen återförs till bolaget och tillgodoser borgenärens intresse endast indirekt och ytterst momentant."[174]

I förevarande fall av *olaga utbetalning* har *bruttometoden och återbäringen* enligt min uppfattning åtminstone *fyra fördelar* (att Nerep:s s.k. alternativ 1 A inte är representativt för min bruttometod har berörts i avsnitt 7.4.3.2.1 ovan). För det första innebär lösningen att man upprätthåller den presumtion på vilken tredjemansskyddet i ABL och BFL vilar, närmare bestämt att aktiebolaget skall ses som en "going concern" i vilken *tillgångar och tjänster avyttras till marknadspris* i rörelsen alltefter bolagsföreträdarnas affärsmässiga förmåga. För det andra ger lösningen en *rättvisande bild av förmögenhetsdispositionens storlek och vilka ekonomiska verkningar denna materiellt sett har för bolaget.* För det tredje bidrar lösningen till att vederlagsfria förfoganden över bolagets förmögenhet sker i *ordnade former* (jfr nedan). Det är i själva verket oriktigt att beskriva skyddet för bolagets borgenärer som "indirekt och ytterst momentant", eftersom vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten i form av vinstutdelning skall motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret (om inte fråga är om utbetalning av förskottsutdelning);[175] aktieägarna får inte under det löpande räkenskapsåret vederlagsfritt disponera över bolagsförmögenheten som om den vore deras egen. För det fjärde innebär lösningen att förmögenhetsdispositionen redovisas *öppet* (jfr nedan).

Ytterligare ett skäl som talar för bruttometoden och att sakvärdesutbetalningar skall redovisas till marknadsvärdet över – kanske resultaträkningen och definitivt – balansräkningen, är att förmögenhetsöverföringens verkliga innehåll därigenom kommer att redovisas *öppet.*[176] En öppen redovisning är till gagn för tredjemansskyddet, i synnerhet för bolagets fordringsägare. Därtill kommer att bruttometoden antagligen är till gagn för rättsordningen i stort, eftersom denna torde motverka (och inte som nettometoden uppmuntra) transaktioner såsom förtäckta rättshandlingar varigenom aktiebolagen i det fördolda töms på betydande ekonomiska värden.

En motsatt uppfattning företräds dock av Nerep. Nerep menar att det s.k. publicitetsargumentet,[177] vars innebörd sägs vara att befintliga och potenti-

[174] Se ovan vid not 163 om förhållandet till KonkL:s återvinningsregler.

[175] Jag antar att det inte är fråga om en utbetalning av förskottsutdelning. Se härom avsnitt 12.3.2.3.3.

[176] Jfr t.ex. Kedner ovan i avsnitt 7.4.3.2.4. Se dock om det redovisningstekniska problemet i avsnitt 12.3.2.1 nedan.

[177] Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 402 (argument nr. 9).

ella borgenärer till aktiebolaget har klart iakttagbara ramar för vinstutdelningen angivna i senast fastställda balansräkning, inte är hållbart såtillvida att även nettometoden bygger på en utåt sett synlig och fastställd ram, nämligen bolagets bundna egna kapital. Jag vill mena att någon distinktion av angivet slag inte existerar; i varje fall innebär bruttometoden inte nödvändigtvis att ett vederlagsfritt förfogande över bolagsförmögenheten skall prövas mot den senaste fastställda balansräkningen (jfr ovan avsnitt 7.4.3.2.1 och särskilt nedan avsnitt 12.3.2.3.3 om utbetalning av utdelning i förskott). Innebörden av publicitetsargumentet är inte heller det anförda utan att sakvärdesutbetalningar i tredje mans intresse skall redovisas öppet.

Nerep framhåller vidare att en borgenär inte har anledning att förlita sig på den ram som bruttometoden och alternativ 1 A ger, om det inte är klarlagt i lag och rättspraxis, att bruttometoden och alternativ 1 A utgör gällande rätt. Bruttometoden innebär enligt min uppfattning inte alternativ 1 A och därför är detta irrelevant i valet mellan bruttometoden och nettometoden.[178] Nerep menar även att en försiktig borgenär utgår från att nettometoden gäller. Enligt mitt förmenande utgår en *normalbegåvad borgenär med sunt förnuft* knappast från nettometoden utan snarare från bruttometoden. En bolagsborgenär saknar all anledning att tro att ett aktiebolag kan tömmas på betydande ekonomiska värden i enlighet med nettometoden. Måhända skulle en dylik hypotetisk borgenär till och med anse att nettometoden är oförenlig med en rättsordning värd namnet. Vad en bolagsborgenär hypotetiskt utgår från är emellertid inte avgörande i valet mellan bruttometoden och nettometoden. Detta spörsmål måste avgöras med hänsyn till vilket slags tredjemansskydd, i synnerhet borgenärsskydd, bestämmelserna i ABL och BFL söker åstadkomma, och detta talar för bruttometoden.

Det förtjänar dessutom – än en gång – framhållas, att bruttometoden främjar *ordning och reda i näringslivet.*[179] Marknadsvärdemetoden är dessutom *konsekvent.*[180]

Ett annat skäl av mer allmän karaktär som talar för bruttometoden är

[178] Se ovan avsnitt 7.4.3.2.1.

[179] Se ovan avsnitt 7.4.3.2.5.

[180] På senare tid tycks bruttometoden ha åberopats i olika processer för syften som inte i första hand synes vara att tillgodose nödställda borgenärer. Detta är naturligtvis beklagligt. Man skall emellertid inte betrakta dylika processer som ett argument som talar mot bruttometoden (jfr emellertid Nerep, Balans 1994:6–7 s. 51 f). Processerna torde ha uppkommit på grund av att nettometoden i ett tidigare skede har använts för att föra över tillgångar till bokförda värden, inte sällan i samband med s.k. skalbolagstransaktioner och liknande (måhända kan man härvidlag tala om att "marknaden" är "självreglerande"). Väljer HD att upprätthålla bruttometoden kommer dylika konstlade transaktioner att i allt fall upphöra i framtiden. För övrigt torde stötande resultat i rättstillämpningen kunna undvikas genom allmänna principer. Jfr finstilta partiet i slutet nedan om bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL och s.k. rättsvillfarelse respektive om återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL och ogiltighet i avsnitt 12.5.2, särskilt finstilta partiet mot slutet.

att denna – men inte nettometoden – sannolikt står i överensstämmelse med det allmänna rättsmedvetandet.[181]

> Antag att ett aktiebolag har en anläggningstillgång som är bokförd till 1 kr men har ett marknadsvärde om 1 miljard kr. Enligt nettometoden är det tillräckligt om bolaget disponerar över ett fritt eget kapital enligt 12:2 ABL om 1 kr. Är så fallet kan det dolda övervärdet om 999999999 kr fritt överföras till aktieägarna. För egen del har jag svårt att tro att en dylik syn på vad som *reellt sett* är ett *vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet till nackdel för externa intressenter* kan anses som *rätt och riktigt*. Nettometoden torde därför inte kunna vinna allmän acceptans i det allmänna rättsmedvetandet. En författare som dock tycks tro att så är fallet är Gometz.
>
> Ett spörsmål som ligger mycket nära det berörda är om det med hänsyn till att företagsledare m.fl. varit okunniga om sakvärdesproblematiken finns anledning att nöja sig med nettometoden.[182] Härför skulle inte minst tala det förhållandet att rättsläget sedan mitten av 1950-talet har varit oklart, att ett flertal juridiska auktoriteter företräder nettometoden och att företagsledare m.fl. riskerar bristtäckningsansvar enligt 12:5 2 st. ABL såvida HD anser att bruttometoden skall användas vid tillämpningen av 12:2 ABL. Enligt min mening är denna problematik inte ett argument mot bruttometoden. Vad gäller företagsledare såsom styrelseledamöter och verkställande direktörer bör rättsvillfarelse av nu angivet slag[183] kunna beaktas inom ramen för culpabedömningen vid tillämpningen av bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL (se nedan).[184]
>
> Den allmänna principen vid åsidosättandet av en rättslig norm – oberoende av dess art – är att detta i princip leder till ansvar för skada som därigenom orsakas. Culpa presumeras i överensstämmelse med en allmän regel att man inte med rättslig verkan kan åberopa bristande kännedom om lagens innehåll ("äkta" rättsvillfarelse). Denna princip skall sannolikt förstås mot bakgrund av att lagtexten i regel är entydig och – åtminstone om den läses med omsorg – ger besked om vad som tillåtet respektive inte tillåtet.
>
> I andra fall kan emellertid en föreskrift ge anledning till olika tolkningar eller det kan vara oklart om en åtgärd strider mot en rättsnorm, t.ex. en generalklausul. Med avvikelse från den allmänna principen anses en medlem av bolagsledningen kunna undgå ansvar om han på grundval av omständigheter som var kända när ett beslut fattades eller en åtgärd vidtogs knappast haft möjlighet att inse den bristande överensstämmelsen med lag, t.ex. när det tolkningsalternativ som följts endast svårligen kan anses vara oriktigt. Ett exempel på ett dylikt tolkningsalternativ måste – förutsatt HD kom-

[181] Annorlunda Gometz, Balans 1994:6–7 s. 14. Se härom nedan.

[182] Jfr Gometz, Balans 1994:6–7 s. 14.

[183] Så bör väl kunna tänkas vara fallet om de erhållit "oaktsam" rådgivning med innebörd att nettometoden otvivelaktigt är den rätta. Däremot bör inte så vara fallet för de som kan förväntas ha tillräcklig insikt och kunskap på området eller i vart fall kan sägas ha "chansat" på nettometoden (det senare synes tyvärr ha förekommit). Se nedan.

[184] Jfr till det följande Taxell, Bolagsledningens ansvar s. 28f.

mer fram till bruttometoden – rimligen få anses vara nettometoden vid tillämpningen av 12:2 ABL. I sådana fall kan förmodligen också personliga kvalifikationer beaktas. Personer ingående i företagsledningen eller möjligen revisorer (sistnämnda i egenskap av revisorer eller konsulter) med god kännedom om sakvärdesproblematiken[185] bör dock inte på grund av ovanstående undantag kunna undgå ersättningsskyldighet enligt antingen 12:5 2 st. ABL eller allmänna principer.[186]

Sammanfattningsvis vill jag mena att det med hänsyn till tredjemansskyddet, särskilt borgenärsskyddet, och allmänna överväganden inte finns någon anledning att använda någon annan metod än bruttometoden. Vid såväl öppna som förtäckta utbetalningar av sakvärden bör bolagets prestation värderas till marknadsvärdet vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2.[187]

En i gällande rätt trots allt tänkbar variant av netto- och bruttometoden företräds av Lindskog.[188] I utländsk rätt finns en liknande metod representerad i litteraturen avseende GmbHG (rör tillämpningen av 30 § 1 st. GmbHG). En lämplig beteckning på metoden är *kombinationsmetoden*.

Kombinationsmetoden innebär att nettometoden skall tillämpas, om bolaget har ett intakt bundet eget kapital och reservfonden uppgår till det lagstadgade 20% av aktiekapitalet (eller det högre belopp som följer av bolagsordningen). Lindskog menar att så länge dispositionen inte får en balansmässig effekt som inverkar på det bundna egna kapitalet bör endast förfogandets redovisade balansmässiga effekt beaktas. Innebär dispositionen en ökning av kapitalet eller minskning av kapitalet som ryms inom utdelningsbart belopp är borgenärsskyddet tillräckligt tillgodosett med nettometoden. Bruttometoden skall däremot tillämpas om bolaget saknar ett intakt bundet eget kapital enligt den senast fastställda balansräkningen (och) eller reservfonden inte är vederbörligen fylld.

Enligt min uppfattning har kombinationsmetoden klara fördelar framför den mer utpräglade nettometoden, eftersom den förra tar hänsyn till att vinstutdelning förutsätter ett intakt bundet eget kapital inklusive en fylld reservfond. Som Lindskog framhåller måste en överlåtelse av egendom till bokfört värde understigande marknadsvärdet, där angivna förutsättningar

[185] Härvidlag synes det vara fråga om ett medvetet risktagande eller åtminstone ett flagrant exempel på riskbetonad rådgivning. Jfr i sammahanget ock utlåtande avgivet av Gometz (citerat som Gometz, Utlåtande), s. 8, i den av Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 1, meddelade domen 1993-12-16 DT 38 (T 616/91), vilken har överklagats till HD. Gometz synes oroa sig för de ersättningsanspråk som en tillämpning av bruttometoden kan tänkas ge upphov till.

[186] Se om bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL och ersättningsskyldighet jämlikt allmänna principer kapitel 14 nedan.

[187] Men se i följande avsnitt om ett undantag från marknadsvärdemetoden.

[188] Jfr ock Nerep i Svensk skattetidning 1993 s. 404ff ovan i avsnitt 7.4.3.2.3.

inte är uppfyllda, anses stå i strid mot det skyddssyfte som uppbär 12:2 ABL. Skälet till detta är att oavsett om transaktionen inte innebär någon reduktion av det egna kapitalet hade – om egendomen försålts till marknadsvärdet – skillnaden mellan marknadsvärdet och det bokförda värdet inte kunnat delas ut (helt eller delvis).

7.4.4 Utbetalning av utdelning som indirekt förmögenhetsminskning för bolaget – skyddet för tredje man

7.4.4.1 Typfall III: Vinstutdelning genom utbetalning i form av t.ex. vederlagsfri nyttjanderätt eller tjänst

Undersökningen har så här långt berört utbetalningar där aktieägarna uppbär pengar eller annan egendom med äganderätt. Bolagets prestation skall enligt min uppfattning värderas till marknadsvärdet vid tillämpningen av utbetalningsreglerna i ABL såsom 12:2. Vad gäller då om bolaget låter aktieägarna vederlagsfritt utnyttja bolagets tillgångar med begränsad rätt såsom nyttjanderätt eller vederlagsfritt tillgodogöra sig bolagets tjänster? Utgör värdeöverföringen en utbetalning enligt ABL? Och vilket värde skall i så fall jämföras med t.ex. utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL (jfr föregående avsnitt om sakvärdesutbetalningar).

> Aktieägarna X och Y i Grönsaken AB beslutar på ordinarie bolagstämma att bolagets egendom skall disponeras på så vis att X vederlagsfritt får utnyttja en bolaget tillhörig villafastighet under ett års tid och att Y vederlagsfritt skall få resa till USA på semester i en månad med sin familj. Bolagets verksamhetsföremål är förvaltning av fastigheter och anordande av fritids- och affärsresor (researrangör).
>
> Exemplet innefattar två frågor: Skall stämmobeslutet betraktas som ett beslut om vinstutdelning och, om så är fallet, med hur stort belopp?

I förarbeten och litteratur brukar den åsikten komma till uttryck, att rätt att vederlagsfritt utnyttja bolagets egendom skall ses som (förtäckt) utdelning av vinst.[189] Likaså synes tillhandahållande av vederlagsfria tjänster till aktieägarna betraktas som utdelning av vinst.[190]

[189] Prop. 1975:103 s. 485f (något annorlunda i SOU 1971:15 s. 321) och Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 254). Se ock Bökmark–Svensson s. 132, Kedner s. 250, Kedner–Roos II 12:2.07 (s. 233), Lind s. 268 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 109 (sistnämnda om penninglån till aktieägare utan ränta eller till för låg ränta).
[190] Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 30f.

Troligtvis gäller detta också om utomstående vederlagsfritt tillhandahåller aktieägarna tillgångar och tjänster i utbyte mot att bolaget ersätter kostnaderna.

Jag vill mena att det från systematisk synpunkt är naturligt att betrakta alla typer av vederlagsfria prestationer, vilka kan åsättas ett ekonomiskt värde, från aktiebolag till aktieägare som aktiebolagsrättsliga utbetalningar. Det finns ingen *materiell skillnad* mellan att aktieägarna vederlagsfritt uppbär tillgångar från bolaget, utan vederlag får utnyttja bolagets tillgångar eller vederlagsfritt får tillgodogöra sig bolagets tjänster. I samtliga fall åsamkas bolaget – direkt eller indirekt – en förmögenhetsminskning. Ändock är det de lege lata osäkert om de två sistnämnda fallen verkligen kan betraktas som utbetalningar från bolaget. (Jag bortser i det följande från att berörda avtal kan karakteriseras som förtäckt utdelning eller förtäckt utbetalning.)

I det s.k. Salénsmålet,[191] som avgjordes av en skiljenämnd bestående av f.d. justitieråden Welamson, Hessler och Nordenson, advokaten Bauer och auktoriserade revisorn Löfgren, prövades frågan om det förhållandet att fyra dotterbolag vederlagsfritt drev rörelse i kommission för moderbolagets räkning kunde anses utgöra en slags utbetalning av bolagets medel. Dotterbolagen gjorde i målet gällande att vart och ett av kommissionärsbolagsavtalen med Saléninvest stod i strid med vissa aktiebolagsrättsliga regler och principer och därför var ogiltiga, i följd varav Saléninvest inte på nämnda avtal kunde grunda någon rätt till tillgångar i kommissionsrörelserna. Dotterbolagen hävdade närmare bestämt dels att avtalen innebar en total underkastelse från kommissionärsbolagens sida, vilken var oförenlig med "aktiebolagskonstruktionens grundläggande idé", dels att avtalen var ogiltiga på grund av att överföringen av kommissionärsbolagens medel till moderbolaget såsom aktieägare stod i strid med utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL. Både Håkan Nial och Gösta Walin avgav yttranden i målet med den innebörden att avtalen inte var ogiltiga på de av dotterbolagen anförda grunderna. Det förtjänar nämnas att inget av dotterbolagen i bolagsordningen intagit någon bestämmelse om att syftet med verksamheten inte var att bereda vinst åt aktieägarna. Inte heller synes bolagsordningen ha innefattat någon bestämmelse om att föremålet för bolagets verksamhet var att bedriva rörelse i kommission för moderbolagets räkning.

I domskälen hänvisas till att det inte möter några hinder att ett aktiebolag åtar sig att driva verksamhet såsom kommissionär för ett annat aktiebolags räkning. Det normala uppges i sådana fall vara att kommissionärsbolaget – såsom var fallet i målet – ägnar sig uteslutande åt denna verksamhet för kommittentbolagets räkning, men det sägs också vara tänkbart att kommis-

[191] Se i Svensk och internationell skiljedom 1988, Årsskrift från Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut s. 41 ff (cit. Årsskrift).

sionärsbolaget dessutom bedriver viss verksamhet för egen räkning. Vidare: "Det ligger i sakens natur att ett bolags verksamhet som kommissionär för ett annat bolag inte kan sägas vara inriktad på att genom verksamheten bereda vinst åt aktieägarna – om man bortser från att kommissionärsbolaget regelmässigt betingar sig ersättning för uppdraget. I och för sig finns det inte något hinder mot att ett kommissionärsbolag driver verksamhet för kommittentbolagets räkning utan att betinga sig någon ersättning. Den vinst verksamheten till äventyrs genererar kommer då att ograverad tillfalla kommittentbolaget, men det bolaget får också bära eventuella förluster[192]."[193]

Kommissionsbolagsavtalet kunde dock tänkas stå i strid med bolagsordningens bestämmelser om bolagets ändamål. I bolagsordningen skall enligt 12:1 2 st. ABL anges om verksamheten skall ha ett annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna. Om något sådant inte angetts i bolagsordningen, kommer ett kommissionärsbolagsavtal av berört slag i konflikt med bolagsordningen. Bestämmelsen i 12:1 2 st. ABL syftar emellertid bara till att bereda aktieägarna (eller en aktieägarminoritet) skydd mot att bolagsorganen (aktieägarmajoriteten) ger bolagets verksamhet en inriktning som tillgodoser andra syften än dem som förutsatts i bolagsordningen. Något sådant skyddsbehov uppges inte föreligga, om samtliga aktieägare har biträtt beslutet att ingå ett kommissionärsbolagsavtal av i målet aktuellt slag. Och om det som i målet är fråga om ett avtal mellan ett helägt dotterbolag och dess moderbolag uppkommer över huvud taget inte det berörda problemet.

Dotterbolagen gjorde vidare gällande att kommissionärsbolagsavtalen var ogiltiga såsom stridande mot 12:1 1 st. ABL på den grund att dotterbolagens åtagande gentemot moderbolaget att driva rörelse för moderbolagets räkning utan att erhålla något vederlag för detta innebar en förtäckt och otillåten vinstutdelning från dotterbolagen till Saléninvest.

Enligt skiljenämnden gäller som en förutsättning för att man över huvud taget skall kunna tala om att det sker vinstutdelning från ett aktiebolag till dess aktieägare att det sker en utbetalning från bolaget av dess egna medel.

[192] Min not. Detta uttalande kan i generellt hänseende ifrågasättas. I målet förklaras det – såvitt jag kan förstå – av Nials utlåtande. Nial framhåller i huvudsak följande: Dotterbolagen hade visserligen i verksamheten utåt framträtt som särskilda juridiska personer, aktiebolag, men verksamheten stod under moderbolagets fullständiga kontroll och såvitt avser rederierna bedrevs den i moderbolagets lokaler. I dotterbolagens balansräkningar upptogs principiellt som tillgång endast fordran på moderbolaget, motsvarande dotterbolagets bundna kapital. Ekonomiskt och organisatoriskt har dotterbolagen fungerat som avdelningar inom moderbolaget, och kommissionstillgångarna har enligt kommissionsavtalen årligen redovisats som moderbolagets. För de i verksamheten uppkomna skulderna är dotterbolagen, som utåt sett uppträtt och handlat i eget namn, ansvariga. Men därjämte svarar moderbolaget för skulderna gentemot både dotterbolagen själva och deras borgenärer. Detta följer av kommissionsavtalen och av reglerna om ansvarsgenombrott, som måste anses tillämpliga på grund av förhållandet mellan moderbolaget och dotterbolagen i finansiellt och organisatoriskt avseende (se utlåtandet s. 2f). Jag får i detta sammanhang rikta ett särskilt tack till advokat Lars Nycander för att han har låtit mig ta del av utlåtandet.

[193] Årsskrift s. 57.

Om ett aktiebolag utbetalar medel som redan före utbetalningen tillkommer eller tillhör aktieägarna – såsom redovisningsmedel – föreligger uppenbarligen inte någon vinstutdelning.

"Även om det skulle förhålla sig så att Dotterbolagen enligt avtalen inte skulle erhålla och inte erhöll vederlag för sin verksamhet för Saléninvests räkning /.../ kan detta avstående från vederlag inte innefatta någon otillåten vinstutdelning: det är över huvud taget inte fråga om någon utbetalning."[194]

Skiljenämnden framhöll dock följande:[195]

"Av särskild betydelse är givetvis i detta sammanhang att Dotterbolagens borgenärers ställning inte på något sätt försämras genom att Dotterbolaget åtar sig att vederlagsfritt ställa sina tjänster till förfogande; Dotterbolagets egna tillgångar förblir intakta och dess skuldbelastning oförändrad – allt givetvis under förutsättning att inte avtalet innebär att moderbolaget skall få förfoga över Dotterbolagets egna tillgångar."

I vilken utsträckning skiljenämndens avgörande skall tillmätas prejudikatvärde må lämnas därhän. Avgörandet innebär i vart fall i sin förlängning att så länge aktieägarna är överens finns det inga bestämmelser i ABL rörande vinstutdelning och andra utbetalningstyper som hindrar ett bolag från att vederlagsfritt tillhandahålla aktieägarna tjänster. Med denna princip förefaller det även sannolikt att aktieägarna vederlagsfritt kan utnyttja ett bolags tillgångar med begränsad rätt såsom nyttjanderätt utan att utbetalningsreglerna i ABL skall tillämpas. Skiljenämnden i Salénsmålet synes för utbetalningsbegreppet dra gränsen vid om aktieägarna med *äganderätt* mottar bolagets tillgångar vederlagsfritt.[196]

Med skiljenämndens synsätt skulle värdeöverföringar av berört slag bara vara otillåtna, om aktieägarna är oense. Tillhandahåller ett bolag vederlagsfritt en eller flera aktieägare tjänster strider detta – åtminstone indirekt – mot bolagsordningen i vilken det enligt 12:1 2 st. ABL skall anges om verksamheten skall ha ett annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna.

Lindskog har riktat kritik mot skiljenämndens bedömning beträffande vederlagsfria tjänster.[197] Lindskog betonar bl.a. att ett av dotterbolagen inte hade något intakt aktiekapital och att det enligt hans mening var "uppenbart att en kapitalanvändning svarande mot marknadsmässigt värde av tjänsten" hade

[194] Årsskrift s. 58.

[195] Årsskrift s. 58. Uttalandet kan dock ifrågasättas mot bakgrund av omständigheterna i målet; jfr Lindskog JT 1992–93 s. 87 not 26 (ett av dotterbolagen hade inte ett intakt aktiekapital). Jfr nedan.

[196] Lindskog i SvJT 1992–93 s. 87 not 26 betraktar Salénsavgörandet som en slags tillämpning av nettometoden. Men borde inte nettometoden förutsätta att dotterbolagen åtminstone uppbar vederlag motsvarande deras egna kostnader? Jfr nedan.

[197] Se JT 1992–93 s. 87 not 26.

skett. Fråga var bara om kapitalanvändningen var tillåten eller ej. Lindskog menar, såvitt jag kan bedöma, att det var fråga om olovlig kapitalanvändning i det dotterbolag, vari utdelningsbara medel saknades.[198]

De lege lata är det svårt att hävda att den av skiljenämnden företrädda synen på utbetalningsbegreppet är felaktig. En uppenbar nackdel med detta synsätt är dock att det blir enkelt att kringgå ABL. Aktieägare kan vederlagsfritt tillgodogöra sig såväl små som stora ekonomiska värden utan hinder av bestämmelserna i bl.a. 12 kapitlet ABL.

För att tredjemansskyddet, och i synnerhet borgenärsskyddet, skall fungera tillfredsställande bör man enligt min uppfattning inte upprätthålla någon distinktion mellan att ett bolag åsamkas en *direkt förmögenhetsminskning*, dvs. att aktieägarna med äganderätt mottar egendom från bolaget, och att ett bolag åsamkas en *indirekt förmögenhetsminskning*, dvs. att aktieägarna utan vederlag får utnyttja bolagets tillgångar eller vederlagsfritt får tillgodogöra sig bolagets tjänster. Skiljenämnden i Salénsmålet synes dock, som framgått, vara av den uppfattningen att utbetalningsbegreppet i ABL blott omfattar förfoganden av det förra slaget.

> För egen del förstår jag inte hänvisningen i domskälen till att vinstutdelning förutsätter att det sker en "utbetalning från bolaget /.../ av dess egna medel" och att "avstående från vederlag" inte kan innebära någon otillåten vinstutdelning (det skulle inte vara "fråga om någon utbetalning").[199] Vari ligger skillnaden mellan kommissionärsbolagsavtalen i nämnda mål och att t.ex. SAAB:s personbilsdivision helt avstår från att ta betalt för sina personbilar vid försäljning till aktieägarna? Att det är fråga om en prestation från bolaget i form av tjänst?

Skiljenämnden hänvisar till att borgenärernas ställning i dotterbolagen inte på något sätt försämras genom att dotterbolagen ("Dotterbolaget" i skiljedomen) åtar sig att vederlagsfritt ställa sina tjänster till förfogande; dotterbolagens egna tillgångar förblir intakta och deras skuldbelastning oförändrad. Detta kan inte vara riktigt. Visserligen är påståendet korrekt såtillvida att bolaget inte avhänds tillgångar med äganderätt; alltså dispositioner som innebär att tillgångar försvinner ur balansräkningen samtidigt som skuldsättningen blir proportionellt sett större. Men för det åsyftade tredjemansskyddet är detta inte avgörande. Det för tredjemansskyddet avgörande, och vari det allvarliga består, är att om ett bolag vederlagsfritt ställer sina tjänster (eller egendom) till förfogande, så kommer bolagets nettoförmögenhet – dvs. skillnaden mellan värdet av tillgång-

[198] Jfr JT 1992–93 s. 87 not 26 med s. 93 vid not 38 och vad som sägs i noten.
[199] Årsskrift s. 58.

arna och värdet av skulderna – att successivt minska, eftersom bolaget kontinuerligt har högre kostnader än intäkter; åtminstone kommer bolagets intäkter att vara lägre än vad som hypotetiskt sett hade kunnat vara fallet. Jag har med hänsyn till tredjemansskyddet, särskilt borgenärsskyddet, svårt att förstå varför inte utbetalningsbegreppet i ABL bör tillämpas på sådana värdeöverföringar oavsett att bolagets konsekvent icke affärsmässiga verksamhet sedermera kommer att framgå av resultaträkningen och balansräkningen (vilket kanske är för sent för tredje man). Tredjemansskyddet måste enligt min mening bygga på att utbetalningsbegreppet även omfattar värdeöverföringar till aktieägarna som innefattar en indirekt förmögenhetsminskning för bolaget.

Sammantaget kan det inte vara korrekt att påstå, att om aktieägarna vederlagsfritt tillgodogör sig bolagets tjänster (eller vederlagsfritt nyttjar bolagets tillgångar) sådana dispositioner inte innebär att bolagets tillgångar minskar och att skulderna ökar. I verkligheten blir konsekvenserna av berörda värdeöverföringar just dessa. Jag vill därför mena att skyddet för tredje man *i regel* förutsätter att utbetalningsbegreppet skall tillämpas när ett bolag vederlagsfritt tillhandahåller aktieägarna tjänster eller aktieägarna utan vederlag får utnyttja bolagets tillgångar. En möjlig invändning mot det anförda är att det inte finns några bestämmelser i ABL – frånsett 13:2 – som hindrar aktiebolag från att driva verksamheten med förlust och att det är "naturligt" att aktiebolag i större eller mindre omfattning ingår en mängd ofördelaktiga avtal. Det föreligger dock en väsentlig skillnad mellan ett aktiebolag vars verksamhet går med förlust på grund av mindre välgenomtänkta affärsöverväganden och (eller) yttre omständigheter såsom lågkonjunktur *och* ett aktiebolag vars verksamhet går med förlust på grund av att det konsekvent ingår vederlagsfria avtal med aktieägarna i aktieägarnas intresse.

Vilka krav bör då i angivna fall ställas på aktieägarens motprestation för att bolagets prestation inte skall betraktas som en utbetalning från bolaget? Jag vill mena att det i varje fall bör krävas av aktieägaren att han ersätter bolaget de kostnader, som uppkommit för bolaget att tillhandahålla tjänsten eller tillgången med begränsad rätt. En utbetalning skall anses föreligga om inte aktieägarens motprestation motsvarar "självkostnaden" (anskaffningskostnaden).

Det är betydligt mer tveksamt om skillnaden mellan den kostnad bolaget åsamkas och marknadsvärdet av förmånen i fråga bör betraktas som en utbetalning till aktieägaren från bolaget. ABL kräver ju inte att bolaget driver verksamheten i syfte att bereda vinst åt aktieägarna (12:1 2 st. ABL).

(1) För det fall att bolagsordningen innehåller en bestämmelse om att verksamheten helt eller delvis skall ha ett annat syfte än att bereda vinst

åt aktieägarna – t.ex. som att till självkostnadspris tillhandahålla aktieägarna tjänster av visst slag[200] – aktualiseras inte frågan om skillnaden mellan självkostnaden och marknadsvärdet av tjänsten bör betraktas som en utbetalning från bolaget. När ett aktiebolag registreras antecknas bl.a. i aktiebolagsregistret om verksamheten helt eller delvis skall ha ett annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna (44 § ABF). Patent- och registreringsverket (PRV) skall utan dröjsmål i Post- och Inrikes Tidningar kungöra vad som införs i aktiebolagsregistret. En kungörelse som avser ändring i ett förhållande som tidigare har införts i registret skall endast ange ändringens art (18:2 ABL). Det som enligt ABL eller särskilda bestämmelser blivit infört i aktiebolagsregistret skall enligt 18:3 1 st. ABL anses ha kommit till tredje mans kännedom, om det enligt 2 § kungjorts i Post- och Inrikes Tidningar. Ett undantag gäller beträffande rättshandlingar eller andra åtgärder som har vidtagits före den sextonde dagen efter kungörandet, om tredje man visar att det var omöjligt för honom att känna till det som kungjorts (s.k. positiv publicitetsverkan; jfr art. 3 p. 5 i det första bolagsdirektivet).

I fråga om rättshandlingar och andra åtgärder vilka har vidtagits innan kungörande som avses i 18:3 1 st. ABL har skett, kan bolaget enligt 18:3 2 st. ABL inte åberopa det förhållande som blivit eller bort bli infört i registret mot någon annan än den som bolaget visar har känt till förhållandet (s.k. negativ publicitetsverkan; jfr art. 3 p. 5 i det första bolagsdirektivet).

Om ett bolag har till syfte att till t.ex. självkostnadspris tillhandahålla aktieägarna tjänster av visst slag, och under förutsättning att bolagsordningen har ändrats och ändringen har blivit anmäld till PRV samt kungjord enligt ovan, saknas det anledning att med hänsyn till skyddet för tredje man betrakta bolagets avtal med aktieägarna – dvs. skillnaden mellan självkostnaden och marknadsvärdet av tjänsten – som innefattande utbetalningar av bolagets medel. Bolagsordningsändringen presumeras enligt 18:3 ABL ha kommit till tredje mans kännedom och inte minst bolagets borgenärer kommer med detta att presumeras känna till syftet med bolagets verksamhet. Vad nu sagts torde också gälla om bolaget har till syfte att till självkostnadspris tillhandahålla aktieägarna varor av visst slag med äganderätt (ett undantag från marknadsvärdemetoden vid tillämpningen av 12:2 ABL).

I regel brukar man med kännedom enligt 18:3 1 meningen ABL förstå att bolagets medkontrahenter i enskilda avtalssituationer anses vara i ond tro

[200] På så sätt och vis bereds aktieägarna i detta fall omedelbart vinsten i stället för genom bolaget och stämmobeslut om vinstutdelning.

om ändringen av – i detta fall – bolagsordningen. Bestämmelsen täcker emellertid tredje man – inbegripet borgenärsskollektivet – över huvud taget och innebär att samtliga utomstående intressenter presumeras vara i ond tro om de ändrade förhållandena i bolaget.

(2) Skulle samtliga aktieägare fatta beslut om att bolagets syfte skall vara att till självkostnadspris t.ex. tillhandahålla aktieägarna vissa tjänster *utan* att bolagsordningen har ändrats och *utan* att detta anses ha kommit till tredje mans kännedom enligt 18:3 1 meningen ABL, är det inte lika givet att bolagets avtal om att tillhandahålla aktieägarna tjänster till ett pris som understiger marknadsvärdet inte bör betraktas som utbetalningar av bolagets medel (skillnaden mellan självkostnaden och marknadspriset). Ett sådant beslut, vilket de lege lata anses möjligt med samtliga aktieägares samtycke, innebär *reellt sett* att bolaget bedriver verksamheten i aktieägarnas intresse och *i syfte* att den potentiella "vinst", som rörelsen med samtliga däri ingående affärshandlingar är tänkt att ge upphov till, enbart kommer att realiseras hos aktieägarna. Tredje man såsom bolagets borgenärer saknar möjlighet att få kännedom om de facto-ändringen av bolagsordningen, vilket är åsyftat med den tvingande bestämmelsen i 18:3 1 meningen ABL, och tredje man kommer därmed att sakna det skydd som (för all del fingerad) vetskap om de ändrade förhållanden innebär. Följaktligen kommer tredje man att rättshandla med bolaget under andra förutsättningar än de han (i varje fall) presumeras känna till.

Jag vill mena att bolagets avtal i nu berörda situation bör bedömas mot bakgrund av att tredjemansskyddet i ABL och BFL bygger på antagandet, att bolagets tillgångar och tjänster avyttras till marknadspris alltefter bolagsföreträdarnas affärsmässiga förmåga. Därför bör avtal varigenom ett bolag tillhandahåller aktieägarna tjänster till självkostnadspris anses innefatta utbetalningar av bolagets medel motsvarande skillnaden mellan detta pris och marknadspriset.

Enligt min mening bör den aktiebolagsrättsliga rättsgrundsatsen, att det med samtliga aktieägares samtycke anses möjligt att åsidosätta principen om att syftet med bolagets verksamhet är att bereda vinst åt aktieägarna, inte upprätthållas när principen åsidosätts genom att aktieägarna under för tredje man okända förhållanden *i eget intresse* låter bolaget företa rättshandlingar varigenom *vinsten realiseras* hos dem själva. De för bolaget ofördelaktiga rättshandlingarna bör helt eller delvis anses innefatta utbetalningar av bolagets medel, så länge bolagsordningen inte har ändrats och detta inte har kommit till tredje mans kännedom. Om aktieägarna önskar använda ett aktiebolag för att bedriva verksamhet, där eventuell "vinst" enbart skall realiseras hos dem själva, bör detta kunna

ske först efter det att bolagsordningen har ändrats i enlighet med bestämmelserna i ABL och ändringen har registrerats hos PRV samt kungjorts enligt ovan (alternativt kan verksamheten bedrivas i den av rättsordningen för detta ändamål avsedda associationen ekonomisk förening).

Rättsläget får med beaktande av Salénsmålet betraktas som osäkert. Det är fullt tänkbart att utbetalningsbegreppet – i allt fall vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2 – inte kan tillämpas när ett bolag vederlagsfritt tillhandahåller aktieägarna tjänster eller aktieägarna utan vederlag får utnyttja bolagets tillgångar.

7.4.5 Utbetalning av utdelning som förmögenhetsökning för aktieägaren – skyddet för aktieägarna[201]

Ur aktieägarnas synvinkel innebär utbetalning av utdelning en förmögenhetsökning. Bolagets förmögenhet minskar med ett värde som motsvarar det sammanlagda värdet av vad samtliga aktieägare uppbär från bolaget. Detta framstår som en självklarhet om aktieägarna mottar pengar från bolaget. Vad som gäller om aktieägarna mottar sakvärden från bolaget är inte lika givet.

Jag har i det föregående funnit att utbetalningar av sakvärden med hänsyn till tredjemansskyddet bör värderas i enlighet med marknadsvärdemetoden vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse. Vidare bör samtliga typer av värdeöverföringar – vare sig det rör sig om vederlagsfria prestationer som innefattar äganderättsövergång, vederlagsfria prestationer som består i upplåtelser av begränsade rättigheter såsom nyttjanderätt eller vederlagsfria prestationer i form av tjänster – från aktiebolag till aktieägare omfattas av utbetalningsbegreppet, om inte bolagets verksamhet enligt bolagsordningen helt eller delvis har ett annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna.

Den problematik som aktualiseras med avseende på skyddet för tredje man är ingalunda unik. Exakt samma frågor är relevanta med avseende på skyddet för aktieägarna, dvs. vanligen skyddet för minoriteten.[202] Till vilket värde skall utbetalade sakvärden värderas vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse såsom likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL? Omfattar utbetalningsbegreppet samtliga typer av värdeöverföringar till aktieägarna?

[201] Se ovan avsnitt 7.4.3.1 beträffande frågan om sakvärdesutbetalningar kräver samtliga aktieägares samtycke och av Lindskog i SvJT 1993 s. 927 framförd kritik mot mina överväganden rörande aktieägarskyddet i SvJT 1993 s. 566ff på s. 576ff.

[202] Annorlunda Lindskog i SvJT 1993 s. 927 men se härom avsnitt 7.4.3.1 ovan.

Det bör poängteras att utbetalningsbegreppet alltså inte behöver ha samma innehåll vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse som vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse (se ytterligare nedan i avsnitt 7.4.6). Utbetalningsbegreppet måste tolkas under beaktande av de skyddssynpunkter som i respektive fall gör sig gällande. Jfr för ett i någon mån likartat angreppssätt rörande gåvobegreppet (obligationsrättsligt respektive sakrättsligt) Bengtsson, Om gåvobegreppet i civilrätten, SvJT 1962 s. 695ff.

Likhetsprincipen är den vid tillämpningen av utbetalningsreglerna i ABL kanske viktigaste principen för minoritetsskyddet. Varje aktie har enligt likhetsprincipen lika rätt till andel i bolagets vinst som annan aktie, om inte annat följer av bolagsordningen eller samtliga eller i varje fall berörd(a) aktieägares samtycke.[203] Om bolagsordningen innehåller en bestämmelse, vilken innebär att det skall finnas olika aktieslag med var för sig olika rätt till bolagets vinst, skall likhetsprincipen förstås som att den i bolagsordningen angivna skillnaden mellan aktieslagen i fråga om rätt till andel i bolagets vinst måste respekteras. Den olika rätt till andel i bolagets vinst som tillkommer preferensaktier gentemot stamaktier skall tillämpas likformigt och inom respektive aktieslag har varje aktie lika rätt till andel i bolagets vinst som annan aktie.

Både för värderingsproblemet vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse och frågan om vilka typer av värdeöverföringar som omfattas av utbetalningsbegreppet, är likhetsprincipen enligt min mening av central betydelse. Likhetsprincipen garanterar varje aktie lika rätt till andel i bolagets vinst som annan aktie (för aktieägare proportionellt med aktieinnehavet). Ingen aktieägare skall vederlagsfritt kunna tillägna sig bolagets tillgångar utan att motsvarande värde kommer andra aktieägare till godo.

Utbetalning av utdelning innebär typiskt sett en förmögenhetsökning för aktieägarna. Likhetsprincipen är uppställd i aktieägarnas intresse. Frågan huruvida förmögenhetsökningen är lika stor per aktie – och för aktieägarna proportionellt med storleken på deras aktieinnehav – i enlighet med likhetsprincipen måste därför besvaras sett ur aktiernas – aktieägarnas – perspektiv.

Med utgångspunkt i att förmögenhetsökningen måste bedömas sett ur aktiernas – aktieägarnas – perspektiv framstår lösningen på värderingsproblemet vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse, som tämligen uppenbar. En tillämpning av "nettometoden" eller "anskaffningsvärdemetoden" vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse – förutsatt att marknadsvärdet är högre –

[203] Se närmare avsnitt 5.4.7.2–5.4.7.3.

skulle möjliggöra majoritetsmissbruk. Därigenom skulle vissa aktieägare kunna tillgodogöra sig ett större förmögenhetsvärde än vad som följer av t.ex. ett stämmobeslut om vinstutdelning. Om vissa aktieägare mottar tillgångar till det bokförda värdet eller anskaffningsvärdet (nominellt värde), vilket understiger marknadsvärdet, tillägnar sig de ett övervärde som inte kommer de andra aktieägare till godo som enbart mottar pengar från bolaget (nominellt värde).

> Grönsaken AB har tre aktieägare vilka vardera äger var sin aktie. På ordinarie bolagsstämma fattar två av aktieägarna beslut om att dela ut 90000 kr. Aktieägare A, som inte deltog på stämman, mottar 30000 kr i kontanter som utbetalning av utdelning. Aktieägarna B och C förfar på så vis att deras fordran om 30000 kr i stället för pengar tillgodoförs dem i form av sakvärden (vilket inte någon aktiebolagsrättslig regel torde hindra; det är fråga om ett sedvanligt fordringsrättsligt förhållande varöver parterna råder).[204] B får sålunda överta en bolaget tillhörig bil till det bokförda värdet om 30000 kr (marknadsvärde 60000 kr) och C får överta en fritidsfastighet till anskaffningsvärdet om 30000 kr (marknadsvärde 90000 kr).
>
> I exemplet har B respektive C vederlagsfritt tillgodogjort sig ett värde om 30000 kr respektive 60000 kr mer än A. Likhetsprincipen innebär att var och en av A, B och C är berättigad till 30000 kr i utdelning. Sakvärdesöverföringen till B respektive C strider mot likhetsprincipen (och stämmobeslutet).

Med hänsyn till likhetsprincipen och aktieägarskyddet bör följaktligen marknadsvärdemetoden tillämpas för att fastställa värdet av bolagets prestation då ett bolag företar utbetalning av utdelning genom att föra över sakvärden på aktieägarna. Bolagets prestation skall *vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse* värderas till marknadsvärdet.

> Jfr därtill NJA 1962 s. 461 ovan.

Det finns dock tre situationer där ovanstående saknar betydelse. Den *första* aktualiseras om marknadsvärdet motsvarar det bokförda värdet eller anskaffningsvärdet av ifrågavarande sakvärden och aktieägarna mottar sakvärden till endera värdet – alltså marknadsvärdet. Ingen aktieägare har i denna situation tillgodogjort sig något övervärde. Den *andra* förutsätter att var och en av aktieägarna – proportionellt med aktieinnehavet – mottar ett lika stort förmögenhetsvärde under beaktande av att någon eller några av aktieägaren mottar sakvärden som utbetalning av utdelning

[204] Detta uppmärksammar ej Lindskog i SvJT 1993 s. 927 oavsett om ett stämmobeslut eller motsvarande avseende sakvärdesutbetalning måste fattas med samtliga aktieägares samtycke (vilket jag bestrider). Se närmare avsnitt 7.4.3.1.

(marknadsvärdet bestämmande). För det *tredje* gäller att om samtliga aktieägare är ense får de använda vilken värderingsmetod som helst vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i deras intresse (jag förutsätter sålunda att de respekterar bestämmelser uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2 ABL och att de vid tillämpningen av dessa använder sig av bruttometoden).

> Det nyss nämnda exemplet kan ändras så att den egendom som övertas av B respektive C i båda fallen har ett marknadsvärde om 60000 kr. För att utbetalningarna inte skall anses stå i strid mot likhetsprincipen förutsätts att A mottar ytterligare 30000 kr från bolaget.[205]

Skulle bolaget ha olika aktieslag med var för sig olika rätt till andel i bolagets vinst måste detta respekteras vid utbetalningar av sakvärden. Inom respektive aktieslag är varje aktie i förhållande till annan aktie berättigad till ett lika stort belopp – värde – i utdelning. Verkställs vinstutdelning genom att bolaget överför sakvärden på aktieägarna skall dessa värderas till marknadsvärdet enligt vad som sagts i det föregående. Och på samma vis måste man vid utbetalningar av sakvärden ta hänsyn till den i bolagsordningen angivna skillnaden mellan aktieslagen i fråga om rätt till andel i bolagets vinst.

För frågan om vilka typer av värdeöverföringar som omfattas av utbetalningsbegreppet får likhetsprincipen en betydelse liknande den som aktualiseras vid utbetalningar av sakvärden. Jag vill mena att det med hänsyn till det med likhetsprincipen åsyftade aktieägarskyddet inte finns anledning att för utbetalningsbegreppet skilja mellan att aktieägarna vederlagsfritt får överta bolaget tillhörig egendom med äganderätt, vederlagsfritt får utnyttja bolagets tillgångar med begränsad rätt såsom nyttjanderätt eller vederlagsfritt får tillgodogöra sig bolagets tjänster. Med ett aktieägarperspektiv är det i samtliga fall fråga om en värdeöverföring som innebär antingen att värdet av aktieägarnas förmögenhet ökar eller att värdet av aktieägarnas förmögenhet inte minskar (kostnadsbesparing).

Likhetsprincipen skall garantera aktieägarna lika rätt till andel i bolagets vinst. Om rättsordningen för utbetalningsbegreppet väljer att skilja mellan olika typer av värdeöverföringar av ovanstående slag, torde det i längden finnas en risk för att aktieägarmajoriteter vederlagsfritt kommer att tillgodogöra sig ekonomiska värden, som inte kommer aktieägarminoriteter till godo. Vidare finns det en fara för att aktieägarminoriteters redan i gällande rätt begränsade möjligheter att förhindra s.k. utsvältning ytterligare reduceras (12:3 2 st. ABL); bolagsorgan, som majoriteten kontrollerar, kan under det löpande året företa värdeöverföringar – som

[205] Men se beträffande s.k. kompensationsutdelning i avsnitt 12.3.4 nedan.

jag förutsätter innebär kostnader för företaget – utan att det uppstår någon vinst i bolaget utöver vad som måste innehållas enligt 12:2 ABL.

> En tänkbar invändning mot det anförda är att bolagsorganen liksom aktieägarmajoriteten måste iaktta principen, att syftet med bolagets verksamhet är att bereda aktieägarna vinst (jfr 12:1 2 st. ABL), och att sådana värdeöverföringar som inte omfattas av utbetalningsbegreppet i allt fall strider mot bolagsordningen (jfr Salénsmålet i avsnitt 7.4.4 ovan). Förmodligen får denna lösning betraktas som principiellt tänkbar de lege lata. Nackdelen med att upprätthålla lösningen är dock att aktieägarna troligtvis måste visa att avtalet *uppenbarligen är främmande för verksamhetens syfte* (eller föremålet för bolagets verksamhet); jfr 76 § 1 st. 1944 års lag.[206] Ett sådant krav framstår i många situationer som alltför strängt. Det är dessutom mer konsekvent att tillämpa utbetalningsbegreppet på varje form av vederlagsfri prestation från bolaget i stället för att tillämpa två typer av normer. För övrigt kan det hävdas, att en värdeöverföring av berört slag i själva verket står i överensstämmelse med nämnda princip: Syftet med ett avtal mellan ett bolag och en aktieägare varigenom bolaget tillhandahåller en vederlagsfri tjänst är ju att bereda aktieägaren vinst!

Sammantaget kräver alltså enligt min mening aktieägarskyddet att utbetalningsbegreppet omfattar alla typer av värdeöverföringar till aktieägare.

7.4.6 Måste utbetalning av utdelning som förmögenhetsminskning för bolaget motsvaras av en lika stor förmögenhetsökning för aktieägaren?

Om vinstutdelning verkställs med kontanter minskar bolagets förmögenhetsmassa med ett belopp som motsvarar det sammanlagda värdet av vad samtliga aktieägare uppbär från bolaget. Skulle vinstutdelning i stället verkställas med annan egendom än kontanter kan det ifrågasättas om bolagets förmögenhetsmassa minskar med ett värde som motsvarar det värde som kommer samtliga aktieägare till godo. Vid utbetalning av sakvärden kräver enligt min mening både tredjemansskyddet och aktieägarskyddet att bolagets prestation värderas till marknadsvärdet vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i tredje mans respektive aktieägarnas intresse. Det framstår därför som logiskt att det värde varmed bolagets förmögenhetsmassa minskar motsvaras av det värde varmed samtliga aktieägares respektive förmögenhet ökar.

[206] Jfr dock avsnitt 5.4.3.1 ovan (finstilta partiet i slutet under rubriken "Belopp som enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än vinstutdelning till aktieägarna").

Skall bolagets prestation värderas olika beroende på om en viss bestämmelse är uppställd i aktieägarnas eller tredje mans intresse blir svaret ett annat. Jfr nedan.

Detta antagande behöver emellertid inte alltid stämma överens med hur bolagets prestation skall värderas med hänsyn till tredjemansskyddet respektive aktieägarskyddet. Bolagets prestation skall i det förra avseendet värderas utifrån *bolagets perspektiv* och i det senare avseendet utifrån *aktieägarnas (aktiernas) perspektiv.* Därmed är det hypotetiskt möjligt att en till aktieägare som utbetalning av utdelning överförd tillgång skall åsättas ett värde vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse och ett annat värde vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse även om utgångspunkten i båda fallen är marknadsvärdet.[207]

7.4.7 Utbetalning av utdelning – förmögenhetsöverföringen härrör från bolaget och tillkommer aktieägaren i denna hans egenskap

Utbetalning av utdelning kännetecknas av att det är fråga om en ensidig och vederlagsfri prestation som härrör från ett aktiebolag och som kommer en aktieägare till godo i hans egenskap av aktieägare. En utbetalning tar typiskt sett i anspråk bolaget tillhörig egendom. Under vilka förutsättningar egendom tillhör det utbetalande bolaget får avgöras enligt allmänna förmögenhetsrättsliga principer. En speciell fråga härvidlag är om en vederlagsfri förmögenhetsöverföring från utomstående till en aktieägare i ett visst bolag under några som helst förutsättningar kan betraktas som en utbetalning från det bolag vari han är aktieägare.

Jfr NJA 1976 s. 618. I målet hade ett avtal träffats mellan Inga G, som var ägare till samtliga aktier i Bernsbolaget, och Bengt L, varigenom Inga G överlät aktierna till Bengt L. Till betalning av viss del av köpeskillingen hade Bengt L såsom ställföreträdare för bolaget till Inga G överlåtit bolaget tillkommande fordringar gentemot ett annat bolag. Detta bolag verkställde utbetalningar i enlighet med fordringsöverlåtelsen. Bengt L, som inte hade medel till betalning av köpeskillingen för aktierna, ansågs genom fordringsöverlåtelsen ha upptagit ett lån hos bolaget med motsvarande belopp och ha använt lånemedlen till att likvidera sin skuld för aktierna till Inga G. Eftersom Bengt L var insolvent och bolaget saknade utdelningsbara medel enligt en fastställd balansräkning, hade åtgärderna innefattat olovlig förtäckt vinstutdelning till honom.

[207] Se för ett exempel i avsnitt 9.3 nedan.

Ett tydligt exempel är följande: Grönsaken AB har en aktieägare. Grönsaken AB förmår ett annat bolag – Bananen AB – att vederlagsfritt betala ut 10000 kr till nämnda aktieägare mot att detta belopp senare skall ersättas av Grönsaken AB. Grönsaken AB ersätter sedermera Bananen AB för utgiften.

Dispositionen kan angripas på så sätt att man behandlar den senare utbetalningen från Grönsaken AB till Bananen AB som en vederlagsfri utbetalning till utomstående. Ett alternativt angreppssätt är att analysera förfarandet i sin helhet. Den vederlagsfria utbetalningen från Bananen AB till aktieägaren i Grönsaken AB sker på föranstaltande av det senare bolaget och under förutsättning att Grönsaken AB ersätter Bananen AB.

För egen del anser jag att det senare angreppssättet är det bättre. Det kan inte vara korrekt att analysera den vederlagsfria utbetalningen från Grönsaken AB till Bananen AB utan hänsyn tagen till att Grönsaken AB var förpliktad härtill, som ersättning för den vederlagsfria utbetalningen från Bananen AB till aktieägaren i Grönsaken AB. Förfarandet bör i stället analyseras i sin helhet, eftersom *syftet* med tillvägagångssättet är att aktieägaren i Grönsaken AB vederlagsfritt skall uppbära pengar som betalas av just Grönsaken AB.

Jag vill mena att det måste vara riktigt att behandla en vederlagsfri utbetalning från utomstående till aktieägare som en utbetalning från det bolag vari han är aktieägare, om utbetalningen sker på föranstaltande av aktieägaren och denna skall ersättas av bolaget (jfr exemplet ovan).[208]

7.4.8 Utbetalning och gåva

Enligt 12:6 ABL har bolagsstämman kompetens att besluta om gåva[209] till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål, om det med hänsyn till ändamålets beskaffenhet, bolagets ställning och övriga omständigheter kan anses skäligt. Även styrelsen äger till sådant ändamål använda tillgång som med hänsyn till bolagets ställning är av ringa betydelse.

Det brukar i gällande rätt antas att bestämmelsen i 12:6 ABL kan åsidosättas med samtliga aktieägares samtycke. En yttersta gräns för bolagsstämmans och övriga bolagsorgans dispositionsrätt utgörs emellertid av den i *tredje mans intresse* uppställda bestämmelsen i 12:2 ABL. Inte ens samtliga aktieägare äger vederlagsfritt förfoga över bolagets tillgångar till förmån för sig själva eller utomstående med ett större belopp än vad som utgör utdelningsbart fritt eget kapital. Med hänsyn härtill bör det enligt min mening kunna antas, att utbetalningsbegreppet vid tillämp-

[208] Jfr beträffande rättsläget i tysk rätt ovan avsnitt 6.3.2.3.

[209] Uttrycket "gåva" i gällande rätt anses ha samma innebörd som uttrycket "användande av bolagets vinstmedel eller övriga tillgångar" i 76 § 1 st. 1944 års lag. Se Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 14 not 1 (vänsterspalten) och prop. 1975:103 s. 486.

ningen av utbetalningsreglerna i ABL såsom 12:2 i princip ha ett tillämpningsområde som täcker tillämpningsområdet för gåvobegreppet i 12:6 ABL.[210]

En annan fråga, vilken i gällande rätt saknar ett säkert svar, än om och i vad mån gåvobegreppet i 12:6 ABL har ett självständigt tillämpningsområde vid sidan av utbetalningsbegreppets. Kan ett aktiebolag företa gåvor utan att utbetalningsbegreppet och därmed utbetalningsreglerna i ABL såsom 12:2 skall tillämpas? Svaret torde i princip[211] vara nekande; åtminstone bör vederlagsfria dispositioner som täcks av gåvobegreppet träffas av utbetalningsbegreppet såtillvida att bestämmelsen i 12:2 ABL om utdelningsbart fritt eget kapital måste iakttas.[212]

Ett annat och mer särpräglat spörsmål är om gåvor till aktieägare, vilka i och för sig skall betraktas som utbetalningar från bolaget och som måste stå i överensstämmelse med 12:2 ABL, verkligen skall anses som just gåvor och inte som *utbetalningar av utdelning*.

> I fråga om ekonomiska föreningar antyder Nial i ett rättsutlåtande återgivet i NJA 1948 s. 651 (s. 657ff på s. 660) att det inte finns något utrymme för att ge gåvor till medlemmar; i vart fall inte i enmansföreningar. Enligt Nial torde i själva verket "ett vederlagsfritt överförande av föreningstillgångar till innehavaren av samtliga föreningsandelar överhuvudtaget – civilrättsligt och skatterättsligt – icke kunna hänföras till någon annan juridisk kategori än just utdelning; någon "gåva" i juridisk mening kunde /.../ knappast förekomma mellan föreningen och den som innehade alla föreningsandelarna."
>
> Ett visst stöd för ett motsatt synsätt beträffande aktiebolag är NJA 1962 s. 182. I Aktiebolaget Borgholms Elektricitetsverk, vari Borgholm stad var en större aktieägare, hade det på den ordinarie bolagsstämman fattats beslut om en gåva till Borgholm stad. Gåvan skulle användas "till förskönande av stadens torg el.dyl.". Bolagsstämmobeslutet klandrades som varande ett förfogande över bolagets vinstmedel på ett sätt som uppenbarligen vore oförenligt med föremålet för bolagets verksamhet (ostridigt i målet). Gåvan till staden kunde inte heller antas fylla ett allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål. Och även om anslaget kunde tänkas tjäna ett allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål, skulle beslutet anses som olagligt, eftersom det anslagna beloppet var så stort i förhållande till den efter avdrag för skatt disponibla vinsten att beslutet allvarligen skadade bolaget. Bolagsstämmobeslutet upphävdes slutligen av HD med hänvisning till att gåvan inte kunde anses som skälig med hänsyn till ändamålets beskaffenhet, bolagets ställ-

[210] Jfr Lindskog, JFK 12:2-4.2 (s. 40).

[211] Jfr följande not.

[212] Det kan hävdas att s.k. kommersiella gåvor inte bör omfattas av det aktiebolagsrättsliga utbetalningsbegreppet. Se avsnitt 8.8 nedan men jfr om dessa typer av gåvor Bengtsson, SvJT 1962 s. 695 och i Särskilda avtalstyper I s. 22.

ning och omständigheterna i övrigt (se närmare domskälen på s. 188 i referatet och jfr 76 § 1 st. 1944 års lag).

Det intressanta med NJA 1962 s. 182 är att HD inte synas ha fäst någon bestämmande eller i varje fall större vikt vid att stämmobeslutet om gåva skulle innebära att *aktieägaren* Borgholm stad uppbar ett betydande belopp.[213] Visserligen skulle Borgholm stad använda beloppet för ett allmännyttigt ändamål, men det torde ändå ålegat Borgholm stad i egenskap av förvaltare av stadens torg eller motsvarande. Därför innebar gåvan i det närmaste en kostnadsbesparing för staden.

Vad beträffar gränsdragningen mellan utbetalning av utdelning och gåva går det tyvärr inte att dra några säkra slutsatser av avgörandet. Frågan var inte ens föremål för HD:s prövning. Ändock tyder utgången på att en gåva till en aktieägare inte behöver betraktas som en utbetalning av utdelning förutsatt att gåvan är avsedd för ett ändamål, som kan betraktas som allmännyttigt.

För egen del kan jag inte se varför gåvor till t.ex. Rädda Barnen, Cancerfonden och dylika organisationer måste betraktas som utbetalning av utdelning enbart av det skälet att mottagaren råkar vara aktieägare i det givande bolaget. Och även om en större aktieägare – utan att det är fråga om en dylik organisation – mottar en gåva från bolaget såsom i NJA 1962 s. 182, finns det inga bärande skäl som talar för att gåvan måste ses som utbetalning av utdelning enbart av den orsaken att mottagaren är aktieägare.

Jag vill mena att det i stället finns anledning att i bedömningen huruvida en gåva till aktieägare utgör utbetalning av utdelning ta hänsyn till ett flertal faktorer. Härvidlag är det av viss betydelse att mottagaren samtidigt är aktieägare. Men större betydelse bör tillmätas de omständigheter som besvarar frågan *varför* bolaget har företagit gåvan: Vilket eller vilka syften fyller denna?

Jfr nedan avsnitt 8.7–8.8 beträffande frågan huruvida en viss transaktion skall anses innefatta en förtäckt utbetalning.

Om bolagsstämman eller annat bolagsorgan fattar beslut om en gåva till en aktieägare, som uppfyller kraven i 12:6 ABL, torde det i *allmänhet*[214] inte finnas några skäl som talar för att man skall bedöma dispositionen

[213] Möjligen tillmätte HD denna omständighet viss betydelse. HD hänvisar till de "skäl som HovR:n beträffande omständigheterna i övrigt upptagit" (s. 188), och HovR:n anför att staden genom sitt bestämmande inflytande i bolaget med gåvan tillgodosett ett behov, som eljest skulle täckas av stadens egna medel och att bolaget under räkenskapsåret kostnadsfritt (!) tillhandahållit staden elektrisk energi till ett värde av omkring 25000 kr.

[214] Det kan inte uteslutas att en i och för sig tillåten gåva enligt 12:6 ABL kan anses innefatta utbetalning av utdelning till en aktieägare.

som utbetalning av utdelning. För att förfogandet skall anses som utbetalning av utdelning räcker det inte med att gåvomottagaren är aktieägare. Inte ens om gåvan står i strid mot 12:6 ABL och mottagaren är aktieägare, är det säkert att denna skall betraktas som utbetalning av utdelning. Bestämmelsen i 12:6 ABL kan inte användas för att dra gränsen mellan utbetalning av utdelning och gåva. Stadgandet fyller ett annat syfte. Huruvida en viss disposition utgör utbetalning av utdelning får bedömas för sig. Skulle ett aktiebolag fatta beslut om en större gåva till en aktieägare utan att gåvan (helt eller delvis) har ett allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål, är det dock rimligt att misstänka att beslutet i själva verket innefattar ett beslut om en förtäckt utdelning.

> Det är oklart i vad mån bolagsstämman eller styrelsen kan fatta beslut om gåvor till aktieägare vid sidan av gåvobestämmelsen i 12:6 ABL. Äger t.ex. styrelsen fatta beslut om att samtliga aktieägare skall erhålla en jubileumsskrift över bolagets utveckling eller en unik kristallskål med ingraverat firmanamn? Om varje enskild gåva har ett blygsamt värde och syftet med styrelsebeslutet är att förbättra eller bibehålla bolagets goodwill – t.ex. nyssnämnda jubileumsskrift – framstår det i varje fall som föga meningsfullt att ifrågasätta beslutet med utgångspunkt i ABL:s bestämmelser[215].[216] Frågan kommer i ett annat läge om varje enskild gåva har ett betydande ekonomiskt värde och syfte med styrelsebeslutet synes vara att ekonomiskt berika aktieägarna (kristallskålen ovan?).

[215] Jfr vad som anförs i not 212 ovan och avsnitt 8.8 nedan.
[216] Jfr 4:6 3 st. KonkL.

KAPITEL 8
Förtäckta utbetalningar – allmänna anmärkningar

8.1 Inledning

Utbetalning av utdelning förutsätts i ABL ske på så sätt att aktieägarna fattar beslut om vinstutdelning på den ordinarie bolagsstämman och att bolaget vid en senare tidpunkt betalar ut pengar till aktieägarna. Regelrätt utbetalning av utdelning är dock inte det enda sätt på vilket aktieägarna vederlagsfritt kan tänkas disponera över bolagets förmögenhet. Det kan t.ex. inträffa att ett moderbolag lånar pengar från sitt dotterbolag utan att någon ränta skall utgå eller till lägre ränta än marknadsräntan. (12:7 ABL är inte tillämplig.) Ett bolag kan vidare tänkas överlåta egendom till aktieägarna till underpris, förvärva aktieägarna tillhörig egendom till överpris, hyra ut bolagets egendom till aktieägarna till underpris eller låta aktieägarna vederlagsfritt tillgodogöra sig bolagets tjänster.

Förevarande kapitel och det närmast följande syftar till att fastställa under vilka förutsättningar avtal och andra rättshandlingar skall anses innefatta en aktiebolagsrättslig utbetalning till aktieägarna. Huruvida en sådan utbetalning är tillåten eller ej får bedömas enligt bl.a. 12:2 ABL och likhetsprincipen (se kapitel 5 ovan ävensom kapitel 12 nedan).

Jag inleder kapitlet med en kortfattad analys av vad som gäller beträffande s.k. förtäckta rättshandlingar i allmänhet (avsnitt 8.2). Därefter undersöker jag förtäckta utbetalningar till aktieägare så som problemet gestaltar sig i rättspraxis, förarbeten och litteratur. Hur bör domstolarna gå till väga för att fastställa om ett avtal eller annan rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning? Skall domstolarna enligt en *strikt objektiv metod* söka fastställa om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation? Eller krävs det att värdet av aktieägarens prestation *uppenbarligen* inte motsvarar värdet av bolagets prestation? Skall domstolarna dessutom ta hänsyn till *subjektiva faktorer* såsom vilken *avsikt ställföreträdaren* hade med överlåtelsen och *aktieägarens*

eventuella *vetskap* om att rättshandlingen helt eller delvis var vederlagsfri. I avsnitt 8.6–8.7 analyserar jag avgränsningsproblematiken med hänsyn till omsättningsskyddet, tredjemansskyddet och aktieägarskyddet.

Jag avslutar kapitlet med att diskutera fem näraliggande frågor. Avsnitt 8.9 berör frågan om rättshandlingar mellan aktiebolag och utomstående, vilka är aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer, skall prövas efter samma modell som gäller för rättshandlingar mellan aktiebolag och aktieägare. Avsnitt 8.10 berör samma fråga med avseende på rättshandlingar mellan aktiebolag ingående i koncerner. Några faktiska omständigheter som bör påverka bedömningen presenteras i avsnitt 8.11. Jag avslutar kapitlet med att i avsnitt 8.12 respektive 8.13 behandla bevisbördans placering respektive vilken tidpunkt, som är avgörande för bedömningen av om en rättshandling skall anses innefatta en förtäckt utbetalning.

8.2 Skenrättshandlingar och förtäckta rättshandlingar

En s.k. skenrättshandling kännetecknas av att det inte råder överensstämmelse mellan det innehåll som rättshandlingen erhållit och det som åsyftas. Termen skenrättshandling har två olika betydelser. I det första fallet skall rättshandlingen enligt parternas avsikt inte alls tillämpas efter sitt innehåll. I det andra fallet skall rättshandlingen tillämpas men parternas avsikt är att dölja rättsförhållandets verkliga karaktär; inte sällan i syfte att kringgå tvingande lag.[1]

Vid skenrättshandlingar är parterna överens om att rättshandlingen inte är allvarligt menad (handlingssättet är medvetet på båda sidor).[2] Rättshandlingen är *simulerad*. Det *eventuella* avtal, eller annan rättshandling, som i "verkligheten" finns mellan parterna, och som åsyftas, brukar kallas *dissimulerat*.[3] Som exempel må nämnas ett köpeavtal, som delvis innefattar gåva utan att detta framgår av avtalet (s.k. blandad gåva).

Skenrättsavtal är i svensk rätt reglerat i 34 § AvtL. Om skuldebrev, kontrakt eller annan skriftlig handling upprättats för skens skull, må utan hinder därav fordran eller rättighet, som den enligt handlingen berättigade på grund av densamma överlåtit på annan, göras gällande av förvärvaren, om denne var i god tro vid sitt förvärv. Bestämmelsen i 34 § byg-

[1] Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 230.
[2] Grönfors, Avtalslagen s. 169 och jfr NJA 1976 s. 235 på s. 241.
[3] Grönfors, Avtalslagen s. 169.

ger på principen att en skenrättshandling är ogiltig mellan kontrahenterna.[4]

Denna ogiltighet torde emellertid inte vara relevant när det "bakom" den *simulerade* rättshandlingen finns en *dissimulerad* rättshandling.[5] Eftersom en dissimulerad rättshandling grundar sig på båda parternas "verkliga" partsvilja,[6] torde en dissimulerad rättshandling få betraktas som giltig.[7]

> Jag bör i förevarande sammanhang beröra systematiken och terminologin något. Skenrättsavtal syftar i den första betydelsen på rättshandlingar som inte är allvarligt menade – simulerade rättshandlingar. Skenrättsavtal syftar i den andra betydelsen på dissimulerade rättshandlingar, varmed brukar förstås rättshandlingar som utges för att vara något visst men som i själva verket är något annat.
>
> Jag vill mena att det vid skenrättshandlingar i den andra betydelsen – dvs. dissimulerade rättshandlingar – finns anledning att strängt taget skilja mellan *två rättshandlingar* i stället för, som till synes är fallet i dag, en rättshandling. "Skenrättshandlingen" består i förevarande fall av dels en simulerad rättshandling, dvs. en rättshandling som inte skall tillämpas efter sitt innehåll, dels en dissimulerad rättshandling, dvs. en rättshandling som verkligen finns mellan parterna. Denna systematik begagnas i det följande (jfr 117 § BGB).

Huvudregeln i tysk rätt är liksom i svensk rätt att skenrättshandlingar – simulerade rättshandlingar – är ogiltiga.

> Se 117 § 1 st. BGB: "Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnisse nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig."

Om en skenrättshandling döljer en annan rättshandling – dissimulerad och alltså förtäckt sådan – skall emellertid de bestämmelser som gäller för den förtäckta rättshandlingen tillämpas.

[4] Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 230 och Grönfors, Avtalslagen s. 169f. Se ytterligare om bestämmelsen Vahlen, Avtal och tolkning s. 110ff.

[5] Sålunda synes t.ex. Adlercreutz (Avtalsrätt I s. 230) utgå från att endast skenrättshandlingar som inte alls skall tillämpas efter sitt innehåll är ogiltiga. Jfr ock 117 § 2 st. BGB nedan.

[6] Ussing skiljer mellan s.k. rena skenrättshandlingar, där parterna avtalat att det inte skall inträda några rättsverkningar alls, och skenrättshandlingar, där parterna avtalat att det skall inträda andra rättsverkningar än de som följer av rättshandlingens innehåll. Se Ussing s. 164f. Ussing hänvisar till 117 § BGB.

[7] Jfr bl.a. Adlercrutz, Avtalsrätt I s. 230; Arvidsson, Dolda vinstöverföringar s. 215; Hjerner, Sken – Bulvanskap – Kringgående s. 270ff, särskilt s. 270 not 1 (på s. 290) och s. 285ff; Grönfors, Avtalslagen s. 169 och Ussing ovan i not 6. Jfr dock t.ex. 4:1 2 st. 1 meningen JB.

Se 117 2 st. BGB: "Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, *so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung* [min kursivering]."

Vad som i allmänhet gäller beträffande förtäckta rättshandlingar i svensk rätt är inte alldeles klart även om dessa i och för sig får anses som giltiga. De problem som är förknippade med förtäckta avtal och andra rättshandlingar synes i *praktiken* lösas på två olika vis. En lösning innebär att en förtäckt rättshandling regleras av de bestämmelser och principer, som gäller för motsvarande rättshandling som företas i öppen form (117 § 2 st. BGB). Som exempel kan nämnas den skatterättsliga behandlingen av förtäckt utdelning från aktiebolag (genomsynsprincip). Denna lösning synes representera den allmänna princip som gäller beträffande förtäckta rättshandlingar. En annan lösning innebär att domstolarna i syfte att förhindra skentransaktioner, och då typiskt sett förtäckta rättshandlingar, tillämpar samma bestämmelser och principer på den dissimulerade rättshandlingen som på den simulerade rättshandlingen. Ett typiskt exempel på den senare lösningen är enligt min mening att svensk rätt *i princip* strävar efter att uppställa lika stränga krav för sakrättsligt skydd vid överlåtelse som vid pantsättning.[8]

En tämligen märklig lösning gäller i fråga om s.k. säkerhetsöverlåtelse av byggnad på annans grund, där det i materiellt hänseende är fråga om pantsättning i köpets form och med avtalet som sakrättsligt moment.[9] Följaktligen upprätthålls inte det sakrättsliga krav – tradition – som gäller för den *dissimulerade* rättshandlingen utan det *sakrättsliga* krav som gäller för den *simulerade* rättshandlingen.

Från förtäckta rättshandlingar i allmänhet är steget inte långt till förtäckta utbetalningar inom aktiebolagsrätten. Härvidlag är en första fråga om förtäckta utbetalningar regleras av de bestämmelser och principer i ABL som gäller för öppna utbetalningar. Jag vill mena att så är fallet enligt gällande rätt.[10] Enligt min mening är det inte ens fråga om en analog tillämpning av ABL, *eftersom förtäckta utbetalningar ju enligt den i detta fall tillämpliga allmänna principen beträffande förtäckta rättshandlingar regleras av de bestämmelser och principer som enligt ABL gäller*

[8] Håstad, Sakrätt s. 300.

[9] Se härom bl.a. Håstad, Sakrätt s. 300 och jfr beträffande motiven till besittningskravet på s. 276.

[10] Se bl.a. NJA 1990 s. 343 och jfr NJA 1951 s. 6 I och II, 1966 s. 475, 1976 s. 60, 1976 s. 618 och 1980 s. 311.

för öppna utbetalningar (att de är förtäckta är ju irrelevant!).[11] Den allmänna meningen synes dock vara att ABL tillämpas analogt på förtäckta utbetalningar.[12]

> En alternativ lösning vore förstås att såsom i tysk aktiebolagsrätt förklara alla typer av förtäckta utbetalningar som mer eller mindre ovillkorligen ogiltiga; 57 § AktG jämförd med 134 § BGB (men – märk väl – inte enligt 117 § 2 st. BGB). Se närmare avsnitt 11.3.1–11.3.3 nedan.

8.3 Förtäckt utbetalningar – en meningsfull definition?

Förtäckta utdelningar brukar i litteraturen beskrivas på olika vis. En definition utgår från att med öppen utdelning skall förstås som av bolagsstämman beslutad utdelning med ett visst antal kr per aktie.[13] Förtäckt utdelning är därmed övrig utdelning av bolagets vinstmedel.[14] En annan definition bygger på att man skall karakterisera alla vederlagsfria förfoganden över bolags förmögenhet vilka sker i öppen form som öppen utdelning.[15] Det saknar i detta hänseende betydelse om aktieägarna tillgodoförs ekonomiska värden genom att bolaget överför pengar eller sakvärden, avstår fordringar eller åtar sig betalningsskyldighet gentemot dem.[16] Inte heller syns det ha någon betydelse om bolagsstämman har fattat ett regelrätt beslut om utdelning eller ej.[17] Med förtäckt utdelning skulle därmed närmast förstås ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet som gestaltar sig i en dissimulerad rättshandling och där det finns en framförvarande simulerad rättshandling.[18] Denna definition torde stå i överensstämmelse med vad som gäller beträffande förtäckta rättshandlingar i allmänhet.

För egen del har jag valt att inte ge någon exakt definition av vad som

[11] Jfr Andersson, SvJT 1993 s. 567 not 2. Annorlunda Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 357f och s. 401f med hänvisning till förarbetena till ABL (som knappast besvarar denna fråga). Jfr ock Lindskog, JT 1992–93 s. 90 och se JFK 12:2-3.2.2 not 35 (s. 34f).

[12] Jfr i föregående not anförda arbeten.

[13] Jfr Johansson, Bolagstämma s. 290. Jfr ock NJA 1962 s. 461 på s. 466. HD:s majoritet synes skilja mellan "en å bolagsstämma beslutad" och "en förtäckt utdelning". Bolagsstämman kan emellertid även tänkas fatta beslut om utdelning i förtäckt form; t.ex. försäljning av en bolaget tillhörig fastighet till underpris.

[14] Johansson, Bolagsstämma s. 290.

[15] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 108 och i tysk rätt ovan avsnitt 6.3.2.1.

[16] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 108.

[17] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 108.

[18] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 108f och i tysk rätt ovan avsnitt 6.3.2.1.

skall förstås som en förtäckt utbetalning (utdelning), eftersom detta inte framstått som nödvändigt för att kunna genomföra undersökningen. Typiskt sett använder jag dock i detta och följande kapitel termen förtäckt utbetalning i den senare betydelsen: En förtäckt utbetalning är en dissimulerad rättshandling som helt eller delvis innefattar ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet som döljs genom en simulerad rättshandling såsom avtal om köp, hyra eller tjänst (jfr avsnitt 8.2 ovan).

8.4 ABL och förtäckta utbetalningar – närmare om problemen

De sätt varigenom ett aktiebolag kan företa förtäckta utbetalningar till aktieägarna begränsas i princip bara av den mänskliga fantasin. Som exempel må nämnas oskäligt hög lön eller pension,[19] felaktig hyressättning eller ränteberäkning,[20] förvärv eller försäljning av tillgångar till över- eller underpris,[21] rätt till teckning av aktier (i andra bolag) eller obligationer till förmånlig kurs,[22] penninglån till insolvent aktieägare[23] och pantförskrivning[24] eller borgensåtagande[25] till förmån för insolvent aktieägare i egenskap av gäldenär (jag bortser från låneförbudet och dess rättsverkningar).

Det generella avgränsningsproblem som aktualiseras vid samtliga typer av förtäckta utbetalningar är hur rättstillämparen skall fastställa att en viss transaktion helt eller delvis innefattar ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet och inte utgör en sedvanlig affärsmässig – möjligen oklok sådan – disposition. Under vilka förutsättningar kan försäljning av bolagets tillgångar anses ha skett till underpris? När skall lön, arvode eller pension anses innefatta en aktiebolagsrättslig utbetalning från bolaget? Annorlunda uttryckt: När skall rättshandlingen anses ha företagits med aktieägaren i hans egenskap av aktieägare?

Avgränsningsproblemet kan i princip lösas på två olika vis. Ett alternativ innebär att man skall jämföra värdet av bolagets prestation med vär-

[19] Jfr NJA 1920 s. 231 och 1922 s. 122 nedan samt härom avsnitt 9.8 nedan.
[20] Jfr dock det s.k. Salénsmålet ovan i avsnitt 7.4.4. Annorlunda i avsnitt 9.3 nedan.
[21] Jfr HD:s majoritet obiter i NJA 1962 s. 461 på s. 465.
[22] Jfr omständigheterna i NJA 1962 s. 461.
[23] NJA 1951 s. 6 I och II, 1966 s. 475, 1976 s. 60 och 1976 s. 618, 1980 s. 311 på 316 och 1990 s. 343. Jfr ock NJA 1948 s. 651.
[24] NJA 1980 s. 311.
[25] Obiter i NJA 1980 s. 311 på s. 316.

det av aktieägarens motprestation. Överstiger värdet av bolagets prestation värdet av aktieägarens motprestation föreligger en förtäckt utbetalning. Alternativet innefattar i och för sig några sinsemellan olika tänkbara lösningar. En strikt objektiv metod (modell) – *min term* – innebär att man enbart skall jämföra värdet av bolagets prestation med värdet av aktieägarens motprestation. En annan lösning går ut på att det måste föreligga ett uppenbart missförhållande mellan värdet av parternas prestationer för att en förtäckt utbetalning skall anses föreligga.

Det andra alternativet innebär – förutom att man skall jämföra värdet av bolagets prestation med värdet av aktieägarens motprestation – att ett subjektivt rekvisit måste vara uppfyllt. Detta betyder enligt en föreslagen lösning att "bolaget genom en *medvetet* icke kommersiellt syftande disposition" (min kursivering) måste ha frånhänts ett värde.[26] Man kan också tänka sig att bolagets ställföreträdare bara behöver ha *bort inse* att transaktionen helt eller delvis var vederlagsfri. Det är vidare tänkbart att man i stället för ett ondtroskrav skall ta hänsyn till vilket eller vilka syften transaktionen fyller.

8.5 Förtäckta utbetalningar i förarbeten och litteratur

Något säkert svar på frågan huruvida avtal och andra rättshandlingar som varande en förtäckt utbetalning – i detta och följande avsnitt betecknat som förtäckt utdelning[27] – skall prövas enligt det ena eller det andra alternativet står inte att finna i rättskällorna. I förarbeten och litteratur finns det stöd för båda. Rättspraxis på området är svårtolkad. Domstolarna syns dock företa en prövning i enlighet med det förra alternativet och då närmast en strikt objektiv bedömning.

Vad angår förarbetena till aktiebolagslagarna och näraliggande lagstiftning finns det i äldre utredningar ett visst stöd för att en förtäckt utdelning förutsätter en *väsentlig* eller *uppenbar*[28] skillnad mellan värdet av parternas prestationer.[29] Ett aktiebolag måste av sina aktieägare ha

[26] Lindskog i SvJT 1992 s. 83f.

[27] Terminologin är föranledd av rättskällorna.

[28] Jag bortser i det följande från att ett väsentlighets- eller uppenbarhetsrekvisit kan ses som ett beviskrav. Se nedan.

[29] Jfr SOU 1942:2 s. 18 och 1947:84 s. 61. Jfr ock SOU 1941:9 s. 652 och SWN s. 494 återgivet i avsnitt 5.4.7.4 ovan.

förvärvat egendom till *uppenbart överpris* eller till sina aktieägare ha överlåtit egendom till *uppenbart underpris*.[30]

Nial synes i läroböckerna Aktiebolagsrätt och Om aktiebolag förespråka en likartad bedömning.[31] Jfr dock nedan rörande *vederlagsfria utbetalningar till utomstående*.

En företrädare för ett väsentlighets- eller uppenbarhetsrekvisit är Danielsson.[32] Det kan i bedömningen huruvida utbetalningsförbudet har kränkts genom att bolaget avhänts egendom utan fullt vederlag inte bli fråga om någon noggrann avvägning mellan prestation och motprestation.[33] I stället måste det föreligga ett "uppenbart missförhållande" mellan vad bolaget mist och vad det fått i stället.[34] Förutom själva missförhållandet mellan prestationerna skulle *syftet* med en åtgärd ha betydelse vid bedömningen.[35]

Danielsson synes mena att man analogt skall tillämpa återvinningsregeln i KonkL rörande gåva; jfr dåvarande 28 § KonkL och se numera 4:6 2 st. KonkL.[36] Jfr ock 37 § 1 mom. lag (1941:416) om arvsskatt och gåvoskatt.

Jag förstår i det följande ordet "uppenbart" som ett materiellt rekvisit, vil-

[30] Jfr SOU 1942:2 s. 18; 1947:84 s. 61; SOU 1941:9 s. 652 och SWN s. 494. Rekvisitet torde i sin tur bygga på utgången i NJA 1920 s. 231 och NJA 1922 s. 122 samt förmodligen 96 § 1910 års lag, vilken tillerkände aktieägarna rätt att klandra bolagstämmobeslut vari bestämts arvode åt styrelseledamot, revisor eller tjänsteman i bolaget eller eljest åt någon för fullgörande av honom meddelat uppdrag. Arvodet kunde jämkas om det uppenbarligen befanns vara bestämt till oskäligt belopp. Se härom avsnitt 9.8 nedan.

[31] Aktiebolagsrätt s. 102 och Om aktiebolag s. 52. Det bör nämnas att Nial deltog som sakkunnig i SOU 1942:2, vars uttalanden senare upprepades i SOU 1947:84; jfr föregående not. Ungefärligen samtidigt med nämnda arbeten kommer en till synes annorlunda bedömning till uttryck av Nial i ett rättsutlåtande återgivet i NJA 1948 s. 651 på s. 659: "/.../ utdelningsreglerna vore att tillämpa även på medelsdispositioner, klädda i annan juridisk form, såsom arvode, lön, köp etc., om sådana dispositioner till innebörd och syfte framstode såsom innefattande ett överförande av medel från bolaget till aktieägare utan motsvarande valuta för bolaget." Jfr ock Nial:s rättsutlåtande i NJA 1951 s. 6 I på s. 10. Se därtill Nial i SvJT 1955 s. 256.

[32] SvJT 1954 s. 577f och samma Sacklén, SvJT 1994 s. 144 not 24. Något annorlunda i Aktiekapitalet s. 230. En olovlig utbetalning kan ske i samband med varjehanda affär mellan bolaget och dess aktieägare. Huruvida utbetalningsförbudet skall anses åsidosatt får bero av en prövning i det särskilda fallet. "Avgörande torde främst bli beskaffenhet och värde hos eventuell motprestation."

[33] SvJT 1954 s. 577.

[34] SvJT 1954 s. 577f. Jfr Müllern i TSA 1981 s. 35, vilken också synes förorda en analog tillämpning av äldre motsvarighet till återvinningsregeln i 4:6 2 st. KonkL, och Grosskopf, Vinstbolag, s. 43. Jfr därtill Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125f beträffande *utbetalningar till tredje man*, varom ytterligare i kapitel 10 nedan.

[35] SvJT 1954 s. 578.

[36] SvJT 1954 s. 578.

ket innebär att det måste föreligga åtminstone en påtaglig diskrepans mellan värdet av bolagets prestation och värdet av aktieägarens motprestation. Det kan emellertid ifrågasättas om ordet "uppenbart" inte skall uppfattas som ett krav på starkare bevisning. Jfr nedan avsnitt 8.6. Vad nu sagts är även relevant med avseende på ett väsentlighetskrav.

Ett annat synsätt betonar i högre grad ställföreträdarnas avsikt[37] med rättshandlingen och om denna har ett kommersiellt syfte. Lindskog använder termen *olovliga kapitalanvändning* för att beskriva olovliga förfoganden över bolagets förmögenhet i strid mot 12:2 ABL. Med olovlig kapitalanvändning avses att "bolaget genom en medvetet icke kommersiellt syftande disposition frånhänds värden i strid mot spärrbestämmelserna i ABL 12:2".[38] För att ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta *kapitalanvändning*[39] – om jag förstår Lindskog rätt – krävs det att bolagets ställföreträdare företar dispositionen medvetet (uppsåtligen[40]), att dispositionen har ett icke kommersiellt syfte och att det föreligger en värdediskrepans[41] mellan bolagets prestation och aktieägarens motprestation.[42] Lindskog synes fästa störst vikt vid om avtalet eller eljest rättshandlingen har ett kommersiellt syfte.[43]

Det är tänkbart att Lindskog i senare arbeten har modifierat sin ståndpunkt.[44] I aktiebolagskommentaren anges att såsom kapitalanvändning torde böra anses, inte bara vinstutdelning utan varje bolagets beslut om en

[37] Lindskog i SvJT 1992 s. 85 not 6 och jfr JT 1992–93 s. 84 not 14.

[38] SvJT 1992 s. 83f.

[39] Jag bortser härvidlag från att Lindskog skiljer mellan direkt kapitalanvändning och indirekt kapitalanvändning. Direkt kapitalanvändning är när bolagsstämmans vinstutdelningsbeslut ger aktieägarna en omedelbar rätt. Indirekt kapitalanvändning är när en rätt mot bolaget förutsätter ett förmedlande avtal. Se härom JFK 12:0-5.1 (s. 18f).

[40] Möjligen får uttrycket "medvetet" anses innefatta grov oaktsamhet (måste ha insett). Dock förefaller Lindskog mena att så inte är fallet. Enligt Lindskog torde endast uppsåtliga värdefrånhändanden likställas med formenlig utdelning i vad gäller tillämpningen av borgenärsskyddsreglerna i 12:2 ABL. Häri inbegrips enligt Lindskog sådana fall, där visserligen värdefrånhändandet inte direkt åsyftades, men där dess effekt med visshet kunde förutses, vilken effekt inte avhållit bolaget från att genomföra affären. Se SvJT 1992 s. 81f och vidare nedan.

[41] Jfr SvJT 1992 s. 84. För att fråga skall vara om en kapitalanvändning krävs enligt Lindskog, att värdefrånhändandet framträder med stor tydlighet. Se JFK 12:2-4.1.1 (s. 38) och jfr Lindskog, Utlåtande s. 3.

[42] Tolkningen är min egen. Strikt juridiskt-tekniskt menar jag sålunda att man måste skilja på momentet att ställföreträdarna företar dispositionen medvetet och att dispositionen har ett icke kommersiellt syfte. En annan sak är att det senare naturligtvis är beroende av det förra.

[43] Jfr SvJT 1992 s. 84.

[44] Det bör framhållas att Lindskogs tes om vad som krävs för att "kapitalanvändning" skall anses föreligga knappast har något större stöd i de rättskällor vartill han hänvisar.

disposition som innebär ett *värdefrånhändande*, om detta har varit *uppsåtligt*.[45] Sålunda betonas i detta arbete *inte* att dispositionen skall ha ett *icke kommersiellt syfte*. Måhända skall man inte övertolka denna skillnad, då ett *uppsåtligt värdefrånhändande typiskt sett har ett icke kommersiellt syfte*. Enligt min mening bör man emellertid inom ramen för den juridisk-tekniska bedömningen huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning skilja mellan värdefrånhändandet (diskrepansen mellan värdet av parternas prestationer), subjektiva förutsättningar såsom att dispositionen måste ha företagits uppsåtligen av bolagets ställföreträdare och spörsmålet huruvida avtalet eller rättshandlingen enligt en objektiviserad helhetsbedömning (jämfört med subjektiva förutsättningar) helt eller delvis inte fyller ett kommersiellt syfte. Se härom avsnitt 8.7–8.8 nedan.

Med uppsåtligt värdefrånhändande menar Lindskog att värdefrånhändandet är medvetet och inte nödvändigt.[46] På samma sätt bör bedömas sådana fall, där värdefrånhändandet visserligen inte är åsyftat men en insedd konsekvens av ett visst handlande.[47] Däremot påstås culpösa värdefrånhändanden inte kunna ses som kapitalanvändning.[48] Dåliga affärer – vilket tydligen Lindskog betraktar som culpösa värdefrånhändanden (jfr ordet "således")[49] – kan inte angripas med stöd av kapitalskyddsreglerna. Lindskogs ståndpunkt kan kanske sammanfattas på följande vis: Med hänsyn till det borgenärsskyddssyfte som ligger till grund för 12:2 ABL träffas varje disposition som syftar till ett värdefrånhändande.[50]

Som framgått skall med uttrycket "kapitalanvändning" förstås uppsåtligt värdefrånhändande. Det hela påstås emellertid även kunna uttryckas så, att varje disposition som (1) inte är affärsmässigt betingad och som (2) reducerar bolagsförmögenheten skall betraktas som kapitalanvändning.[51] För egen del har jag svårt att se att den förra beskrivningen stämmer överens med den senare. En helt annan sak är att den senare beskrivningen stämmer bättre överens med vad som kommer till uttryck i annan litteratur på området. Jfr särskilt nedan avsnitt 10.2. Jfr därtill NJA 1980 s. 311 och det där förekommande uttrycket "ej affärsmässigt betingat", vilket kommenteras i avsnitt 9.6.2.2 nedan.

Det bör noteras att vad Lindskog anför beträffande *kapitalanvändning* uppvisar påtagliga likheter med vad som gäller i fråga om skenrättshandlingar i allmänhet: Parternas avsikt är att rättshandlingen inte alls skall

[45] JFK 12:2-4.1.1 (s. 36f). Fotnoter utelämnade.
[46] JFK 12:2-4.1.1 (s. 36).
[47] JFK 12:2-4.1.1 (s. 36). Jfr ock not 40 ovan.
[48] JFK 12:2-4.1.1 (s. 38). Jfr dock not 40 ovan.
[49] JFK 12:2-4.1.1 (s. 38).
[50] JFK 12:2-4.1.1 (s. 38).
[51] JFK 12:2-4.1.1 (s. 38).

tillämpas efter sitt innehåll.[52] (Lindskog förutsätter, vilket bör nämnas, i ett annat led *ond tro för ogiltighet* vid *olovlig kapitalanvändning*.)

Nial har beträffande vederlagsfria utbetalningar till utomstående presenterat en syn på problematiken som jag förstår som ett tredje alternativ.[53] Huruvida samma bedömning gäller i relation till bolagets aktieägare framgår inte men får betraktas som tänkbart (jfr nedan).[54]

Nial framhåller att det borgenärsskydd, som är uttryckt i reglerna om högsta tillåtna vinstutdelning, måste gälla även mot transaktioner till förmån för utomstående. Transaktioner som kränker detta skydd måste därför kunna bli ogiltiga, oavsett att alla aktieägarna givit sitt samtycke till transaktionen. Bolagsorganen måste emellertid även i fråga om sådana transaktioner ha den rörelsefrihet som följer av att *ogiltighet* endast drabbar rättshandlingar som är uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte (jfr 76 § 1 st. 1944 års lag och 12:1 2 st. ABL) eller bereder utomstående otillbörlig fördel till bolagets nackdel (8:13 1 st. och 9:16 ABL).

Sammanfattningsvis får man enligt Nial tre olika fall:

1. En transaktion som visserligen är företagsekonomiskt diskutabel, kanske olämplig, men inte när den företas framstår som uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte och inte heller bereder någon en otillbörlig fördel till bolagets nackdel, är giltig. Detta gäller oavsett om situationen skulle utvecklas så att transaktionen visar sig ta i anspråk tillgångar motsvarande icke utdelningsbara medel.

2. En transaktion som är uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller bereder någon otillbörlig fördel till bolagets nackdel men inte strider mot borgenärsskyddsreglerna, dvs. inte tar i anspråk mer än utdelningsbart fritt eget kapital, är giltig, om alla aktieägare samtyckt till den eller bolagsstämmobeslut om transaktionen lämnas oklandrat.

3. Skulle transaktionen inte bara vara uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller medföra otillbörlig fördel för medkontrahenten till bolagets nackdel utan också ta i anspråk mer än utdelningsbart fritt eget kapital, är den ogiltig även om alla aktieägare samtyckt till den.[55]

För egen del är jag tveksam till om berörda *minoritetsskyddsregler i och för sig* är lämpliga för att avgränsa vederlagsfria dispositioner över bolagets förmögenhet från sedvanliga affärsavtal. Däremot kan de *ändamålsskäl* som kommer till uttryck i principen om att bolagsorganen inte får företa rätts-

[52] Se härom närmare nedan.

[53] Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22. Jfr SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 475f. Se härom ytterligare avsnitt 9.7 nedan.

[54] Ett stöd för att så inte skulle vara fallet finns i äldre arbeten av samma författare. Jfr ovan.

[55] Aktiebolags borgensförbindelser s. 22. Nial anser det vara "naturligt" att använda aktiebolagsrättsliga kriterier och inte (analogt) annan lags normer som återvinningsbestämmelsen avseende blandade gåvor i KonkL. Se Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22 not 2.

handlingar som är uppenbart främmande för verksamhetens syfte respektive generalklausulerna tillmätas betydelse för denna avgränsning. Se avsnitt 8.7 nedan.

Det finns i litteraturen ett *visst stöd* för att man skall fastställa huruvida en transaktion innefattar förtäckt utdelning enligt en strikt objektiv metod: Understiger efter en objektiv bedömning värdet av aktieägarens prestation värdet av bolagets prestation? Rodhe framhåller sålunda att vinstutdelning kan ske på sådant sätt, att en värdeöverföring från bolaget till en eller flera aktieägare bakas in i en transaktion av något annat slag, t.ex. lön, försäljning av bolaget tillhörig egendom till aktieägare till underpris eller förvärv av aktieägare tillhörig egendom till överpris.[56] Därefter anförs följande:[57]

> "Innebörden av dessa olika transaktioner är att aktieägaren får en med utdelning jämförbar förmån, i den utsträckning som värdet av det ena ledet i transaktionen avviker från det marknadsmässiga värdet av det andra ledet. En sådan värdeöverföring till aktieägare brukar betecknas såsom *förtäckt vinstutdelning*.
>
> Vid en typ av transaktioner kan en *dylik marknadsmässig bedömning* dock endast i undantagsfall genomföras, nämligen i de fall då ägaren av ett enmansbolag tillgodogör sig hela överskottet på bolagets rörelse i form av lön från bolaget till honom själv såsom företagets ledare. /.../ (min kursivering)"

8.6 Förtäckta utbetalningar i rättspraxis

Den rättspraxis som finns på området är, som redan framhållits, inte lätt att analysera. Ett avgörande som till synes stödjer en strikt objektiv bedömning är NJA 1962 s. 461.[58]

> För de närmare omständigheterna i målet får jag hänvisa till avsnitt 7.4.3.2.5 ovan. Rättsfrågan i målet var om en rätt för aktieägare att teckna sig för köp av aktier i ett annat bolag till ett pris understigande marknadsvärdet var att hänföra till avkastning i testamentets mening. HD:s majoritet prövade i ett första led om utnyttjande av ett erbjudande, att teckna sig för köp av aktier i ett bruksaktiebolag till en kurs om 120 kr samtidigt som aktie i detta bolag under teckningstiden hade ett marknadspris om 195 kr, kunde anses ha inneburit att ett värde motsvarande skillnaden mellan 195 kr och 120 kr överfördes från det erbjudande bolaget till aktieägarna. HD:s majori-

[56] Se närmare Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 108f.

[57] Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 109.

[58] Jfr ock för ett svagt stöd SOU 1971:15 s. 310 och s. 321 respektive prop. 1975:103 s. 475 och 485f.

tet fann att så var fallet.[59] I ett andra led fann majoriteten att en värdeöverföring, som sker genom att aktieägare från aktiebolag övertar tillgångar för ett pris som understiger marknadsvärdet, i regel får anses innefatta förtäckt utdelning *i aktiebolagsrättslig mening*.[60]

Enligt min uppfattning består den rättsgrundsats som utgör målets ratio decidendi i att en värdeöverföring anses ha skett till en aktieägare, om värdet av aktieägarens prestation inte motsvarar värdet av bolagets prestation.[61] Som ett obiter dictum ger HD:s majoritet uttryck för en princip med det innehåll, att om en värdeöverföring enligt det föregående anses ha skett till en aktieägare skall denna i sin tur och *i regel* anses innefatta förtäckt utdelning till aktieägaren.[62]

Sistnämnda princip är dock inte – frånsett att det uttalas obiter – utan begränsningar. Principen täcker enligt domskälen endast värdeöverföringar, som sker genom att aktieägare från ett aktiebolag övertar tillgångar för ett pris som understiger marknadsvärdet. Trots detta, och mot bakgrund av just majoritetens uttalande i NJA 1962 s. 461, är det enligt min mening rimligt att anta, att samtliga typer av värdeöverföringar från aktiebolag till aktieägare *i regel* får anses innefatta förtäckt utdelning.

Sammanfattningsvis kan majoritetens uttalande i NJA 1962 s. 461 ses som ett uttryck för en strikt objektiv bedömning av om värdet av aktieägarens prestation korresponderar mot värdet av bolagets prestation. Understiger värdet av aktieägarens prestation värdet av bolagets prestation anses en värdeöverföring ha skett till aktieägaren. En värdeöverföring som i sin tur och i regel får anses innefatta förtäckt utdelning.

Ytterligare ett – om än svagt – stöd för att en förtäckt utdelning (i regel) får anses föreligga om värdet av aktieägarens prestation efter en strikt objektiv bedömning understiger värdet av bolagets prestation, är rättspraxis beträffande förtäckt utdelning i form av penninglån och pant.[63]

> Penninglån till en aktieägare, som vid lånetillfället är insolvent, skall i enlighet med NJA 1951 s. 6 I och II betraktas som förtäckt utdelning. I NJA 1951 s. 6 I avsåg Carlsund att överlåta aktierna i Rederiaktiebolaget Suecia

[59] Referatet s. 465. Jfr ock skiljaktiga justitierådet Alexanderson på s. 466 i referatet.

[60] Referatet s. 465.

[61] Jfr referatet s. 465 återgivet ovan avsnitt 7.4.3.2.5. Prejudikatvärdet av NJA 1962 s. 461 inskränker sig alltså inte till fall då aktieägare äger teckna sig för aktier till en kurs under marknadsvärdet.

[62] Referatet s. 465.

[63] Jfr ock NJA 1948 s. 651 i fråga om ekonomiska föreningar. Jfr annorlunda i NJA 1920 s. 231 och 1922 s. 122 i not 30 ovan. Särskilt NJA 1920 s. 231 antyder att det måste föreligga ett väsentligt missförhållande mellan parternas prestationer. Jfr i sammanhanget ock NJA 1923 s. 199.

till Santesson. En viss del av köpeskillingen erlades genom att Carlsund, medan han fortfarande var aktieägare, uttog tillgångar ur bolaget mot att Suecia erhöll en fordran mot Santesson. Den resterande delen av köpeskillingen införskaffade Santesson, sedan han förvärvat aktierna, genom att låta bolaget uppta ett lån i en bank. De medel som därigenom tillfördes bolaget lät Santesson överföra på Carlsund mot att Santesson blev betalningsskyldig gentemot bolaget.

I bedömningen huruvida transaktionen utgjorde förtäckt utdelning anförde HD:s majoritet, att det var ostridigt att köpeskillingen för aktierna erlagts med användande av Suecias tillgångar och att Suecia i gengäld erhållit en fordran mot Santesson om samma belopp. Nämnda fordran saknade emellertid på grund av Santessons bristande betalningsförmåga praktiskt taget värde. Med hänsyn härtill och vad som i övrigt var upplyst skulle "förutberörda uttagande av tillgångar" anses som vinstutdelning, vilken var otillåten – förutom till en mindre del – då det saknades utdelningsbara medel i erforderlig utsträckning.[64]

Omständigheter liknande dem i Sueciamålet aktualiserades i NJA 1951 s. 6 II. Samtidigt med att Andersson till Alandh överlät aktierna i Elegant lät Andersson friskriva sig från en skuld till bolaget om 35000 kr. Bolaget erhöll i gengäld en fordran mot Alandh om samma belopp. På grund av Alandhs ekonomiska ställning saknade denna fordran praktiskt taget värde. Med hänsyn härtill och "till vad övrigt förekommit i målet" kom åtgärden att friskriva Andersson att betraktas som vinstutdelning.[65] Eftersom Elegant i stort sett saknade utdelningsbara medel var det fråga om otillåten vinstutdelning (till den del det saknades fritt eget kapital).

HD:s majoritet synes i NJA 1951 s. 6 I och II företa en prövning av om transaktionerna i själva verket innefattade förtäckt utdelning enligt en *strikt objektiv metod*: korresponderade värdet av aktieägarens prestation mot värdet av bolagets prestation? I båda målen besvarades frågan nekande, eftersom den fordran (som trätt i stället för uttaget[66] respektive friskrivningen) som Suecia respektive Elegant erhöll mot aktieförvärvaren var värdelös på grund av hans bristande betalningsförmåga. Domskälen tyder inte på en tillämpning av något väsentlighets- eller uppenbarhetsrekvisit. Inte heller tillmättes *i denna prövning* ond eller god tro betydelse (däremot hade ondtroskravet betydelse för återbäringsskyldigheten; se referatet s. 25 och s. 37 in fine).

Bedömningen i NJA 1976 s. 60 och 1976 s. 618 är densamma som i NJA 1951 s. 6 I och II.[67] I NJA 1976 s. 618 hade ett avtal träffats mellan Inga G, som var ägare till samtliga aktier i Bernsbolaget, och Bengt L, varigenom

[64] Referatet s. 25.

[65] Referatet s. 37.

[66] Carlsunds uttag respektive Santessons förfogande över medel motsvarande penninglånet.

[67] Se NJA 1976 s. 60 på s. 67 i referatet. Jfr ock NJA 1966 s. 475.

Inga G överlät aktierna till Bengt L. Till betalning av en viss del av köpeskillingen överlät Bengt L såsom ställföreträdare för bolaget till Inga G bolaget tillkommande fordringar mot ett annat bolag. Detta bolag verkställde utbetalningar till Inga G. Bengt L, som inte hade medel till betalning av köpeskillingen för aktierna, ansågs genom fordringsöverlåtelsen ha upptagit lån hos bolaget med motsvarande belopp och ha använt lånemedlen till att likvidera sin skuld för aktierna till Inga G. Eftersom Bengt L var insolvent och bolaget saknade utdelningsbara vinstmedel enligt fastställd balansräkning innefattade åtgärderna en olovlig förtäckt vinstutdelning.[68] Åtgärderna innefattade förtäckt utdelning då värdet av aktieägarens prestation inte motsvarade värdet av bolagets prestation: Bengt L saknade från början förmåga att betala tillbaka berörda lån.

Domskälen i NJA 1980 s. 311 tyder på en i jämförelse med äldre rättspraxis något modifierad bedömning. För att penninglån skall anses utgöra förtäckt utdelning synes HD kräva (1) att den fordran mot aktieförvärvaren som bolaget har på återbetalning av det lånade beloppet är osäker på grund av (hans) låntagarens insolvens och (2) att borgenären – aktieöverlåtaren – insett eller bort inse att så var fallet.[69]

HD erinrar inledningsvis om att lån för att sätta aktieägare i stånd att förvärva aktier i princip har ansetts kunna utgöra olovlig vinstutdelning (se NJA 1951 s. 6 I och II, jfr NJA 1966 s. 475 och 1976 s. 618). Vidare anförs: "En förutsättning har ansetts vara att den fordran mot aktieägaren som bolaget förvärvat på återbetalning av det lånade beloppet framstått som osäker på grund av låntagarens insolvens samt att *borgenären* (aktieöverlåtaren – min anm.) *insett eller bort inse att så var fallet* (min kursivering)".[70]

Domskälen bereder i denna del flera svårigheter för läsaren. Ordet "förutsättning" i nyss nämnda citat syftar tillbaka på att lån för att sätta aktieägare i stånd att förvärva aktier i princip har ansett kunna utgöra *olovlig vinstutdelning*. Det är därför möjligt att frågan om penninglån utgör *olovlig* vinstutdelning skall bedömas med hänsyn till dels låntagarens (eventuella) insolvens, dels borgenärens insikt om detta förhållande. Detta torde emellertid inte vara riktigt. Huruvida en disposition utgör *olovlig* vinstutdelning måste bedömas med hänsyn till om bolaget disponerar över fritt eget kapital i erforderlig utsträckning. Jag vill därför mena att ordet "förutsättning" måste syfta tillbaka på frågan huruvida penninglån i och för sig innefattar utdelning (av "vinst"). Ondtrosrekvisitet återkommer jag till nedan.

I målet hade ett aktiebolag fått ställa viss sin egendom som säkerhet[71] för aktieförvärvarnas skuld till säljaren av aktier på grund av köpet av dessa. Genom säkerställandet hade bolaget förvärvat en regressfordran mot aktie-

[68] Referatet s. 622.

[69] Se om hänvisningen i domskälen till låntagaren och borgenären i avsnitt 9.6.2.1 nedan.

[70] Referatet s. 316.

[71] Säkerställandet bestod av dels pantsättning genom överlämnande av fastighetsinteckningar, dels överlämnande av förlagsinteckningar. Termen "panträtt" i målet syftar på båda typerna av säkerhet. Se referatet s. 316.

förvärvarna. Regressgäldenärerna var inte solventa för beloppet och aktieöverlåtaren "måste ha haft full insikt om deras ekonomiska ställning".[72] Säkerställandet var tydligen från pantsättarens – bolagets – synpunkt sett inte affärsmässigt betingat utan fick betraktas som *vederlagsfritt*. Pantsättningen var "under föreliggande omständigheter" underkastad samma begränsningar som gäller beträffande penninglån.[73] Möjligheten att göra en giltig pantsättning ansågs begränsad såtillvida att pantsättningen måste hålla sig inom ramen för vad som utgör bolagets utdelningsbara medel. Den av bolaget företagna pantsättningen var giltig motsvarande vid tidpunkten för pantsättningen utdelningsbart belopp. I övrigt var pantsättningen ogiltig och panträtten kunde följaktligen inte göras gällande i bolagets konkurs.

HD:s beskrivning av rättsläget beträffande penninglån som förtäckt utdelning stämmer med avseende på rekvisit (1), dvs. att den fordran mot aktieförvärvaren som bolaget förvärvat på återbetalning av det lånade beloppet skall vara osäker på grund av hans insolvens, överens med äldre rätt.[74] Och detsamma kan sägas vara fallet beträffande pantsättningen i målet: Aktieförvärvarna var inte solventa för den genom säkerställandet uppkomna regressfordringen för bolaget.

Däremot bör i domskälen omnämnda ondtrosrekvisit (2) – dvs. att aktieöverlåtaren (borgenären) insett eller bort inse att bolagets fordran mot aktieförvärvarna (regressgäldenärerna) var värdelös – enligt min mening sakna betydelse för frågan huruvida förtäckt utdelning skall anses föreligga. HD synes dock ha tillmätt denna omständighet betydelse. Aktieöverlåtaren (borgenären) ansågs i målet vara i ond tro om aktieförvärvarnas (regressgäldenärernas) ekonomiska ställning (vilka inte var solventa för beloppet).

Om man utgår från att HD i NJA 1980 s. 311 söker tillämpa samma principer som i tidigare rättspraxis – se särskilt hänvisningen till NJA 1951 s. 6 I och II – är ondtrosrekvisitet ointressant vid bedömningen av om penninglån (eller ställande av pant) skall betraktas som förtäckt utdelning. HD:s majoritet företog i NJA 1951 s. 6 I och II en prövning av om bolagets fordran gentemot aktieförvärvarna var värdelös på grund av deras bristande betalningsförmåga. I denna prövning torde ond eller god tro inte ha tillmätts någon betydelse.[75] Däremot hade ond eller god tro betydelse för återbäringsskyldigheten enligt 54 § 1910 års lag i NJA 1951 s. 6 I[76] och enligt 73 § 2 mom. 1 st. 1944 års lag i NJA 1951 s. 6 II[77]. Detta ondtrosrekvisit bygger i NJA 1951 s. 6 I på rättsgrundsatsen condictio indebiti och i NJA 1951 s. 6 II på en analog tillämpning av det godtrosskydd som stadgades i 73 § 2 mom.

[72] Referatet s. 316.

[73] Referatet s. 316.

[74] Jfr dock härom i avsnitt 9.6.2.1 nedan.

[75] Jfr ock NJA 1976 s. 618 och därtill NJA 1966 s. 475 och 1976 s. 60.

[76] Se den uttryckliga hänvisningen i referatet på s. 25. Återbäringsskyldigheten följde också, som framgår av referatet, av 4 § 1943 års lag (SFS 1943:28) med särskilda bestämmelser om begränsning av vinstutdelning från aktiebolag.

[77] Referatet s. 37.

2 st. 1944 års lag (jfr 12:5 1 st. 2 meningen ABL). Se härom ytterligare avsnitt 9.6.2.1 och avsnitt 13.4.2–13.4.3 nedan.

Jag vill mena att man inte bör fästa vikt vid att HD i NJA 1980 s. 311 *till synes* prövar om säkerställandet var vederlagsfritt – utdelning – med utgångspunkt i två rekvisit. Målet bygger på, och syftar uppenbarligen inte till någon ändring av, äldre rättspraxis. Och i äldre rättspraxis saknar ond eller god tro betydelse vid bedömningen huruvida en transaktion innefattar förtäckt utdelning.

För övrigt går det att förklara det förutnämnda ordet "förutsättning" med att HD utgår från att penningslån som olovlig vinstutdelning (troligtvis) bara leder till *ovillkorlig återbäringsskyldighet* (ogiltighet) när aktieägaren är i ond tro. Följaktligen kan man hävda att en *förutsättning* för *olovlig vinstutdelning* i den betydelsen att förfogandet leder till *ovillkorlig återbäringsskyldighet* är (1) att den fordran mot aktieförvärvaren som bolaget har på återbetalning av det lånade beloppet är osäker på grund av (hans) låntagarens insolvens och (2) att borgenären (aktieöverlåtaren) i egenskap av aktieägare insett eller bort inse att så var fallet.

De svårigheter som man har vid tolkningen av NJA 1980 s. 311 återkommer vid tolkningen av NJA 1990 s. 343 (troligtvis är 1990 års mål påverkat av 1980 års mål). Ytterligare en svårighet med att tolka NJA 1990 s. 343 är att vissa formuleringar i domskälen framstår som motsägelsefulla. Under vilka förutsättningar penninglån till aktieägare skall anses innefatta förtäckt utdelning beskrivs på ett vis, dvs. som att aktieägaren vid lånetillfället saknar återbetalningsförmåga, och tillämpas till synes i målet på ett annat och modifierat vis, dvs. som att aktieägaren vid lånetillfället saknade återbetalningsförmåga och var i ond tro om detta förhållande.

Ett dotterbolag hade lånat ut pengar till sitt moderbolag. Fråga var om bl.a. moderbolagets ekonomi när lånen lämnades var sådan att någon återbetalning inte kunde påräknas och att lånen därför utgjorde förtäckt vinstutdelning. Vad beträffar rättsläget anförde HD följande: "Såsom domstolarna utgått från får lån, som ett aktiebolag lämnar aktieägare, *anses utgöra förtäckt vinstutdelning*, om aktieägarens ekonomi vid lånetillfället är sådan att återbetalning inte kan påräknas."[78] (Min kursivering.) Domskälen tyder i denna del på att ond tro saknar betydelse vid bedömningen av om penninglån utgör förtäckt utdelning. Den kritiska frågan är om bolagets prestation med hänsyn till att aktieägaren saknar återbetalningsförmåga skall anses som vederlagsfri (motprestation saknas).

Den faktiska prövningen i målet av om lånen från dotterbolaget till moderbolaget kunde innefatta förtäckt vinstutdelning kom emellertid att bestå av två rekvisit:[79] "Det anförda innebär – (2) vilket Bengt H[80] borde ha

[78] Referatet s. 348.

[79] Referatet s. 350.

[80] Min not. Bengt H var styrelseledamot i moderbolaget och hade ensam rätt att teckna moderbolagets firma samt hade därjämte på grund av en fullmakt från styrelsen för dotterbolaget rätt att ensam teckna detta bolags firma.

insett[81] – att Nordanlands (moderbolagets) ekonomiska ställning redan i febr 1982 var så bräcklig att (1) Waso-Verkens (dotterbolagets) fordringar med anledning av lånen redan från början måste anses ha varit praktiskt taget värdelösa. Lånen har alltså inneburit förtäckt vinstutdelning från Waso-Verken."

Den faktiska tillämpningen i NJA 1990 s. 343 bör enligt min mening inte tillmätas betydelse. HD utgår i enlighet med äldre rättspraxis från att lån, som ett aktiebolag lämnar aktieägare, får anses utgöra förtäckt vinstutdelning, om aktieägarens ekonomi vid lånetillfället är sådan att återbetalning inte kan påräknas. Ondtrosrekvisitet får anses hänförligt till återbäringsskyldigheten oavsett att det förekommer i ett "annat" sammanhang. Denna tolkning går att förena med domskälen i målet såtillvida att lånen ansågs ha lämnats i strid med 12:1–2 ABL (utdelningsbara medel saknades) och att Nordanland *enligt 12:5* ABL befanns skyldigt att *återbetala lånebeloppen.* Återbäringsskyldigheten var en följd av att Nordanlands ställföreträdare Bengt H i det föregående hade befunnits vara i ond tro om Nordanlands bristande betalningsförmåga (se NJA 1951 s. 6 I och II och jfr 12:5 1 st. 2 meningen ABL).

Samtliga avgöranden rörande förtäckt utdelning tyder enligt min mening på att förtäckt utdelning skall anses föreligga om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation. Bedömningen skall till synes ske strikt objektivt. Förtäckt utdelning förutsätter inte något väsentligt missförhållande mellan parternas prestationer och inte heller att aktieägaren eller (och) det utdelande bolagets ställföreträdare är i ond tro om att transaktionen är vederlagsfri (men jfr NJA 1980 s. 311 och NJA 1990 s. 343 ovan).

Rättsläget är emellertid osäkert i den meningen att rättsfrågan inte *faktiskt* har prövats av HD. Jag avser att i följande avsnitt undersöka problemet med hänsyn till de ändamålsskäl som aktualiseras vid tillämpningen av ABL.

8.7 Förtäckta utbetalningar och ändamålsöverväganden – en strikt objektiv bedömning?

En förtäckt utbetalning företas typiskt sett genom en simulerad rättshandling varigenom man döljer rättsförhållandets verkliga karaktär av

[81] Jag förstår Bengt H:s insikt om förhållandena i moderbolaget, som att de tillmättes betydelse för om detta bolag var i "ond tro" (aktieägaren) och inte det utdelande bolaget. Det går dock att tolka momentet som att det var av betydelse för det "utdelande" dotterbolaget (vilket i så fall är ytterligare en variant av tillämpningen av ondtrosrekvisitet!).

vederlagsfri disposition över bolagets förmögenhet – den dissimulerade rättshandlingen. Svaret på frågan varför *förtäckta utbetalningar* företas torde skifta från fall till fall. Förtäckta utbetalningar kan t.ex. ske i syfte att svälta ut minoritetsaktieägare eller att i övrigt missgynna dessa. Ett annat syfte kan tänkas vara att aktieägarna vill undandra fordringsägare såsom kreditgivare och leverantörer bolaget tillhörig egendom. Ändock torde motivet till dolda värdeöverföringar vanligen stå att finna i den skatterättsliga lagstiftningen.

Att vederlagsfria förfoganden över bolagets förmögenhet – vare sig de sker öppet eller förtäckt – blir föremål för beskattning är en uppgift för det skatterättsliga regelsystemet. Det aktiebolagsrättsliga regelsystemet saknar för detta syfte i och för sig betydelse. (En annan sak är att det är en fördel om regelsystemen tillsammans kan bidra till att samma ändamål blir förverkligade.) I avsnitt 4.3.1. ovan fann jag att de underliggande ändamål som ABL söker förverkliga är tredjemansskyddet, aktieägarskyddet och omsättningsskyddet.

Hur skall då domstolarna med hänsyn till dessa ändamål lösa avgränsningsproblemet, dvs. fastställa att ett visst avtal eller annan rättshandling helt eller delvis innefattar ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet och inte utgör en sedvanlig affärsmässig transaktion?

> Både i detta och i följande avsnitt 8.8 har jag avsevärt påverkats av rättsläget i Tyskland och i Norge. Se beträffande användningen av utländskt material i vad avser nämnda länder avsnitt 3.4.2.1 och 3.4.2.4 ovan. Se beträffande rättsläget i Tyskland ovan avsnitt 6.3.2.2 och i Norge ovan avsnitt 6.6.3.

Tredjemansskyddet torde få betraktas som ett ändamålsskäl som talar för att domstolarna bör använda sig av en strikt objektiv bedömning. Vid en förtäckt utbetalning, där värdeöverföringen sker i form av en simulerad rättshandling som döljer rättshandlingens verkliga karaktär, är det inte möjligt att avgöra om denna är tillåten eller ej, om man inte först fastställer hur stort det vederlagsfria inslaget är i rättshandlingen. Vid en sådan prövning är det nödvändigt att jämföra värdet av aktieägarens prestation med värdet av bolagets prestation. Härvidlag talar enligt min mening tredjemansskyddet mot en bedömning, vilken innefattar ett uppenbarhetsrekvisit eller motsvarande. Ett rekvisit av sistnämnda slag synes snarare uppmuntra är förhindra vederlagsfria dispositioner, eftersom en förtäckt utbetalning först torde föreligga när värdedifferansen är påtaglig. En aktieägare vet med sig att utbetalningsreglerna i ABL endast kan tillämpas, om värdet av hans prestation påtagligt – möjligen avsevärt – understiger värdet av bolagets prestation; t.ex. torde en aktieägare regelbundet kunna förvärva bolaget tillhörig egendom till underpris trots att

det saknas affärsmässiga skäl för detta. I stället utgör tredjemansskyddet ett ändamålsskäl som stödjer en strikt objektiv bedömning, vilken innebär att en förtäckt utbetalning skall anses föreligga så snart värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation. Det förtjänar vidare framhållas att en strikt objektiv bedömning är till gagn för tredjemansskyddet såtillvida att rättsordningen därigenom motverkar att aktiebolagen i det fördolda töms på ekonomiska värden genom skentransaktioner och förtäckta rättshandlingar.

Vad som nu anförts i fråga om tredjemansskyddet är även aktuellt med avseende på aktieägarskyddet, särskilt skyddet för minoriteten. Skyddet för (andra) aktieägare stödjer en strikt objektiv bedömning.

Samtidigt utgör emellertid omsättningsskyddet ett ändamålsskäl som talar emot en strikt objektiv bedömning. Vare sig aktieägare rättshandlar med det bolag vari de är aktieägare eller med utomstående bör aktieägarna – liksom bolaget – vara skyddade av rättsordningen. En rättshandling skall inte kunna anses som en förtäckt utbetalning så snart den framstår som en "dålig affär" för bolaget och kanske inte längre är i bolagets intresse. Med en strikt objektiv bedömning finns det emellertid en risk för sådana "misstag".

Ett stöd för att domstolarna i stället bör använda sig av t.ex. ett uppenbarhets- eller väsentlighetsrekvisit är återvinningsreglerna i KonkL och särskilt då 4:6 2 st. KonkL rörande blandade gåvor. Återvinningsreglerna har generellt till ändamål att motverka illojala dispositioner (jfr återvinning enligt den allmänna otillbörlighetsregeln i 4:5 KonkL och dessutom i förevarande sammanhang 8:13 1 st. och 9:16 ABL varom mer nedan).[82] Enligt 4:6 1 st. KonkL skall en gåva gå åter, om den har fullbordats senare än sex månader före fristdagen.[83] En gåva som har fullbordats dessförinnan men senare än ett år eller, när den har skett till någon som är närstående till gäldenären, tre år före fristdagen går åter, om det inte visas att gäldenären efter gåvan hade kvar utmätningsbar egendom som uppenbart motsvarade hans skulder. Vad nu sagts gäller enligt 4:6 2 st. KonkL även köp, byte eller annat avtal, om det med hänsyn till missförhållandet mellan utfästelserna på ömse sidor är uppenbart, att avtalet delvis har egenskap av gåva.[84]

Vid sidan av ändamålet att motverka illojala förtäckta vederlagsfria dispositioner torde bestämmelsen i 4:6 2 st. KonkL syfta till ett skydd för

[82] Se härom bl.a. Lennander, Återvinning i konkurs s. 30ff och därtill allmänt s. 17ff.

[83] Med "fristdagen" avses dagen då ansökningen om gäldenärens försättande i konkurs kom in till tingsrätten (se 4:2 1 st. KonkL).

[84] Understöd och sedvanliga gåvor är enligt 4:6 3 st. KonkL undantagna från återvinning, om de inte stod i missförhållande till gäldenärens ekonomiska förhållanden.

omsättningen. Den som rättshandlar med en blivande konkursgäldenär skall kunna förlita sig på att rättshandlingen inte åsidosätts som varande en blandad gåva med återgång som rättsföljd, om det inte är tydligt att rättshandlingen innefattade en vederlagsfri disposition. En blivande konkursgäldenärs medkontrahent skall alltså åtnjuta ett skydd i fråga om affärer företagna av gäldenären som är såväl goda (kloka) som dåliga (okloka); ett skydd som också kommer konkursgäldenären till godo. *Först* om det med hänsyn till missförhållandet mellan utfästelserna på ömse sidor är *uppenbart* att avtalet delvis har egenskap av gåva, skall konkursgäldenärens prestation kunna bli föremål för återvinning. (Jfr ock 37 § 1 mom. lag (1941:416) om arvsskatt och gåvoskatt.)

> Det kan väl i och för sig ifrågasättas om inte ordet "uppenbart" i 4:6 2 st. KonkL snarare skall tolkas som ett beviskrav än som ett materiellt rekvisit. Jag förstår dock i förevarande sammanhang, som redan nämnts, ordet "uppenbart" som ett materiellt rekvisit. Rekvisitet antas innefatta ett krav på avsevärd eller i allt fall påtaglig (inte ringa) värdedifferans mellan parternas prestationer.

Återvinningsreglerna i KonkL bygger på den konstruktionen, att för borgenärerna skadliga förfoganden, som sker på konkursgäldenärens initiativ eller åtminstone med hans samtycke, skall kunna återvinnas till förmån för samtliga fordringsägare. Med andra ord syftar återvinningsreglerna i KonkL till att förhindra borgenärsskadliga förfoganden. De aktiebolagsrättsliga utbetalningsreglerna har ett *likartat* syfte. Till skydd för bolagets borgenärer gäller t.ex. vid vinstutdelning att utbetalningar till aktieägarna inte får ta i anspråk mer än vad som utgör fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL och är utdelningsbart enligt 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Verkställer ett bolag vinstutdelning i strid mot dessa principer inträder återbäringsskyldighet för aktieägarna enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL (med godtrosskydd enligt 1 st. 2 meningen).

Vad som utgör ett borgenärsskadligt förfogande kan därför synas vara ett gemensamt problem vid tillämpningen av KonkL och ABL. Följaktligen kan man hävda, att det är både logiskt och systematiskt riktigt att använda sig av en för KonkL och ABL gemensam regel för att fastställa under vilka förutsättningar ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta en förtäckt gåva eller utbetalning. Denna lösning skulle innebära att en förtäckt utbetalning anses föreligga, om det med hänsyn till missförhållandet mellan utfästelserna på ömse sidor är uppenbart, att avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis är vederlagsfri (jfr ock principen om att bolagsorganen inte får företa rättshandlingar som är *uppenbart* främmande för verksamhetens syfte).

Ytterligare ett argument för en lösning av nyss nämnt eller likartat slag

är generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL. Generalklausulerna skall förhindra att bolagsorganen fattar beslut eller företar rättshandlingar eller andra åtgärder som är ägnade att bereda *otillbörlig fördel* åt aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller annan aktieägare. I *otillbörlighetsrekvisitet* återfinns ett skydd för det skön som bör tillkomma bolagsorganen vad gäller bedömningen av om en förvaltningsåtgärd eller rättshandling ligger i bolagets intresse eller ej.[85] Detta *skön* är samtidigt ett skydd för bolagets medkontrahent oavsett om han är aktieägare eller utomstående. Bolagets medkontrahent skyddas från att ett för honom fördelaktigt avtal eller annan rättshandling underkänns av den anledningen att rättshandlingen är ofördelaktig för bolaget. Det skydd som i generalklausulerna kommer till uttryck för bolagsorganen och bolagets medkontrahent får anses representera en för hela aktiebolagsrätten *grundläggande värdering* (jfr även återvinningsreglernas ändamål att motverka otillbörliga rättshandlingar.)

Sammanfattningsvis kan det konstateras, att aktieägarskyddet och tredjemansskyddet utgör ändamålsskäl som talar för en strikt objektiv bedömning, vilken innebär att en förtäckt utbetalning skall anses föreligga så snart värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation. Ett motiv mot en strikt objektiv bedömning är omsättningsskyddet. Omsättningsskyddet utgör ett ändamålsskäl som talar för att en förtäckt utbetalning först skall anses föreligga om värdet av aktieägarens prestation uppenbart eller väsentligen understiger värdet av bolagets prestation. Sammantaget framstår inte ändamålsskälen för det ena alternativet som starkare än ändamålsskälen för det andra.

Finns det då några omständigheter som företar värdet av ändamålsskälen för respektive alternativ?

En svaghet i min analys av vilka ändamålsskäl som talar för respektive alternativ hänför sig till 4:6 2 st. KonkL. Den ändamålsavvägning som är relevant i fråga om 4:6 2 st. KonkL är inte relevant beträffande utbetalningsreglerna i ABL. Bestämmelsen i 4:6 2 st. KonkL är tänkt att kunna tillämpas på avtal om köp, byte eller dylikt mellan en konkursgäldenär och *vilken utomstående som helst*, där avtalet döljer en blandad gåva till den senare avtalskontrahenten. Stadgandet kan sägas ge uttryck åt en avvägning mellan borgenärsskyddet och omsättningsskyddet som är relevant vid alla typer av avtal där medkontrahenten är utomstående (en annan sak är att 4:6 2 st. KonkL *kan* tillämpas på närstående, vilket leder till förlängd återvinningsfrist; se om närståendebegreppet i 4:3 KonkL).[86]

[85] Se särskilt Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22 och jfr s. 12.

[86] Inte ens en strikt objektiv bedömning är främmande för bedömningen av blandade fång i andra fall; jfr Göranson, Återvinning utom konkurs s. 260.

Vad gäller vinstutdelningsreglerna och andra utbetalningsregler i ABL krävs en annan avvägning mellan borgenärsskyddet och omsättningsskyddet. Ett aktiebolags verksamhet syftar i allmänhet till att bereda vinst åt aktieägarna. Dessa skall i princip erhålla avkastning på det kapital, som de har satsat i verksamheten. Aktieägarna är *typiskt sett* – om man bortser från aktieägare med små aktieinnehav i börsföretag – "närstående" i den meningen att de har inflytande i bolaget och direkt eller indirekt kan påverka förvaltningen av dess angelägenheter. Vid avtal och andra rättshandlingar mellan ett aktiebolag och dess aktieägare är det inte fråga om vilken utomstående som helst (inte "at arm's length"; på armlängds avstånd).[87] Den avvägning mellan borgenärsskyddet och omsättningsskyddet som kommer till uttryck i 4:6 2 st. KonkL, och vilken är relevant vid alla typer av avtal där medkontrahenten är utomstående, är därför inte relevant vid avtal mellan ett aktiebolag och dess aktieägare (bortsett från situationer där aktieinnehavet saknar betydelse).

Enligt min uppfattning är sålunda skälen för att vid tillämpningen av utbetalningsreglerna analogivis använda bestämmelsen i 4:6 2 st. KonkL inte övertygande. En analog användning av 4:6 2 st. KonkL torde förutsätta att den ändamålsavvägning som kommer till uttryck i bestämmelsen är relevant beträffande utbetalningsreglerna i ABL. Detta är inte fallet.

Ett argument mot vad som nu anförts skulle kunna tänkas vara att man inte skall överdriva skillnaderna mellan utbetalningsreglerna i ABL och återvinningsreglerna i KonkL. Bestämmelserna om återvinning i KonkL syftar till att motverka illojala dispositioner. En rättshandling varigenom en borgenär på ett "otillbörligt sätt" gynnats framför andra kan återvinnas (se närmare 4:5 KonkL). Generalklausulerna i ABL förbjuder beslut, rättshandling eller annan åtgärd som är ägnad att "bereda otillbörlig fördel åt aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller annan aktieägare". Mot denna bakgrund synes det följdriktigt att anta, att KonkL och ABL vilar på likartade överväganden i fråga om de rättshandlingar som förtjänar respektive inte förtjänar rättsordningens skydd.[88]

För egen del vill jag hålla fast vid att skillnaden mellan regelsystemen är alltför stor för att man vid tillämpningen av utbetalningsreglerna i ABL *i förhållande till aktieägarna* analogivis bör använda sig av bestämmelsen i 4:6 2 st. KonkL.[89] Den omständigheten att både general-

[87] Jfr 43 § 1 mom. kommunalskattelagen (1928:370).

[88] Jfr Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22 not 2, som synes mena att en analogisk tillämpning av konkurslagens regler om gåva knappast skulle leda till andra resultat än de aktiebolagsrättsliga grundreglerna om att ogiltighet endast drabbar åtgärder som är uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller bereder tredje man otillbörlig fördel till bolagets nackdel.

[89] Däremot är förhållandet det motsatta i relation till utomstående.

klausulerna i ABL och återvinningsreglerna i KonkL bygger på en slags otillbörlighetsbedömning är inte avgörande. För det första är generalklausulerna enbart ett komplement till likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL och i likhetsprincipen saknas ett otillbörlighetsrekvisit. För det andra torde otillbörlighetsbedömningen gestalta sig annorlunda vid tillämpningen av ABL än vid tillämpningen av KonkL.[90] Jag måste emellertid medge att det trots allt finns goda skäl för att analogt tillämpa 4:6 2 st. KonkL; i synnerhet om utbetalningsreglerna i ABL enbart skall anses som analogt tillämpliga på förtäckta utbetalningar (vilket enligt min uppfattning är oriktigt).[91]

> Rättsläget i tysk rätt beträffande både AktG och GmbHG tyder på att en strikt objektiv bedömning inte är orimlig. Jfr ock rättsläget i Norge. Se härom ovan avsnitt 6.3.2.2 beträffande tysk rätt och avsnitt 6.6.3 beträffande norsk rätt.

Sammantaget är aktieägarskyddet och tredjemansskyddet två ändamålsskäl som stödjer en strikt objektiv bedömning, vilken innebär att en förtäckt utbetalning skall anses föreligga så snart värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation. Omsättningsskyddet utgör inte ett ändamålsskäl som talar emot en sådan bedömning, eftersom det vid avtal och andra rättshandlingar mellan ett bolag och dess aktieägare *inte* – typiskt sett – är fråga om *vilken utomstående som helst*. Skyddet för omsättningen kräver inte ett uppenbarhetsrekvisit eller väsentlighetsrekvisit.

Jag övergår därmed till frågan om en strikt objektiv bedömning bör kompletteras med ett subjektivt rekvisit.

8.8 Strikt objektiv bedömning och omsättningsskyddet – krävs också ett subjektivt rekvisit?

Med en strikt objektiv bedömning, vilken innebär att en förtäckt utbetalning i regel skall anses föreligga om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation, finns det trots allt en risk för att en förtäckt utbetalning anses föreligga fastän avtalet eller rättshandlingen enbart grundar sig på affärsmässiga överväganden. Denna risk bör i möj-

[90] Men jfr Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22 not 2. Jfr även uttalanden i förarbetena till 1944 års lag och ABL samt i litteraturen, som tyder på att generalklausulerna är tillämpliga vid förtäckta utbetalningar; se härom avsnitt 5.4.7.4 ovan.

[91] Se avsnitt 8.2 ovan.

ligaste mån neutraliseras. Kräver då *skyddet för omsättningen* att en strikt objektiv bedömning *kompletteras* med ett subjektivt rekvisit och hur bör i så fall ett sådant rekvisit vara konstruerat?

För att kunna besvara detta spörsmål måste man först besvara en annan fråga. Denna rör den strikt objektiva bedömningen.[92] Om domstolarna, å ena sidan, är "generösa" i sin inställning till hur värdet av vardera partens prestation skall bestämmas, så kommer utrymmet för bolagsorganens affärsmässiga överväganden att vara större.[93] Följaktligen kommer omsättningsskyddet att vara tämligen väl tillgodosett. Om domstolarna, å andra sidan, är "restriktiva" i sin inställning till hur värdet av vardera partens prestation skall bestämmas, blir följden att utrymmet för bolagsorganens affärsmässiga överväganden minskar. Därigenom försämras också omsättningsskyddet. I det senare fallet ökar behovet av ett subjektivt rekvisit, som "återställer" skyddet för omsättningen.

Vad beträffar den strikt objektiva bedömningen finns det enligt min uppfattning starka skäl som talar för att domstolarna bör ha en "generös" inställning till hur värdet av vardera partens prestation skall bestämmas. Jag vill mena att skyddet för omsättningen kräver att bolagets organ och aktieägare – i egenskap av avtalskontrahenter – efter eget skön och lika med utomstående måste kunna avgöra vad som är affärsmässigt oavsett om ett avtal eller annan rättshandling i efterhand skulle visa sig gynna en aktieägare mer än bolaget. Bolagsorganen och aktieägarna bör komma i åtnjutande av samma förhandlingsutrymme som eljest gäller och som är bestämmande för marknadspriset på varor och tjänster. Om domstolarna har en "generös" inställning till hur värdet av vardera partens prestation skall bestämmas torde behovet av ett subjektivt rekvisit inte vara särskilt stort.

> Tillämpar bolaget regelmässigt ett marknadspris på varan eller tjänsten i rörelsen torde inte förhandlingsutrymmet vara särskilt stort. Saknas det ett marknadspris är förhandlingsutrymmet större. Jfr avsnitt 8.11.2 och något utförligare avsnitt 9.2 nedan.

Nästa fråga gäller vilka – om ens några – subjektiva krav på bolagets (och) eller aktieägarens sida som bör vara uppfyllda för att en förtäckt

[92] Notera dock att värderingen av vardera partens prestation kan ses som en rättsfråga eller bevisfråga.

[93] Jfr dom avkunnad av Hovrätten för Västra Sverige 1993-12-16 DT 38 (mål T 616/91) och dessförinnan Karlstads tingsrätts dom 1991-11-25 DT 601 (mål T 884/90).

utbetalning skall anses föreligga. Följande alternativ och underalternativ är hypotetiskt sett tänkbara:[94]

1. En möjlighet är att för utbetalningsbegreppet kräva att bolagets ställföreträdare avsiktligen (uppsåtligen; möjligen modifierat till grovt oaktsam ond tro) skall ha företagit en vederlagsfri disposition. Rekvisitet kan modifieras så att det är tillräckligt om bolagets ställföreträdare insett eller bort inse att rättshandlingen innefattade ett vederlagsfritt moment. Ett annat alternativ är att man skall söka utröna varför bolagets ställföreträdare företog rättshandlingen; alltså vilket eller vilka motiv som ligger bakom denna? Slutligen torde sistnämnda rekvisit kunna objektiviseras såtillvida att man skall söka utröna vilket eller vilka syften som avtalet eller eljest rättshandlingen fyller.

   Ytterligare ett alternativ är att det (i vissa fall) är tillräckligt om bolagets ställföreträdare visste med sig att rättshandlingen slöts med aktieägaren i hans egenskap av aktieägare. Jfr om tysk aktiebolagsrätt i avsnitt 6.3.2.2.2 ovan.

2. En andra möjlighet är att fästa vikt vid motsvarande förhållanden på aktieägarens sida. Kände aktieägaren till att rättshandlingen innefattade ett vederlagsfritt moment? Rekvisitet går att modifiera så att man fäster vikt vid om aktieägaren insett eller bort inse att rättshandlingen var vederlagsfri. Ett tredje alternativ är undersöka vilket eller vilka motiv som ligger bakom rättshandlingen från aktieägarens synpunkt sett. Slutligen kan man fråga sig vilket eller vilka syften som avtalet eller rättshandlingen fyller; också i detta fall utifrån aktieägarens perspektiv.

[94] Jag har inte ansett att ett krav på "gåvoavsikt" kan uppställas eller är relevant i sammanhanget. Detta beror på ett flertal skäl. För det första gäller att detta krav är rejält uttunnat och till och med kan ifrågasättas som sådant i sakrättsliga förhållanden. Jfr härom Bengtsson, SvJT 1962 s. 695ff och Särskilda avtalstyper I s. 21f. Jfr i någon mån också NJA 1980 s. 642 I och II. Den situation som nu är aktuell kan liknas vid ett sakrättsligt förhållande (den intressent som skall tillgodoses är "tredjepart" – aktieägare eller borgenär m.fl. – i förhållande till bolaget och kontrahenten). Men jfr beträffande 4:6 2 st. KonkL, Lennander, Återvinning i konkurs s. 181 jämfört med s. 177 och Walin–Palmér s. 230 med s. 228. För det andra framstår ett obligationsrättsligt krav på animus donandi (gåvoavsikt) som förfelat i ett rättsförhållande, där syftet med rättsförhållandet är att bereda vinst åt den ena parten (avkastning på kapitalet). Den nu aktuella situationen är helt enkelt inte jämförbar. För det tredje talar såväl tredjemansskyddet som aktieägarskyddet mot ett sådant krav. Och omsättningsskyddet är inte särskilt väl tillgodosett med ett krav på gåvoavsikt; detta krav fyller helt enkelt en annan funktion (relevant i det obligationsrättsliga förhållandet mellan A och B såtillvida att frågan är om A hade för avsikt att berika B).

3. En tredje möjlighet är att man fäster vikt vid några av ovanstående förhållanden med avseende på både bolagets ställföreträdare och aktieägare i vilken kombination som helst.

I gällande rätt är det ytterst osäkert om domstolarna bör fästa vikt vid subjektiva förhållanden på bolagets (och) eller aktieägarens sida. Enligt min uppfattning framstår det i allt fall som främmande att ta hänsyn till subjektiva förhållanden på aktieägarens sida. Sådan hänsyn skall tas vid tillämpning av godtrosregeln vid olovlig utbetalning av vinstutdelning. Enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL undgår en aktieägare återbäringsskyldighet, om han varken insett eller bort inse att vinstutdelningen var *rättsstridig*. I rättspraxis beträffande olovlig förtäckt vinstutdelning synes godtrosskyddet ha upprätthållits såtillvida att återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. ABL (eller motsvarande) förutsätter, att aktieägaren insett eller bort inse att avtalet eller rättshandlingen var vederlagsfri (aktieförvärvaren saknade betalningsförmåga när lånet lämnades och lånet var därför vederlagsfritt).[95] Att för utbetalningsbegreppet använda sig av ett subjektivt rekvisit på aktieägarens sida vore att i onödan komplicera rättstillämpningen. Med ett sådant rekvisit erhåller aktieägarna inte något skydd utöver vad som redan följer av godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL eller en analog tillämpning av denna.[96]

En motsatt ståndpunkt antyds visserligen i NJA 1980 s. 311 och 1990 s. 343, där HD inom ramen för utdelningsbegreppet (utbetalningsbegreppet) synes ha förutsatt att aktieöverlåtaren respektive det aktieägande moderbolagets ställföreträdare skulle ha insett eller bort inse att aktieförvärvarna respektive moderbolaget saknade betalningsförmåga.[97] Enligt min mening bör domskälen i berörda mål i detta hänseende dock inte tillmätas någon avgörande betydelse. HD:s avgöranden grundar sig på äldre rättspraxis, i synnerhet förutnämnda NJA 1951 s. 6 I och II,[98] vari ondtroskravet är hänförligt till återbäringsskyldigheten.

Sammanfattningsvis företräder jag den åsikten, att det saknas anledning att för utbetalningsbegreppet ta hänsyn till vad aktieägaren insett eller bort inse i fråga om rättshandlingens vederlagsfria karaktär. Det finns inte heller någon anledning att inom ramen för utbetalningsbegreppet beakta vilket eller vilka motiv som ligger bakom rättshandlingen eller vilket eller vilka syften som rättshandlingen fyller; i båda fallen från aktieägarens synpunkt sett. En aktieägare kommer i sistnämnda hänse-

[95] Se hänvisningen i NJA 1980 s. 311 på s. 316 och i NJA 1990 s. 343 på s. 348.
[96] Se avsnitt 13.4 nedan.
[97] Se avsnitt 8.6 ovan.
[98] Se hänvisningar i NJA 1980 s. 311 på s. 316 och i NJA 1990 s. 343 på s. 348.

ende knappast att hänvisa till något annat än affärsmässiga skäl oavsett hur fördelaktig rättshandlingen är för honom.

Av det anförda följer att det är möjligt att utesluta en tillämpning av alternativ II och III ovan.

Vad som därmed återstår att besvara är om det inom ramen för utbetalningsbegreppet finns anledning att beakta subjektiva faktorer på bolagets sida. Danielsson synes mena att man skall tillmäta missförhållandet mellan prestationerna och *syftet* med åtgärden betydelse.[99] En författare som i ännu större utsträckning betonar det subjektiva momentet är Lindskog; åtminstone vid tillämpningen av 12:2 ABL.[100] Jag förstår Lindskog som så att "kapitalanvändning" – öppen eller förtäckt utbetalning – förutsätter att bolagets ställföreträdare företar dispositionen *medvetet*, att dispositionen har ett *icke kommersiellt syfte* och att det föreligger en värdediskrepans mellan bolagets prestation och aktieägarens motprestation.[101] Lindskog menar vidare, att ogiltighet enbart inträder om medkontrahenten är i ond tro (ond tro enligt 8:14 ABL vid indirekt kapitalanvändning i strid mot 12:2 ABL).[102]

> Min tolkning av Lindskog kan möjligen diskuteras. Se härom avsnitt 8.5 ovan.

Ett systematiskt stöd för att en förtäckt utbetalning först skall anses föreligga om bolagets ställföreträdare *medvetet* har företagit dispositionen är principerna rörande skenrättshandlingar. En skenrättshandling föreligger om parterna är överens om att rättshandlingen inte är allvarligt menad (handlingssättet är medvetet på båda sidor). Som en förutsättning för att det bakom en simulerad rättshandling skall föreligga en "verklig" sådan – dissimulerad och alltså förtäckt rättshandling – torde det på motsvarande vis få krävas att handlingssättet är medvetet hos båda kontrahenterna.[103] Lindskog förutsätter för kapitalanvändning att bolagets ställföreträdare företar dispositionen medvetet och häri ligger en *partiell likhet* med vad som gäller beträffande förtäckta rättshandlingar i allmänhet.

[99] SvJT 1954 s. 578.

[100] Lindskog i SvJT 1992 s. 83f och s. 85 not 6 samt jfr JT 1992–93 s. 84 not 14.

[101] Vad uppsåtet skall täcka framgår inte. Hypotetiskt är det tänkbart att bolagets ställföreträdare måste vara medvetna om rättshandlingen var vederlagsfri, hade ett icke kommersiellt syfte och stod i strid mot 12:2 ABL.

[102] Ondtrosrekvisitet kan emellertid inte hänföras till 8:14 ABL utan måste anses hänförligt till 12:5 1 st. 2 meningen ABL.

[103] Jfr ock beträffande gåvobegreppet 516 § BGB och om motsvarande krav i svensk rätt Bengtsson, SvJT 1962 s. 694 och i Särskilda avtalstyper I s. 21.

Därtill kommer, som framgått, att Lindskog använder sig av ett ondtroskrav på aktieägarnas sida. Visserligen är detta ondtroskrav relevant i ett annat och senare led än utbetalningsbegreppet – ondtroskravet hänför sig till ogiltigheten av utbetalningen – men det kan på sätt och vis ändå liknas vid det krav på medvetenhet hos även *andra kontrahenten* som synes gälla vid förtäckta rättshandlingar. Därmed synes Lindskog vid (olovlig) kapitalanvändning *i sak* upprätthålla ett krav på att handlingssättet är medvetet på båda sidor, som kan liknas vid vad som torde gälla vid förtäckta rättshandlingar i allmänhet.

Är det då rimligt att i likhet med Lindskog kräva att bolagets ställföreträdare måste ha företagit dispositionen *medvetet* (uppsåtligen, avsiktligen)? Både skyddet för aktieägarna och tredje man är enligt min uppfattning ändamålsskäl som talar emot att upprätthålla ett sådant krav. Utgångspunkten vid skenrättshandlingar är att parterna är överens om att rättshandlingen inte är allvarligt menad. Denna utgångspunkt syftar på rättsförhållandet mellan parterna. Däremot tillmäts inte vid tillämpningen av 34 § AvtL, och som syftande till att bereda utomstående skydd, parternas avsikt avgörande betydelse: En godtroende förvärvare kan göra gällande fordran eller rättighet, vilken grundar sig på skuldebrev, kontrakt eller annan skriftlig handling som upprättats för skens skull. Jag vill mena att man vid prövningen huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning på samma vis som vid tillämpningen av 34 § AvtL bör bortse från om handlingssättet är medvetet eller ej. I förevarande avseende blir det ju en fråga sett ur ett annat perspektiv än parternas – dvs. bolaget och den mottagande aktieägaren – och utifrån detta tredjepartsperspektiv (t.ex. andra aktieägare och bolagets fordringsägare) saknas det anledning att tillmäta parternas insikter avgörande betydelse för frågan huruvida avtalet eller eljest rättshandlingen innefattar en förtäckt utbetalning. Tvärtom utgör skyddet för aktieägarna och tredje man två ändamålsskäl som stödjer en jämförelse mellan prestation och motprestation, där man bortser från om bolagets ställföreträdare företog dispositionen medvetet (se beträffande vetskap på aktieägarens sida ovan). Av samma orsak anser jag att man inom ramen för utbetalningsbegreppet inte kan kräva att bolagets ställföreträdare borde ha insett att rättshandlingen var vederlagsfri.

Det bör nämnas att ett krav på medvetenhet hos bolagets ställföreträdare känns igen i äldre tysk doktrin. Se avsnitt 6.3.2.2.2 ovan.

Att det för utbetalningsbegreppet skulle ställas ett krav på att bolagets ställföreträdare uppsåtligen (medvetet, avsiktligen) måste ha företagit den vederlagsfria rättshandlingen, framstår inte heller ur processuell synpunkt som särskilt välgenomtänkt. Ett sådant krav förutsätter att bolagets

styrelse eller en konkursförvaltare lyckats visa att bolagets (tidigare) ställföreträdare uppsåtligen disponerade över bolagets egendom vederlagsfritt. Jag har svårt att tänka mig att en bolagsstyrelse eller en konkursförvaltare – kanske flera år efter det att rättshandlingen företogs – annat än i undantagsfall kan fullgöra en sådan bevisbörda.[104]

Vidare kan mot ett krav på att bolagets ställföreträdare uppsåtligen (medvetet, avsiktligen) måste ha företagit den vederlagsfria rättshandlingen åberopas det förhållandet, att ett sådant krav torde uppmuntra förtäckta utbetalningar (förtäckta rättshandlingar) och inte motverka dessa.

> Vad Lindskog inte beaktar är att den omständigheten att en förtäckt utbetalning (s.k. indirekt kapitalanvändning) *de facto* förutsätter ett uppsåtligt värdefrånhändande *inte innebär* att den *juridisk-tekniska bedömningen* huruvida en förtäckt utbetalning föreligger skall eller ens bör ske på grundval av samma förutsättningar. Hur den juridisk-tekniska bedömningen skall gå till väga måste besvaras för sig.

Vad skyddet för omsättningen kräver är att avtal och andra rättshandlingar, som grundar sig på affärsmässiga överväganden, inte motverkas eller förhindras av bestämmelserna om vinstutdelning och övriga utbetalningsregler i ABL. Detta ändamål måste tillgodoses på så sätt att utbetalningsbegreppet inte får ett alltför omfattande tillämpningsområde. Jag har i det föregående funnit att en förtäckt utbetalning i enlighet med en stikt objektiv bedömning skall anses föreligga om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation. En strikt objektiv bedömning tar hänsyn till omsättningsskyddet, om domstolarna samtidigt har en "generös" inställning till hur värdet av vardera partens prestation skall bestämmas.[105]

Den kategori av avtal och andra rättshandlingar som trots det anförda riskerar träffas av utbetalningsbegreppet innefattar typiskt sett efter en *strikt objektiv bedömning* ett *vederlagsfritt moment* (frånvaron av objektiv ekvivalens) men grundar sig samtidigt efter en *subjektiv bedömning* på *affärsmässiga överväganden* (subjektiv ekvivalens).[106] Ett exempel på rättshandlingar av nämnt slag är försäljning av bolagets egendom långt under marknadsvärdet på grund av dålig likviditet eller i övrigt svag finansiell ställning. Ett annat exempel är försäljning av bolagets till-

[104] Modifieras rekvisitet till insett eller bort inse torde det förhålla sig annorlunda.

[105] Se särskilt avsnitt 9.2 nedan.

[106] Jfr Andersen, Gavebegreppet s. 196 om uttrycken objektiv ekvivalens respektive subjektiv ekvivalens.

gångar till underpris i syfte att skaffa nya kunder (reklamsyfte)[107].[108]

Utbetalningsbegreppet bör avgränsas så att rättshandlingar av sistnämnda slag inte motverkas eller förhindras av ABL. För att åstadkomma detta är det enligt min uppfattning nödvändigt att i ett andra steg – och efter det att man har företagit en strikt objektiv bedömning – undersöka *vilket eller vilka syften avtalet eller eljest rättshandlingen fyller.*[109] Med avseende på *utbetalningsbegreppet* blir härvidlag den *avgörande frågan* huruvida *avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis inte fyller ett kommersiellt syfte.* Denna fråga måste besvaras på grundval av en *objektiv helhetsbedömning*, där man bl.a. får ta hänsyn till vilket eller vilka motiv som ligger bakom rättshandlingen, vad för slags rättshandling det är fråga om och huruvida den har något rimligt samband med bolagets (faktiska) rörelse. En förtäckt aktiebolagsrättslig utbetalning får anses föreligga, om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation och avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis inte fyller ett kommersiellt syfte.[110]

Sammanfattningsvis bör enligt min uppfattning ett avtal eller annan rättshandling prövas som varande en aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning efter följande modell:

1. I ett första led skall man undersöka om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation (strikt objektiv bedömning). Härvidlag gäller dock att domstolarna måste ha en "generös" inställning till hur värdet av vardera partens prestation skall bestämmas. Bolagsorganen och aktieägarna bör komma i åtnjutande av ett förhandlingsutrymme som liknar det som annars gäller och som är bestämmande för marknadspriset på varor och tjänster.
2. I ett andra led, och under förutsättning att värdet av aktieägarens prestation anses understiga värdet av bolagets prestation, måste man undersöka vilket eller vilka syften avtalet eller eljest rättshandlingen fyller.

[107] Jfr beträffande gåva Bengtsson, SvJT 1962 s. 695ff (gåvor i reklamsyfte och blandade gåvor). Notera dock att Bengtsson synes – åtminstone i vissa avseenden – vilja företa en mer sträng bedömning vad gäller gåvobegreppet vid tillämpningen av sakrättsliga regler än vad jag vill göra beträffande utbetalningsbegreppet vid tillämpningen av de aktiebolagsrättsliga utbetalningsreglerna; se nedan.

[108] Därtill kan det väl tänkas att ett bolag företar vederlagsfria dispositioner som är vedertagna inom det affärsområde inom vilket bolaget verkar eller önskar etablera sig; för att kunna verka inom affärsområdet förutsätts att bolaget företar vederlagsfria dispositioner i enlighet med "naturlige og moralske pligter". Se om uttrycket Andersen, Gavebegrebet s. 261ff och jfr Bengtsson SvJT 1962 s. 707f.

[109] Jfr Danielsson SvJT 1954 s. 578 och Lindskog, SvJT 1992 s. 83f, s. 85 not 6 och JT 1992–93 s. 84 not 14.

[110] Jfr i sistnämnda hänseende NJA 1980 s. 642 I och II.

En aktiebolagsrättslig (förtäckt) utbetalning skall enligt min mening anses föreligga om (1) värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation och (2) avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis inte har ett kommersiellt syfte.

8.9 Skall avtal och andra rättshandlingar mellan bolag och aktieägare närstående fysiska eller juridiska personer bedömas efter samma modell som gäller i förhållande till bolagets aktieägare?

Det förekommer inte sällan att aktiebolag företar vederlagsfria förmögenhetsöverföringar till aktieägarna närstående, t.ex. en utbetalning till make, barn eller en juridiska person som kontrolleras av en aktieägare. Om aktieägarna vederlagsfritt disponerar över bolagets förmögenhet till förmån för sig själva eller utomstående saknar i och för sig betydelse för tillämpningen av bestämmelserna i 12 kapitlet ABL. I båda fallen gäller att utbetalningen inte får ta i anspråk mer än vad som utgör utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL.

Bedömningen huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning torde dock gestalta sig annorlunda i relation till utomstående än i relation till bolagets aktieägare. I gällande rätt skall man troligtvis analogt tillämpa 4:6 2 st. KonkL. Skälet till detta är att den avvägning mellan borgenärsskyddet och omsättningsskyddet som kommer till uttryck i 4:6 2 st. KonkL förtjänar upprätthållas generellt när medkontrahenten *inte är aktieägare*. Se härom närmare kapitel 10 nedan.

I fråga om avtal och andra rättshandlingar mellan aktiebolag och aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer uppkommer spörsmålet, om man skall bedöma rättshandlingens eventuellt vederlagsfria karaktär efter samma modell som gäller antingen i relation till bolagets aktieägare (strikt objektiv bedömning kompletterat med syftet) eller i relation till utomstående. Rättsläget i Tyskland, Danmark och Norge synes generellt vara att bedömningen är densamma som för utbetalningsbegreppet (eller motsvarande). Vad gäller då i svensk rätt?

Rättsläget får i hög grad betraktas som osäkert. Varken i lagstiftning, rättspraxis eller förarbeten berörs problemet. I litteraturen tangerar man frågan.[111]

Både tredjemansskyddet och aktieägarskyddet utgör enligt min mening ändamålsskäl som talar för att bedömningen bör vara densamma

[111] Jfr främst Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125.

som gäller i relation till bolagets aktieägare. Omsättningsskyddet stödjer inte en annan lösning, eftersom *bolagets medkontrahent inte är vilken utomstående som helst.*

Ett aktiebolags verksamhet syftar i allmänhet till att bereda vinst åt aktieägarna. Aktieägarna är typiskt sett – med undantag för aktieägare med små aktieinnehav i börsföretag – "närstående" i den meningen att de har inflytande i bolaget och direkt eller indirekt kan påverka förvaltningen av bolagets angelägenheter. Enligt min uppfattning bör man fästa vikt vid att aktieägarna typiskt sett har inflytande i bolaget och direkt eller indirekt kan påverka förvaltningen av bolagets angelägenheter då det skall fastställas *hur* (på vilket sätt) *man skall bedöma* om rättshandlingar mellan aktiebolag och aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer innefattar vederlagsfria förfoganden över bolagets förmögenhet. Avtalet eller rättshandlingen har inte ingåtts mellan bolaget och utomstående "at arm's length", dvs. mellan oberoende parter. Omsättningsskyddet behöver därför inte heller i detta fall tillgodoses som om medkontrahenten vore vilken utomstående som helst. Rättshandlingens eventuellt vederlagsfria karaktär bör således bedömas efter samma modell som gäller i relation till bolagets aktieägare.

> Vad som bör betraktas som aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer kan diskuteras. För egen del tror jag inte att en exakt definition är meningsfull; jfr i frågan t.ex. norsk rätt i avsnitt 6.6.4 ovan. Analogt torde man kunna hämta vägledning i 12:7 1 st. ABL och i 4:3 KonkL.

8.10 Skall avtal och andra rättshandlingar mellan bolag ingående i koncerner bedömas efter samma modell som gäller i förhållande till bolagets aktieägare?

Transaktioner mellan bolag ingående i koncerner är i praktiken mycket vanligt förekommande (koncerninterna transaktioner). Sådana transaktioner kan innefatta ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet. Huruvida en rättshandling mellan ett dotterbolag och dess moderbolag skall anses utgöra en förtäckt utbetalning från dotterbolaget till moderbolaget är ett spörsmål som torde få bedömas jämlikt samma modell som gäller i andra fall där kontrahenterna är aktiebolag och aktieägare.

Hur koncerninterna transaktioner i andra fall skall bedömas är osäkert. Ett alternativ är att använda sig av samma modell som enligt min mening

gäller i relation till aktieägarna och aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer. Ett annat alternativ är att använda sig av samma modell som enligt min uppfattning gäller i relation till utomstående i egentlig mening (analogt 4:6 2 st. KonkL).

Jag vill mena att de ändamålsskäl som aktualiseras beträffande rättshandlingar mellan aktiebolag och aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer också är relevanta i förevarande fall. Koncerninterna transaktioner ingås inte mellan kontrahenter på "armlängds avstånd". Härav följer att omsättningsskyddet inte behöver tillgodoses som om medkontrahenten vore vilken utomstående som helst. Förstnämnda alternativ bör följaktligen kunna tillämpas.

8.11 Exkurs: Faktiska omständigheter av betydelse för bedömningen av om en rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning

8.11.1 Inledning

Bedömningen huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning är naturligtvis beroende av de faktiska omständigheterna i varje enskilt fall (jag förutsätter i det följande att bedömningen skall ske i enlighet med vad som sagts i det föregående). Fyra omständigheter som enligt min uppfattning regelbundet bör tillmätas betydelse är om egendomen har ett "vedertaget" marknadspris, värdediskrepansens storlek, om medkontrahenten är stor eller liten aktieägare och om aktieägaren har något inflytande över förvaltningen av bolagets angelägenheter.

8.11.2 Egendomens beskaffenhet och marknadsvärde

Ett viktigt moment i bedömningen huruvida en viss transaktion innefattar en förtäckt utbetalning består i att fastställa marknadsvärdet av båda prestationerna. Om t.ex. en aktieägare förvärvar bolaget tillhörig egendom till ett ifrågasatt underpris, är det värdet av bolagets prestation (jämfört med värdet av aktieägarens motprestation) som avgör om en värdeöverföring till aktieägaren skall anses ha skett. I förevarande avseende finns det anledning att skilja mellan tillgångar som har respektive inte har ett "vedertaget" marknadspris.[112] Kan det fastställas att den egendom som är föremål för transak-

[112] Jfr Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 18f och Marthinussen–Aarbakke s. 443 samt Werlauff beträffande dansk rätt ovan i avsnitt 7.4.3.

tionen har ett "vedertaget" marknadspris, bör värdet av bolagets prestation uppskattas till detta.[113] Om den egendom som är föremål för transaktionen inte har ett "vedertaget" marknadspris, bör värdet av bolagets prestation däremot uppskattas mer försiktigt.[114]

Jfr ock dom avkunnad av Hovrätten för Västra Sverige 1993-12-16 DT 38 (mål T 616/91) och dessförinnan Karlstad tingsrätts dom 1991-11-25 DT 601 (mål T 884/90). De faktiska omständigheterna i målet har jag redogjort för i avsnitt 7.4.3.2.6 ovan. HovR:n fann att en förtäckt vinstutdelning föreligger om bolagets egendom överlåts till ett pris som understiger det marknadsmässiga värdet. Vad beträffar värderingen av den i målet aktuella industrifastigheten uttalade HovR:n följande (domen s. 3):[115]

"Vid den bedömning av fastighetens marknadsvärde som således skall göras talar det förhållandet att fråga är om en uppskattning av storleken på en förtäckt vinstutdelning i och för sig för en försiktig värdering. /.../"

Vad som nu sagts torde också vara relevant vid värderingen av aktieägarens prestation, om bolaget förvärvar aktieägaren tillhörig egendom till ifrågasatt överpris.[116]

8.11.3 Värdediskrepansens storlek

Det kanske viktigaste momentet i bedömningen huruvida en transaktion innefattar en förtäckt utbetalning består i att fastställa om värdet av bolagets prestation överstiger värdet av aktieägarens prestation. Härvidlag kan det visa sig att värdediskrepansen får betraktas som antingen avsevärd eller ringa. Skulle värdediskrepansen vara avsevärd finns det anledning att misstänka att rättshandlingen innefattar en förtäckt utbetalning. Däremot finns det anledning att fästa tilltro till påståenden om att rättshandlingen har ett kommersiellt syfte, om värdediskrepansen är liten.

8.11.4 Har aktieägaren ett stort eller litet aktieinnehav?

Om bolagets avtalskontrahent är en aktieägare med ett större aktieinnehav torde till och med en mindre värdediskrepans mellan parternas prestationer få betraktas med misstänksamhet. Förekomsten av en objektiv värdediskrepans mellan parternas prestationer, då bolagets medkontrahent är en aktieägare med ett betydande aktieinnehav, gör det sannolikt att avtalet ingåtts med aktieägaren på grund av hans aktieinnehav och i syfte att ekonomiskt

[113] Jfr Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 18 och Marthinussen–Aarbakke s. 443 samt Werlauff beträffande dansk rätt ovan i avsnitt 7.4.3.

[114] Jfr Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 19 och Marthinussen–Aarbakke s. 443 samt Werlauff beträffande dansk rätt ovan avsnitt 7.4.3.

[115] Jfr ock tingsrättens dom s. 7.

[116] Jfr Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 17 och Werlauff beträffande dansk rätt ovan avsnitt 7.4.3.

gynna denne. Skulle däremot bolagets avtalskontrahent vara en aktieägare med ett litet aktieinnehav ter sig sig situationen annorlunda såvida inte omständigheterna i övrigt föranleder annat (jfr i sistnämnda hänseende följande underavsnitt). En objektiv värdediskrepans behöver inte innebära att avtalet ingåtts med aktieägaren i hans egenskap av aktieägare och i syfte att gynna honom ekonomiskt. I detta senare fall bör man noggrant undersöka vilket eller vilka syften rättshandlingen fyller.

8.11.5 Har aktieägaren inflytande över bolagets verksamhet (förvaltning)?

Ytterligare en omständighet som bör tillmätas betydelse är om aktieägaren har något inflytande över bolagets verksamhet (förvaltningen av bolagets angelägenheter). Om aktieägaren – fastän aktieinnehavet är obetydligt – har inflytande över bolagsorganens förvaltning av företagets angelägenheter kan det misstänkas att till och med en mindre värdediskrepans mellan aktieägarens prestation och bolagets prestation innefattar en förtäckt utbetalning.

8.12 Förtäckta utbetalningar och bevisbörda

I samband med att en domstol har att pröva huruvida en viss rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning uppkommer frågan vem av parterna som har bevisbördan och för vad. Ett alternativ innebär att bevisbördan placeras på den som påstår att en viss rättshandling skall betraktas som en förtäckt utbetalning ("bevisbördan åvilar den som påstår, ej den som förnekar"). Om t.ex. bolagets styrelse eller en konkursförvaltare för talan gentemot en aktieägare om återbäring till bolaget av en olaga utbetalning är det käranden som har att visa att avtalet eller rättshandlingen i själva verket – helt eller delvis – skall ses som en vederlagsfri värdeöverföring. Ett annat alternativ innebär att käranden i nämnda exempel får åtnjuta en *bevislättnad*. Bevisbördan för att avtalet eller rättshandlingen *inte* skall betraktas som en förtäckt utbetalning åvilar aktieägaren ("bevisbördeomkastning").[117] Med den senare lösningen kommer bevisbördan att åvila den part som bäst kan fullgöra den. Eftersom bevismaterialet befinner sig inom aktieägarens – motpartens – "maktsfär", placeras bevisbördan på honom.

I rättspraxis synes HD ha valt den förra vägen i vad avser penninglån som förtäckt utdelning:

[117] Se Nial i NJA 1951 s. 6 I på s. 11 och jfr Lindskog, JFK 12:2-4.1.1 not 26 (s. 38).

NJA 1990 s. 343 rörde penninglån som ett dotterbolag lämnat till sitt moderbolag. I moderbolagets konkurs bevakade dotterbolaget en summa motsvarade penninglånen oaktat dotterbolaget beviljat moderbolaget ett ackord om i stort sett hela beloppet. Dotterbolagets likvidator gjorde gällande att lånen inneburit olovlig förtäckt vinstutdelning från dotterbolaget och att ackordsöverenskommelsen därför var ogiltig.

Som nämnts i det föregående fann HD att lån, som ett aktiebolag lämnar aktieägare, skall anses utgöra förtäckt vinstutdelning, om aktieägarens ekonomi vid lånetillfället är sådan att återbetalning inte kan påräknas. Vid bedömningen av om ackordsöverenskommelsen var ogiltig på grund av att lånen inneburit olovlig vinstutdelning var det *därför* i första hand av betydelse huruvida moderbolaget, när lånen lämnades, hade så svag ekonomi att det inte kunde påräknas att lånen skulle betalas tillbaka. HD framhöll härvidlag följande beträffande bevisbördan:[118] "Enligt allmänna bevisgrundsatser, som det saknas anledning att frångå i detta fall, får det anses vara Quadrigarius' [dotterbolagets] sak att styrka sitt påstående härom."

Det förtjänar nämnas att HovR:n valde alternativet med en "omkastad bevisbörda". HovR anförde följande:[119] "Nordanland [moderbolaget] har inte gjort sannolikt att Nordanlands ställning när Nordanland uppbar lånebeloppen var sådan att återbetalning av lånet kunde påräknas. Lånet är därför att anse som vinstutdelning från Waso-Verken [dotterbolaget] till Nordanland."

Bevisbördan för att penninglån skall betraktas som förtäckt utdelning (utbetalning) åvilar enligt HD tydligen den som påstår detta (i målet likvidatorn för dotterbolaget; detsamma måste gälla för konkursförvaltare eller bolagets styrelse). Och denna bevisbörderegel synes vara tillämplig oavsett – som fallet var i NJA 1990 s. 343 – om aktieägaren långt bättre än det utlånade bolaget kan redogöra för sin egen (!) ekonomiska ställning (solvens) och att, som en följd av detta, återbetalning av lånet kan påräknas.[120]

Jfr för kritik i avsnitt 9.5.7 nedan.

Det får anses som osäkert om HD:s uttalande i NJA 1990 s. 343 är representativt för en *allmän princip* vad angår bevisbördans placering vid ifrå-

[118] Referatet s. 349.

[119] Referatet s. 347.

[120] Lösningen är märklig (bevismaterialet befann sig ju inom moderbolagets maktsfär). Dock går den att förklara mot bakgrund av förhållandena i målet. Dotterbolaget hade ju tillgång till bevismaterial. Rättstillämpningen i målet bör jämföras med de hjälpregler som gäller beträffande insolvens i samband med gäldenärs försättande i konkurs; synbarligen hade HD inte de ändamålsskäl varpå dessa bestämmelser vilar i åtanke. Jfr avsnitt 9.7.7 nedan. Se för en till synes annan uppfattning beträffande målet Müllern i JT 1990–91 s. 86.

gasatt förtäckt utdelning (utbetalning), låt vara att domskälen tyder på att den som påstår att ett visst avtal eller annan rättshandling innefattar en förtäckt utdelning har bevisbördan för detta (jfr "allmänna bevisgrundsatser").[121]

Det torde kunna ifrågasättas, om man bör upprätthålla en bevisbörderegel av angivet slag.[122] Denna regel tar enligt min mening inte hänsyn till de svårigheter som aktualiseras vid tillämpningen av utbetalningsreglerna i ABL. Inte sällan befinner sig bevismaterialet inom aktieägarens "maktsfär". Det torde t.ex. inte kunna betvivlas att en tidigare enmansaktieägare och verkställande direktör bäst kan redogöra för ett visst avtals eller annan rättshandlings affärsmässiga karaktär. På samma vis förhåller det sig med avtal och andra rättshandlingar mellan ett aktiebolag och en majoritetsaktieägare i detta.

Huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning skall enligt min uppfattning prövas efter följande modell:

1. I ett första led skall man undersöka om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation (strikt objektiv bedömning).
2. I ett andra led, och under förutsättning att värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation, måste man undersöka vilket eller vilka syften avtalet eller rättshandlingen fyller.

En aktiebolagsrättslig (förtäckt) utbetalning skall enligt min mening anses föreligga om (1) värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation och (2) avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis inte har ett kommersiellt syfte. Det bör dock betonas att rättsläget är osäkert och att den beskrivna modellen sålunda är min egen.

I tvistemål brukar bevisbördan vara fördelad mellan parterna. Jag vill mena att det i allt fall i nyss berörda situationer, där bevismaterialet befinner sig inom aktieägarens "maktsfär", är rimligt att fördela bevisbördan, om en konkursförvaltare eller bolagsstyrelse för talan om återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL (jfr domskälen i NJA 1990 s. 343 på s. 349: "/.../ allmänna bevisgrundsatser, som det saknas anledning att frångå i detta fall").[123] Käranden bör ha bevisbördan för att värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation. Svaranden bör ha bevisbördan – om käranden väl lyckas visa att värdet av aktie-

[121] Referatet s. 349.

[122] Se dock Lindskog, JFK 12:2-4.1.1 (s. 38).

[123] Jfr från ett annat rättsområde i någon mån NJA 1980 s. 642 I och II. Jfr därtill Müllerns kommentar i JT 1990–91 s. 86 i fråga om närståendetransaktioner.

ägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation – för att avtalet eller eljest rättshandlingen fyller ett kommersiellt syfte.

> Jfr i sammanhanget rättsutvecklingen i vårt grannland Danmark ovan avsnitt 6.4.3.

8.13 Vilken tidpunkt är avgörande för bedömningen av om ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta en förtäckt utbetalning?

ABL bygger på idén att aktieägarna på den ordinarie bolagsstämman fattar beslut om vinstutdelning, som någon tid efter bolagsstämman betalas ut till dem. Systematiskt består således vinstutdelning av två steg. Det första steget är att aktieägarna på den ordinarie bolagsstämman fattar beslut om utdelning av bolagets vinst (fordringens uppkomst). Det andra steget är den rättshandling varigenom stämmobeslutet verkställs och bolaget betalar ut pengar som utbetalning av utdelning (fordringen infrias).

> Jag förutsätter att bolaget inte genom den senare rättshandlingen, då bolaget betalar ut pengar eller överför annan egendom till aktieägarna på grundval av stämmobeslutet, förfogar över ett större belopp än vad som följer av bolagsstämmans beslut. Skulle detta vara fallet måste utbetalningen – om man bortser från aktieägarskyddssynpunkter – ha täckning i utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL (tredjemansskyddet) vid tidpunkten för förfogandet. Tidpunkten för förmögenhetsdispositionen, och inte för bolagsstämmans beslut, blir härvidlag alltså avgörande.

En förtäckt utbetalning är en betydligt mer komplicerad form av vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet. Huruvida en förtäckt utbetalning är tillåten eller ej måste avgöras mot bakgrund av den vid tidpunkten för dispositionen styrande balansräkningen (se närmare nedan avsnitt 12.3.2.3.2 ävensom avsnitt 12.7 beträffande frågan vilken tidpunkt som är bestämmande vid bedömningen huruvida utbetalningen är olovlig).

Vad jag i detta sammanhang närmare skall uppmärksamma är vilken tidpunkt som är bestämmande för bedömningen av om ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta en förtäckt utbetalning.

Öppen vinstutdelning kan, som nyss nämnts, systematiseras i två steg. Bolagsstämman fattar beslut om vinstutdelning med ett visst belopp och bolaget verkställer beslutet med en utbetalning av pengar till aktieägarna. En förtäckt utbetalning kan systematiseras i tre steg. Steg ett är den tid-

punkt vid vilken bolagets styrelse eller annat bolagsorgan fattar beslut om att ingå avtalet eller företa rättshandlingen, som döljer den förtäckta utbetalningen. Steg två är tidpunkten då avtalet ingås eller rättshandlingen företas. Steg tre är tidpunkten då bolaget företar utbetalningen, dvs. den rättshandling som faktiskt minskar bolagets förmögenhet. Jag bortser i det följande från steg ett.

> Skulle undantagsvis bolagsstämman fatta beslut om en förtäckt utbetalning är beslutet klanderbart enligt 9:17 ABL. Beslutstidpunkten får i dylika fall antas vara bestämmande för bedömningen av om stämmobeslutet innefattade ett beslut om en förtäckt utbetalning.

En följd av berörda systematik är att frågan vilken tidpunkt som är bestämmande för bedömningen av om ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta en förtäckt utbetalning kan besvaras på två olika vis: avtalstidpunkten eller verkställandetidpunkten (förfogandetidpunkten). Vilken av dessa som är tillämplig enligt gällande rätt är delvis oklart. Någon generell lösning för alla typer av förtäckta utbetalningar torde inte existera.

Vad särskilt gäller penninglån har HD ansett att förfogandetidpunkten är avgörande (dvs. om aktieägaren saknade betalningsförmåga då lånet lämnades); se NJA 1951 s. 6 I och II, 1976 s. 60, 1976 s. 618 och 1990 s. 343.[124] Avtalstidpunkten skall troligtvis tillämpas om bolaget ställer pant eller annan dylik säkerhet; jfr NJA 1980 s. 311 (observera att en annan fråga är när man skall företa lovlighetsprövningen).[125] En borgensförbindelse torde likaså få bedömas med hänsyn till förhållandena vid avtalstidpunkten.[126] Den tidpunkt vid vilken en aktieägare utnyttjade ett erbjudande att teckna sig för aktier till förmånlig kurs var bestämmande för bedömningen i NJA 1962 s. 461 (bolagets prestation värderades till priset på marknaden under teckningstiden).[127]

> Aktieägaren X i Grönsaken AB ingår ett avtal den 1 januari om att förvärva en bolaget tillhörig tavla för 400000 kr. Sex månader senare verkställs avtalet. Vid avtalstidpunkten understeg köpeskillingen tavlans marknadsvärde med 200000 kr (marknadsvärde 600000 kr). Sex månader senare understiger köpeskillingen tavlans marknadsvärde med 400000 kr (800000 kr). Vilken tidpunkt är bestämmande för storleken på den förtäckta utbetalningen?

[124] Se härom avsnitt 9.5.8 nedan.

[125] Rättsläget osäkert. Se härom avsnitt 9.6.2.4 nedan.

[126] Rättsläget osäkert. Det bör anmärkas att det i gällande rätt *även* är osäkert vid vilken tidpunkt en vederlagsfri borgensförbindelse – "utdelning" – måste motsvaras av utdelningsbara medel.

[127] Referatet s. 465.

Tredjemansskyddet i ABL grundar sig på principen att tillgångar motsvarande bundet eget kapital och en viss del av fritt eget kapital inte får användas för vinstutdelning. Innebörden av bestämmelserna i ABL om bundet eget kapital m.m. är enligt min uppfattning att värdet av bolagets tillgångar skall överstiga värdet av skulderna med nämnda del av det egna kapitalet. Med hänsyn till tredjemansskyddet, vilket sålunda bolagets förmögenhetsmassa skall garantera, bör svaret på frågan vilken tidpunkt som är bestämmande för bedömningen av om ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta en förtäckt utbetalning vara den tidpunkt då *bolagets förmögenhet faktiskt minskar.*[128] Den tidpunkt då bolaget och aktieägaren utbyter prestationer bör avgöra om avtalet eller eljest rättshandlingen innefattar en förtäckt utbetalning (förfogandetidpunkten).

Även skyddet för aktieägarna sådant det följer av likhetsprincipen är ett ändamålsskäl som talar för att förfogandetidpunkten bör vara avgörande. Tillämpas avtalstidpunkten finns det en risk för att t.ex. majoritetsaktieägare tillgodogör sig värdeökningar – mellan avtalstidpunkten och förfogandetidpunkten – på bolagets tillgångar utan att riskera något.

Det kan emellertid ifrågasättas om inte omsättningsskyddet i förevarande fall väger tyngre än skyddet för tredje man och skyddet för aktieägarna. Och omsättningsskyddet är ett ändamålsskäl som talar för att avtalstidpunkten och inte förfogandetidpunkten bör vara avgörande.

> Förutsättningarna i ovanstående exempel kan ändras så att köpeskillingen för tavlan vid avtalstidpunkten motsvarar marknadsvärdet. När avtalet verkställs sex månader senare har tavlan ett marknadsvärde som med 200000 kr överstiger köpeskillingen. Vem skall stå "risken" för detta – bolaget eller aktieägaren?

Omsättningsskyddet kräver att bolagets organ och aktieägare efter eget skön och lika med utomstående måste kunna avgöra vad som är affärsmässigt oavsett om ett avtal eller annan rättshandling i efterhand visar sig gynna en aktieägare mer än bolaget. Av omsättningsskyddet får antas följa, att avtalskontrahenterna vid avtalstillfället skall kunna åsätta den egendom som är föremål för avtalet ett marknadspris utan att avtalet vid en senare tidpunkt, och på grund av senare inträffade förhållanden såsom en värdeökning, anses innefatta en förtäckt utbetalning.

Avvägningen mellan omsättningsskyddet och tredjemansskyddet jämte aktieägarskyddet måste "til syvende og sidst" avgöras till förmån för det ena eller det andra. Det framstår med hänsyn till omsättningsskyddet som rimligt att i allmänhet låta avtalstidpunkten, och inte förfo-

[128] En annan sak är vad som följer av bokföringsmässiga principer.

gandetidpunkten, vara bestämmande för bedömningen av om ett avtal (eller annan rättshandling) skall anses innefatta en förtäckt utbetalning. Jag vill mena att en användning av förfogandetidpunkten verkar hämmande på omsättningen. Få aktieägare kommer att ingå avtal med det aktiebolag vari de är aktieägare, om inte avtalstidpunkten sammanfaller med tidpunkten då avtalskontrahenterna utbyter prestationer. Så snart värdet av bolagets prestation vid den senare tidpunkten har stigit i värde och aktieägaren tjänar på affären, kommer han att riskera återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. ABL på grund av att avtalet innefattade en förtäckt utbetalning, som stod i strid mot bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse eller i allt fall bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse.

Sammantaget företräder jag den uppfattningen att avtalstidpunkten bör vara bestämmande för bedömningen.[129] Skyddet för tredje man kan tillgodoses genom den allmänna otillbörlighetsregeln i 4:5 KonkL.[130] Skyddet för aktieägarna är tillgodosett genom generalklausulerna; jfr avsnitt 5.4.7.4 ovan.

[129] Jfr för en liknande diskussion av Lennander, Återvinning i konkurs s. 178f, beträffande återvinningsbestämmelsen i 4:6 2 st. KonkL och där angivna exempel.
[130] Se föregående not.

KAPITEL 9

Förtäckta utbetalningar – några typfall

9.1 Inledning

Vad som i gällande rätt skall betraktas som en förtäckt utbetalning är i många avseenden osäkert. Under vilka förutsättningar olika typer av avtal och andra rättshandlingar skall anses innefatta ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet har endast prövats i ett fåtal rättsfall. Flertalet av de avgöranden som finns på området rör penninglån till aktieägare. Rättsfallen har ett begränsat prejudikatvärde för andra typer av rättshandlingar. För övrigt finns det bara några äldre avgöranden beträffande arvode och tantiem samt ett i mitt tycke principiellt intressant mål rörande teckningsrätter från början av 1960-talet. I doktrinen på området kommenteras avgränsningsproblematiken i begränsad omfattning.

Med hänsyn till det magra källmaterialet på området kan det kanske anses som vanskligt, att i en rättsvetenskaplig undersökning ge sig i kast med t.ex. spörsmålet under vilka förutsättningar en försäljning av bolaget tillhörig egendom till underpris skall betraktas som en förtäckt utbetalning. Undersökningen kan riskera att framstå som alltför uppfinningsrik då uppnådda resultat inte kan verifieras. Trots svårigheterna avser jag att i föreliggande kapitel undersöka och försöka besvara några frågeställningar, där källmaterialet är magert. Jag vill mena att det helt enkelt är bättre att (försöka) analysera komplicerade frågor än att avstå.

Det enda område där man kan dra någorlunda säkra slutsatser beträffande rättsläget rör penninglån till aktieägare. Rättsläget blir genast mer osäkert då man kommer in på bolags ställande av pant och ingående av borgensförbindelser för aktieägares skulder. Definitivt oklart är rättsläget beträffande arvode, tantiem och lön till styrelseledamöter, verkställande direktör och anställda aktieägare.

Syftet med innevarande kapitel är att illustrera den övergripande frågan när ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta en förtäckt utbetalning. Härvidlag har både principiella och praktiska synpunkter fått styra vilka avtalstyper som behandlas.

Praktiska överväganden kan i någon mån sägas ligga bakom undersökningen av penninglån till aktieägare. Ett flertal rättsfall från HD rör denna avtalstyp. Denna rättspraxis är dock principiellt intressant i ett avseende. HD synes närmare bestämt pröva *direkta uttag från aktiebolag* som *förtäckta utbetalningar* i form av *penninglån* (en förtäckt utbetalning föreligger om aktieägaren saknade betalningsförmåga vid lånetillfället – jag bortser från låneförbudet i 12:7 ABL).

Av principiellt intresse är tredjemanspant och andra former av säkerhet såsom borgensåtaganden för aktieägares skulder. Av minst lika stort principiellt intresse är avtal om försäljning av bolagets egendom till aktieägare till underpris, upplåtelse av bolaget tillhörig egendom med hyresrätt till aktieägare till underpris och försäljning av aktieägare tillhörig egendom till bolaget till överpris. Dessa typer av avtal rör det centrala problemet för hela rättsområdet. När är ett avtal betingat av affärsmässiga överväganden och när är det inte? Detta gäller också beträffande arvode, tantiem och lön till en aktieägare, som är aktiv i företaget såsom styrelseledamot, verkställande direktör eller anställd i övrigt.

Ett problem som återkommer i förevarande sammanhang är om *bolagets prestation vid tillämpningen av t.ex. 12:2 ABL* skall värderas till marknadsvärdet, anskaffningsvärdet eller det bokförda värdet. Även de som företräder den s.k. nettometoden och olika varianter av denna anser i likhet med mig – såvitt jag kan förstå – att *marknadsvärdet* är *avgörande* för frågan huruvida en *öppen eller förtäckt utbetalning skall anses föreligga.*[1] Frågan huruvida det är marknadsvärdet, bokfört värde eller anskaffningsvärdet av ifrågavarande sakvärde, som skall motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital, besvarar vi däremot olika. Vid förtäckta utbetalningar lyder frågan något annorlunda: Är det skillnaden mellan marknadsvärdet, det bokförda värdet eller anskaffningsvärdet *och* försäljningspriset (eller motsvarande), som skall jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital? Jag bortser i det följande från denna fråga som aktualiseras vid tillämpningen av 12:2 ABL. Se härom närmare avsnitt 7.4.3.2.1–7.4.3.2.7 ovan.

Jag fann i föregående kapitel att man bör pröva huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning efter följande modell:

1. I ett första led skall man undersöka om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation (strikt objektiv bedömning).

[1] Se t.ex. Lindskog i SvJT 1993 s. 927 och i JFK 12:2-4 (s. 36ff).

2. I ett andra led, och under förutsättning att värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation, måste man undersöka vilket eller vilka syften avtalet eller rättshandlingen fyller.

Jag utgår från denna modell i det följande.

> Undersökningens resultat torde dock vara av värde oavsett om man använder sig av en annan modell.

Jag inleder kapitlet med att i tur och ordning undersöka försäljning av bolaget tillhörig egendom till aktieägare till underpris i avsnitt 9.2, upplåtelse av bolaget tillhörig egendom med begränsad rätt såsom hyresrätt till aktieägare till underpris i avsnitt 9.3 och försäljning av aktieägare tillhörig egendom till överpris till bolaget i avsnitt 9.4. Penninglån till aktieägare, pantförskrivningar och borgensåtaganden behandlas i avsnitt 9.5–9.7. Jag avslutar kapitlet med arvode, tantiem och lön i avsnitt 9.8 och koncernbidrag i avsnitt 9.9.

9.2 Typfall I: Försäljning av bolaget tillhörig egendom till aktieägare till underpris

Ett typiskt fall av förtäckt utbetalning är försäljning av bolaget tillhörig egendom till aktieägare till underpris. En förutsättning för att transaktionen skall anses innefatta – helt eller delvis – en förtäckt utbetalning är att värdet av bolagets prestation överstiger värdet av aktieägarens prestation. Värdet av aktieägarens prestation är i detta fall lika med köpeskillingen. Svårigheten består i att fastställa värdet av bolagets prestation. Bolagets prestation skall enligt min mening värderas till marknadsvärdet men hur skall detta fastställas?

Det bör noteras att frågeställningen i förevarande fall är densamma som när ett aktiebolag företar en *öppen* sakvärdesutbetalning. Både vid öppna och förtäckta sakvärdesutbetalningar aktualiseras spörsmålet hur man skall fastställa värdet av bolagets prestation för att detta skall motsvara ett ungefärligt marknadsvärde. Vad som anförs i det följande är därför (enligt min mening) relevant vid såväl värderingen av utbetalade sakvärden som värderingen av bolagets prestation vid ifrågasatt försäljning till underpris (öppen eller förtäckt utbetalning).

> Mig veterligen är förutberörda NJA 1962 s. 461 det enda rättsfallet på området. Domskälen ger uttryck för principen att en värdeöverföring, som sker genom att aktieägare från ett bolag övertar tillgångar för ett pris som understiger marknadsvärdet, i regel får anses innefatta en förtäckt utdelning till aktieägarna.

För att man närmare skall kunna fastställa marknadsvärdet av bolagets prestation är det enligt min uppfattning nödvändigt att skilja mellan följande två situationer:

(1) Det finns en fungerande marknad för ifrågavarande tillgång och denna kan tämligen exakt åsättas ett marknadsvärde.
(2) Det saknas en fungerande marknad för ifrågavarande tillgång och marknadsvärdet kan blott uppskattas.[2]

I det följande ämnar jag också att använda mig av den vedertagna distinktionen mellan omsättningstillgångar och anläggningstillgångar. Med anläggningstillgång förstås enligt 13 § 1 st. BFL sådan tillgång som är avsedd att stadigvarande brukas eller innehas i rörelsen. Omsättningstillgångar är andra tillgångar än anläggningstillgångar. Inom kategorin omsättningstillgångar betraktar jag tillgångar som normalt sett omsätts i rörelsen som en särskild grupp. Anledningen till att jag i förevarande sammanhang upprätthåller skillnaden mellan omsättningstillgångar och anläggningstillgångar är att omsättningstillgångar, vilka normalt sett omsätts i rörelsen, i allmänhet torde ha ett visst bestämt försäljningspris och att detta mera sällan[3] är fallet beträffande anläggningstillgångar.

Vad gäller omsättningstillgångar som normalt sett avyttras i rörelsen är det sålunda i allmänhet möjligt att fastställa ett visst marknadsvärde. Vid en ifrågasatt förtäckt utbetalning avseende sådana omsättningstillgångar aktualiseras spörsmålet huruvida värdet av bolagets prestation skall fastställas till det försäljningspris som företaget tillämpar i rörelsen eller om man skall företa en mer generell marknadsvärdering. För egen del kan jag inte se annat än att värdet av den överförda tillgången måste vara försäljningspriset. Avtalet har ingåtts med det bolag vari avtalskontrahenten är aktieägare och bolaget överlåter normalt sett egendom av samma slag till ett visst pris. Det är för den skull konsekvent att fastställa värdet av bolagets prestation till ett belopp som motsvarar vad en försäljning under jämförbara förhållanden av motsvarande kvantiteter skulle ha inbringat till företaget (jfr 42 § 1 anv.p. 2 st. kommunalskattelagen).

Värderingen av bolagets prestation blir mer komplicerad om bolaget normalt sett avyttrar ifrågavarande egendom till köpare i grossistled eller detaljistled.[4] Till vilket värde skall bolaget anses ha avhänt sig egendomen om köparen är aktieägare och avtalet ifrågasätts som varande en förtäckt utbetalning? Om t.ex. bolagets kundkrets huvudsakligen är grossis-

[2] Jfr Lindskog, SvJT 1992 s. 84; Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 18f, Marthinussen–Aarbakke s. 443 och Werlauff 1991 s. 349.

[3] Annorlunda t.ex. börsnoterade aktier.

[4] Jfr i sammanhanget Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 18.

ter är det tänkbart att man skall använda sig av den prissättning som bolaget använder sig av i detta led. Ett alternativ är att man skall använda sig av det pris som aktieägaren i egenskap av utomstående – konsument eller näringsidkare – hade fått erlägga.

Jag vill mena att det för tredjemansskyddet måste vara tillräckligt att använda sig av egendomens marknadsvärde i förhållande till det individuella bolagets avnämare. Tredjemansskyddet innefattar ett krav på att bolaget skall försättas i samma situation som om egendomen hade avyttrats i rörelsen. ABL syftar inte till något mer långtgående skydd för tredje man.[5] En värdering av bolagets prestation jämlikt vad aktieägaren i egenskap av konsument eller näringsidkare hade fått erlägga för tillgången skulle leda till ett tredjemansskydd, som vore bättre konstruerat än det som följer av att bolagets tillgångar avyttras i rörelsen. Enligt min uppfattning bör värdet av bolagets prestation vid tillämpningen av de utbetalningsregler i ABL, som är uppställda i tredje mans intresse, fastställas till det försäljningspris som bolaget använder sig av och som är beroende av om köparen är grossist eller detaljist.

Värderingsproblemet gestaltar sig annorlunda med avseende på aktieägarskyddet. Likhetsprincipen syftar till att garantera att varje aktie har lika rätt till andel i bolagets vinst som varje annan aktie. Skyddet för aktieägarna, särskilt minoritetsaktieägare, förutsätter enligt min mening att bolagets prestation måste åsättas ett värde utifrån ett aktieägarperspektiv. Bolagets prestation bör sålunda vid tillämpningen av bestämmelser i ABL som är uppställda i aktieägarnas intresse åsättas det värde som egendomen har för aktieägaren i egenskap av konsument eller näringsidkare.

> Grönsaken AB ägnar sig åt försäljning av importerade persondatorer till återförsäljare inom kontorsbranschen. Grönsaken AB låter en aktieägare förvärva en dator till ett försäljningspris om 25000 kr, medan marknadsvärdet kan uppskattas till 50000 kr (priset i handeln). Enligt min mening måste bolagets prestation vid tillämpningen av likhetsprincipen värderas till 50000 kr. En förtäckt utbetalning till aktieägaren föreligger således med 25000 kr.

Vad gäller då beträffande anläggningstillgångar respektive omsättningstillgångar, som normalt sett inte avyttras i rörelsen (t.ex. råvaror, halvfabrikat och förnödenheter[6])? Mot bakgrund av vad som nyss anförts beträffande omsättningstillgångar synes det rimligt att bolagets presta-

[5] Jfr Hovrätten för Västra Sveriges dom 1993-12-16 DT 38 (mål T 616/91) berört i avsnitt 8.11.2 ovan och dessförinnan Karlstads tingsrätts dom 1991-11-25 DT 601 (mål T 884/90).
[6] Se om begreppet omsättningstillgång Kedner–Roos II 13 § BFL p. 01 (s. 40ff).

tion skall åsättas det värde, som en försäljning av egendom av samma eller liknande slag skulle ha inbringat vid överlåtelse till utomstående ("at arm's length") under jämförbara förhållanden av motsvarande kvantiteter (jfr 42 § 1 anv.p. 2 st. kommunalskattelagen). Det skall *hypotetiskt prövas* till vilket *pris* bolaget hade kunnat *avyttra egendomen till utomstående.*[7] Skulle det existera en fungerande marknad för tillgången i fråga bör värdet av bolagets prestation fastställas till marknadspriset, om inte särskilda skäl talar för ett lägre värde (t.ex. kraftig värdeminskning på grund av slitage, skadegörelse, förstörelse etc.).[8]

> I detta fall är det dock tänkbart att man skall använda sig av en annan värderingsprincip: Vad hade bolaget fått betala för att införskaffa motsvarande egendom (återanskaffningsvärdet)? Ett motiv för att man bör använda sig av återanskaffningsvärdet skulle kunna vara att de avyttrade tillgångarna fyller en *funktion i företagets rörelse.* Varken anläggningstillgångar eller omsättningstillgångar av berört slag avyttras normalt sett i rörelsen. I stället kommer de till användning i denna. Bolaget bör därför försättas i samma situation som om egendomen inte hade avyttrats till aktieägaren utan kommit till användning i rörelsen, dvs. ersatts genom nyanskaffning.
>
> Att använda sig av återanskaffningsvärdet skulle emellertid innebära ett mera långtgående skydd för aktieägarna och tredje man än vad ABL syftar till. Ett aktiebolag får i princip vid varje tidpunkt avyttra tillgångarna efter behov och önskemål. Bolagets tillgångar fyller den funktion bolagets organ och tjänstemän beslutar att de skall ha – varken mer eller mindre. Bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans och aktieägarnas intresse syftar inte till att bestämma de villkor under vilka bolagets organ och tjänstemän skall bedriva rörelsens affärsmässiga sida. Vad ABL förutsätter är blott att bolagets organ och tjänstemän tillämpar sådana avtalsvillkor för bolagets räkning då avtalskontrahenten är aktieägare, som är likvärdiga med de som kommer till användning när avtalskontrahenten är utomstående ("at arms's length").

Det torde dock inte sällan inträffa att den till aktieägaren överlåtna egendomen inte kan åsättas något bestämt marknadsvärde på grund av att det saknas en fungerande marknad. Marknadsvärdet går endast att bestämma approximativt, t.ex. i intervallet 100000 till 130000 kr.

> En likartad situation aktualiseras om det visserligen finns en fungerande marknad för ifrågavarande tillgång, men tillgången är av sådant slag att man

[7] Detta gäller dock inte om aktieägaren vid en senare tidpunkt, som i tiden ligger nära hans eget förvärv, överlåter egendomen vidare och köpeskillingen motsvarar ett realistiskt marknadsvärde. Värdet av bolagets prestation bör härvidlag fastställas till köpeskillingen vid den senare överlåtelsen. Jfr Aveling Barford Ltd v Perion Ltd [1989] BCLC 626 i avsnitt 6.5.3 ovan och särskilt i avsnitt 11.5.1 nedan.

[8] Jfr dock föregående not.

ändå helt eller delvis måste uppskatta värdet av denna (t.ex. en fastighet). En dylik värdering – t.ex. i form av ett värderingsintyg – kan ge vid handen att marknadsvärdet endast kan fastställas approximativt. Jfr Karlstads tingsrätts dom 1991-11-25 DT 601 (mål T 884/90) och senare dom avkunnad av Hovrätten för Västra Sverige 1993-12-16 DT 38 (mål T 616/91). Se nedan.

Bedömningen huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning bör i ett första steg grunda sig på en jämförelse mellan värdet av aktieägarens prestation och värdet av bolagets prestation. Men vilket värde skall komma till användning då marknadsvärdet av bolagets prestation bara går att fastställa approximativt,[9] t.ex. nämnda 100000 kr till 130000 kr?

Ponera att Grönsaken AB – ett företag i Stockholmstrakten – överlåter en dator till en av aktieägarna för 50000 kr. Datorn betingar ett pris på marknaden som varierar mellan 100000 kr och 130000 kr. Vad är värdet av bolagets prestation – 100000 eller 130000 kr? Förutsatt transaktionen inte har ett kommersiellt syfte kan frågan också formuleras på följande vis: Till vilket belopp skall en förtäckt utbetalning anses ha skett till aktieägaren (50000 kr eller 80000 kr)?

Hypotetiskt torde det vara möjligt att använda vilket som helst värde inom intervallet. En praktisk lösning är att låta antingen medelvärdet, det högsta värdet eller det lägsta värdet vara bestämmande. Med hänsyn till tredjemansskyddet och aktieägarskyddet bör bolagets prestation värderas jämlikt vad en försäljning av egendom av samma eller liknande slag skulle ha inbringat vid överlåtelse till utomstående ("at arm's length") under jämförbara förhållanden av motsvarande kvantiteter. Samtliga värden inom intervallet svarar mot denna värderingsprincip. Principen ger alltså inget svar på värderingsfrågan.

Jag vill mena att det i förevarande fall torde vara möjligt att lösa värderingsproblemet utifrån ABL:s övergripande ändamål. ABL syftar ytterst till att bl.a. underlätta näringsverksamhet och gagna omsättningen av varor och tjänster. Härav följer som ett underordnat ändamål, att ABL inte bör eller får förhindra affärer mellan bolaget och utomstående vare sig dessa är aktieägare eller ej. En aktieägare måste, då han agerar i egenskap av utomstående, så långt som möjligt komma i åtnjutande av

[9] Det skulle möjligen kunna ifrågasättas, om inte förevarande fråga strängt taget är en bevisfråga. Betraktar man det som en bevisfråga är det upp till endera parten att föra bevisning om värdet av bolagets prestation. Detta är dock ett betraktelsesätt som förutsätter att värdet av en viss tillgång *alltid* kan bestämmas *exakt*. Jag vill mena att ett sådant antagande inte överensstämmer med verkligheten, där det inte sällan förhåller sig på så vis att en tillgång blott kan åsättas ett approximativt värde. Härav följer att rättsfrågan blir den angivna.

samma förhandlingsutrymme som eljest gäller och som är bestämmande för marknadspriset på varor och tjänster (jfr avsnitt 8.8 ovan om att domstolarna bör ha en "generös" inställning till hur värdet av vardera partens prestation skall bestämmas).

Omsättningsskyddet utgör enligt min uppfattning ett ändamålsskäl som talar för att värdet av bolagets prestation skall fastställas till vad aktieägaren lägst hade fått betala för samma slags egendom, om han hade förvärvat den från annan än bolaget, dvs. det lägsta värdet i intervallet. Detta är en lösning som samtidigt, och i tillräcklig utsträckning, tillgodoser skyddet för tredje man och bolagets aktieägare. Ett avtal som visserligen är ogynnsamt för bolaget men som inte är sämre än vad som annars förekommer på marknaden.

> Generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL torde kunna tillämpas, om den av mig förordade lösningen missbrukas av aktieägarna.

Sammantaget står det enligt min uppfattning i överensstämmelse med ABL att fastställa värdet av bolagets prestation till det lägsta värdet inom intervallet, när prestationen endast kan åsättas ett approximativt värde. Om en aktieägare förvärvar bolaget tillhörig egendom till ett ifrågasatt underpris, skall alltså bolagets prestation åsättas ett värde som motsvarar vad aktieägaren lägst hade fått betala för egendomen (inom intervallet).

> Jfr härvidlag Karlstads tingsrätts dom 1991-11-25 DT 601 (mål T 884/90) och dom avkunnad av Hovrätten för Västra Sverige 1993-12-16 DT 38 (mål T 616/91).[10] I målet hade ett bolag avyttrat en industrifastighet till bokfört värde om 1 080 000 kr till ett annat bolag. Industrifastighetens marknadsvärde kunde enligt ett värderingsutlåtande jämte vittnesuppgifter som avgivits av en värderingsman uppskattas till mellan 1 800 000 kr och 2 200 000 kr med en slutlig marknadsvärdebestämning om 2 000 000 kr. Värderingsmannen hade använt sig av olika jämförande metoder och även beaktat det taxeringsvärde som åsattes fastigheten vid 1988 års taxering, 1 300 000 kr. Taxeringsvärdet avsåg 75 procent av marknadsvärdenivån under 1986, vilket omräknat innebar att marknadsvärdenivån 1986 enligt fastighetstaxeringen bedömdes vara cirka 1 733 000 kr. Tingsrätten fann med hänsyn till ovanstående, och med beaktande av att fastighetspriserna i allmänhet steg mellan 1986 och 1987, att marknadsvärdet på fastigheten vid överlåtelsetillfället i vart fall uppgått till 1 800 000 kr.[11]
>
> Hovrätten för Västra Sverige konstaterar inledningsvis beträffande värderingsfrågan, att vid den bedömning av fastighetens marknadsvärde som skall göras talar det förhållandet att fråga är om en uppskattning av storle-

[10] Se närmare om målet avsnitt 7.4.3.2.6 ovan.
[11] Domen s. 7.

ken på en förtäckt vinstutdelning i och för sig för en försiktig värdering. Det återbäringsskyldiga bolaget gjorde gällande att det hade förelegat svårigheter att finna hyresgäster till den typ av industrifastighet som var aktuell i målet (vilket måhända talade för ett lägre värde än 1 800 000 kr). Hovrätten fann dock att fastigheten under den aktuella tidsperioden faktiskt varit i väsentlig grad uthyrd och att det knappast hade varit svårare att finna hyresgäster än att den endast kortare perioder hade behövt vara outhyrd. Hovrätten fäste vidare väsentlig vikt vid att fastigheten vid 1988 års taxering åsatts ett taxeringsvärde som, omräknat till marknadsvärde, endast obetydligt understeg det värde som tingsrätten funnit styrkt. (Detta uttalande tyder måhända på att hovrätten betraktar värderingsfrågan som en bevisfråga. Jfr not 9 ovan.) På grund härav fann hovrätten inte anledning att göra någon annan bedömning av fastighetens marknadsvärde än den tingsrätten hade gjort. Eftersom den disponibla vinsten uppgick till 146 426 kr hade som tingsrätten funnit en olovlig vinstutdelning skett som kunde beräknas till mellanskillnaden mellan marknadsvärdet och köpeskillingen jämte den disponibla vinsten eller till 573 574 kr.[12]

Det anförda framstår dock inte ur aktieägarskyddssynpunkt som en ändamålsenlig lösning, då ett bolag avhänder sig anläggningstillgångar av *omedelbar betydelse för bolagets produktion av varor och tjänster.* Den avyttrade tillgångens marknadsvärde motsvarar sällan vad som ekonomiskt krävs för att bolaget skall kunna ersätta denna i produktionen. Ett tillfredsställande *skydd för bolagets aktieägare* synes förutsätta att bolaget försätts i samma situation som om det över huvud taget inte hade avyttrat ifrågavarande anläggningstillgång (jfr förbudet mot rättshandlingar som är uppenbart främmande för föremålet för verksamheten). Ett alternativ är härvidlag att värdera bolagets prestation till återanskaffningsvärdet (reducerat med det mervärde som följer av att det rör sig om en ny tillgång).[13] För egen del anser jag emellertid inte att det inom ramen för utbetalningsbegreppet är möjligt att värdera bolagets prestation till återanskaffningsvärdet (se finstilta partiet ovan). Skyddet för aktieägarna får sökas i principen om att bolagsorganen inte får företa rättshandlingar som är uppenbart främmande för föremålet för verksamheten alternativt generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL.

[12] Domen s. 3f.

[13] Jag förutsätter att anläggningstillgången inte skulle ha avyttrats som ett led i t.ex. nedläggning av produktionen.

9.3 Typfall II: Upplåtelse av bolaget tillhörig egendom med begränsad rätt, såsom hyresrätt, till aktieägare till underpris

I avsnitt 7.4.4 ovan fann jag att som utbetalning av utdelning bör räknas att aktieägarna vederlagsfritt får tillgodogöra sig bolagets egendom med nyttjanderätt eller dylikt (begränsad rätt). Ett vederlagsfritt nyttjanderättsavtal innebär en indirekt förmögenhetsminskning för bolaget i form av ett intäktsbortfall (åtminstone får detta presumeras).

Även i den situationen att aktieägare får rätt att t.ex. vederlagsfritt hyra bolagets egendom – egentligen lån av sak – uppkommer frågan hur man skall bestämma värdet av bolagets prestation. Jag vill mena att det i förevarande fall – liksom i det föregående – är rimligt att skilja mellan prestationer som normalt sett förekommer i rörelsen och övriga (t.ex. upplåtelse av hyresrätt). Prestationer av det förra slaget omsätts vanligen till ett visst pris och detta pris bör därför vara bestämmande när man skall fastställa värdet av bolagets prestation.

Vad beträffar prestationer av det senare slaget bör man kunna använda sig av de värderingsprinciper som gäller beträffande anläggningstillgångar respektive omsättningstillgångar, som normalt sett inte avyttras i rörelsen. Se härom föregående avsnitt.

9.4 Typfall III: Köp av aktieägare tillhörig egendom till överpris

Förvärvar ett aktiebolag tillgångar från en aktieägare kan det naturligtvis inträffa att bolaget betalar ett överpris för egendomen och att transaktionen därför (eventuellt) skall anses innefatta en förtäckt utbetalning från bolaget. Huruvida avtalet innefattar en förtäckt utbetalning måste i ett första led bestämmas med hänsyn till om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation. En central fråga i denna bedömning är hur man skall fastställa marknadsvärdet av aktieägarens prestation.

Enligt min uppfattning torde aktieägarens prestation kunna värderas jämlikt de principer som gäller beträffande bolagets prestation; se avsnitt 9.2 ovan.[14] Jag har blott kunnat finna ett fall där ändamålsskäl talar för en

[14] Bedömningen kan bli något annorlunda beroende på att prestationen härrör från aktieägaren. Om t.ex. aktieägaren bedriver näringsverksamhet och i rörelsen använder sig av en viss prissättning för den överlåtna egendomen, bör denna prissättning anses som vägledande vid värderingen av aktieägarens prestation och således om bolaget förvärvat egendomen till överpris eller ej.

annan bedömning och det är när aktieägarens prestation bara kan åsättas ett approximativt värde (t.ex. förutnämnda 100000–130000 kr). Det framstår för mig som främmande att *i detta fall* värdera *aktieägarens prestation* jämlikt de principer som – enligt min mening – gäller vid ifrågasatt *försäljning till underpris* i fråga om *bolagets prestation* (se närmare avsnitt 9.2 ovan).

Av tredjemansskyddet och aktieägarskyddet följer att aktieägarens prestation skall värderas jämlikt vad en försäljning av egendom av samma eller liknande slag skulle ha inbringat vid överlåtelse till utomstående ("at arm's length") under jämförbara förhållanden av motsvarande kvantiteter. Eftersom samtliga värden inom intervallet korresponderar mot denna princip är det inte möjligt att fastställa värdet av aktieägarens prestation. Svaret torde i stället stå att finna i omsättningsskyddet. Omsättningsskyddet är enligt min uppfattning ett ändamålsskäl som talar för att värdet av aktieägarens prestation bör fastställas till vad bolaget högst hade fått betala för egendom av samma eller liknande slag, om det hade ingått avtalet med annan än aktieägaren ("at arm's length"). Denna lösning tillgodoser inte bara omsättningsskyddet utan också i tillräcklig utsträckning tredjemansskyddet och aktieägarskyddet.

Sammantaget bör värdet av aktieägarens prestation fastställas till det högsta värdet inom intervallet, om prestationen enbart kan åsättas ett approximativt värde.

> Skulle en aktieägare missbruka denna lösning till men för andra aktieägare, torde förfarandet stå i strid mot generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL.

Om ett aktiebolag från en aktieägare förvärvar egendom, som helt saknar betydelse för bolagets verksamhet, kan det möjligen hävdas att förvärvet borde betraktas som vederlagsfritt i sin helhet (kommersiellt syfte saknas). Aktieägarens prestation är i det närmaste "värdelös" för bolaget, eftersom den till bolaget överförda egendomen inte fyller någon funktion i företagets rörelse (jfr 2:2 1 st. 4 meningen ABL).

För egen del anser jag inte att utbetalningsbegreppet kan användas för att angripa förvärv av rörelsefrämmande egendom. Detta är i vart fall otänkbart med utgångspunkt i tredjemansskyddet. Skyddet för tredje man grundar sig på principen att värdet av bolagets tillgångar skall överstiga värdet av skulderna motsvarande en viss del av det egna kapitalet (förstärkt sufficiens). Tredjemansskyddet garanteras således inte genom att bolaget förfogar över vissa typer av tillgångar. I stället är det bolagets förmögenhetsmassa i sin helhet som skall säkerställa tredjemansskyddet. Det enda undantaget från denna princip är särbestämmelsen i 2:2 1 st. 4 meningen ABL rörande apportegendom. För den skull är det inte möjligt att angripa förvärv av rörelsefrämmande egendom. Utbetalningsbe-

greppet förutsätter – vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i tredje mans intresse – enligt min mening att värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation. (En annan sak är att utbetalningsbegreppet bör omfatta alla typer av – direkta eller indirekta – vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten.)

Med utgångspunkt i aktieägarskyddet kan det tyckas finnas större anledning att utsträcka utbetalningsbegreppets tillämpningsområde. Förvärv av för bolaget rörelsefrämmande egendom – vare sig det sker till överpris eller ej – kan uppenbarligen vara till skada för minoritetsaktieägare. Ändock har jag svårt att se hur utbetalningsbegreppet skall kunna tillämpas på dylika förvärv. Varje aktie har enligt likhetsprincipen lika rätt till andel i bolagets vinst som varje annan aktie. Likhetsprincipen tillgodoser aktieägarskyddet såtillvida att några aktieägare inte vederlagsfritt skall kunna tillgodogöra sig bolagets förmögenhet utan att samma värde också kommer andra aktieägare till del. Mot bakgrund av likhetsprincipen bör utbetalningsbegreppet anses tillämpligt först om värdet av aktieägarens prestation inte korresponderar mot värdet av bolagets prestation. Jag vill följaktligen mena att utbetalningsbegreppet – vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse – inte kan användas, när värdet av aktieägarens prestation korresponderar mot värdet av bolagets prestation oavsett om transaktionen innefattar förvärv av rörelsefrämmande egendom, som är till nackdel för bolaget eller andra aktieägare. Skyddet för aktieägarna får i stället sökas i andra bestämmelser i ABL. Förvärv av rörelsefrämmande egendom kan tänkas stå i strid mot principen om att bolagsorganen inte får företa rättshandlingar som är uppenbart främmande för föremålet för verksamheten (jfr 76 § 1 st. 1 meningen och 91 § 1 meningen 1944 års lag) alternativt generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL.

Sammanfattningsvis måste enligt min uppfattning bolags förvärv av rörelsefrämmande egendom anses ligga utanför tillämpningsområdet för utbetalningsbegreppet. Först om ett bolag förvärvar rörelsefrämmande egendom från en aktieägare till överpris kan utbetalningsbegreppet tillämpas.

9.5 Typfall IV: Penninglån till aktieägare

9.5.1 Inledning

Förtäckta utbetalningar har i rättspraxis framför allt berört penninglån. En förtäckt utbetalning brukar anses föreligga, om ett aktiebolag (1) läm-

nar penninglån (2) till en aktieägare och (3) aktieägarens ekonomi vid lånetillfället är sådan att någon återbetalning inte kan påräknas (se särskilt NJA 1990 s. 343 på s. 348). För att det skall vara fråga om en olovlig förtäckt utbetalning i strid mot 12:2 ABL måste (4) utdelningsbart fritt eget kapital saknas vid lånetillfället.

> Såsom Lindskog framhåller torde en försträckning i form av penninglån få anses innefatta en aktiebolagsrättslig utbetalning i långt fler situationer än vad som följer av rättspraxis. Se Lindskog, JFK 12:2-4.4 (s. 41f) med vidare hänvisningar. Enligt min mening skall bedömningen huruvida en aktiebolagsrättslig utbetalning föreligger göras på så sätt som angivits i avsnitt 8.8 ovan. Anledningen till att jag blott behandlar den "grundprincip" som har fastslagits i rättspraxis, och inte den mer "övergripande principen", är att den förra, men inte den senare, kan bli föremål för en mer inträngande analys på grundval av källmaterialet och att den senare får betraktas som osäker de lege lata.

I de avgöranden varifrån berörda princip härrör – NJA 1951 s. 6 I och II (jfr NJA 1948 s. 651) – var det dock inte fråga om att bedöma ett "enkelt" penninglån till en aktieägare.[15] Det rörde sig i stället om förfoganden över bolagets förmögenhet i samband aktieförvärv, där aktieköparen saknade egna finansiella möjligheter att klara aktieförvärvet. Köpeskillingen erlades (delvis) på så sätt att aktieöverlåtaren i egenskap av aktieägare uttog tillgångar ur bolaget[16] respektive friskrevs från en skuld till bolaget mot att bolaget i båda situationerna förvärvade en fordran mot aktieförvärvaren om samma belopp. Återbäringsskyldighet ansågs föreligga för aktieöverlåtaren jämlikt 54 § 1910 års lag (mål I) respektive 73 § 2 mom. 1944 års lag (mål II), då en olovlig förtäckt utbetalning av utdelning hade skett och (5) *aktieöverlåtaren i egenskap av aktieägare insett eller bort inse*[17] *att bolagets fordran mot aktieförvärvaren var värdelös*[18] ("penninglånets" vederlagsfria karaktär). Se särskilt NJA 1951 s. 6 I på s. 25 och II på s. 37 men jfr NJA 1990 s. 343 på s. 350 för en något annorlunda tillämpning av ondtrosrekvisitet.

Syftet med följande avsnitt är att fastställa innebörden av rekvisit (1)–

[15] Jfr dock i viss mån det andra förfogandet i NJA 1951 s. 6 I. Se följande not.

[16] Jfr emellertid det andra förfogandet i NJA 1951 s. 6 I på s. 25f i referatet, där aktieförvärvaren i egenskap av aktieägare lät Suecia låna medel, som överfördes på aktieöverlåtaren. Suecia erhöll i gengäld en värdelös fordran gentemot aktieförvärvaren. I förevarande fall av olovlig förtäckt utbetalning *krävdes dock inte för återbäringsskyldighet* att *aktieförvärvaren* skulle ha *insett eller bort inse sin egen bristande betalningsförmåga*. Se härom avsnitt 9.5.9 nedan.

[17] Notera emellertid föregående not.

[18] Bolagets fordran var värdelös på grund av att aktieförvärvaren i båda målen saknade betalningsförmåga.

(3) ovan. Jag undersöker däremot inte rekvisit (4), eftersom frågan huruvida ett penninglån innefattar en *olovlig* förtäckt utbetalning inte rör själva utbetalningsbegreppet (penninglånets vederlagsfria karaktär). Detta andra och senare spörsmål återkommer jag till i kapitel 12 nedan.

Återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. ABL uppkommer om aktieägaren enligt rekvisit (5) var i ond tro beträffande betalningsoförmågan. Rekvisitet bygger ursprungligen på rättsgrundsatsen condictio indebiti och får i gällande rätt anses grunda sig på en analog tillämpning av godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL.

> Se om bakgrunden till godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL och hur denna kommit att tillämpas i rättspraxis nedan kapitel 13. I litteraturen finns dock den uppfattningen representerad att ondtrosrekvisitet i rättspraxis beror på bestämmelsen i 8:14 ABL och inte 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Se härom närmare avsnitt 13.4.3 nedan.

Ondtroskravet saknar följaktligen relevans för utbetalningsbegreppet. Jag har trots detta valt att i denna avdelning *analysera hur ondtrosrekvisitet tillämpats i rättspraxis* i ett sammanhang och tillsammans med utbetalningsbegreppet vad beträffar penninglån till aktieägare. En sådan undersökning är berättigad av två orsaker. För det första har HD kopplat ondtrosrekvisitet till kravet på att det måste föreligga bristande betalningsförmåga. Det är därför naturligt att i ett sammanhang analysera ondtrosrekvisitet och kravet på bristande betalningsförmåga. För det andra *kan* domskälen i de två senaste avgörandena på området tolkas som att HD velat upprätthålla ett *ondtrosrekvisit* inom ramen för *utbetalningsbegreppet*; se NJA 1980 s. 311 på s. 316 och NJA 1990 s. 343 på s. 350, men annorlunda på s. 348.

9.5.2 Penninglån

Det har i samtliga avgöranden refererade i NJA, vari penninglån till aktieägare prövats enligt vinstutdelningsreglerna, rört sig om en slags finansiering av aktieförvärv. Aktieköparen har mer eller mindre saknat egna finansiella möjligheter att klara köpet av aktierna. Köpeskillingen eller en del av denna har typiskt sett erlagts på så sätt att aktieförvärvaren i egenskap av aktieägare överfört bolaget tillhöriga medel till aktieöverlåtaren mot att bolaget förvärvat en fordran mot aktieförvärvaren om samma belopp.[19]

Det första publicerade avgörandet vari HD kommer in på problemati-

[19] Jfr Lindskog i SvJT 1992 s. 81.

ken avseende "penninglån" till aktieägare är NJA 1951 s. 6 I.[20] I målet hade en viss del av köpeskillingen erlagts på så sätt att aktieförvärvaren i egenskap av aktieägare lät Suecia låna medel, som överfördes på aktieöverlåtaren. Suecia erhöll i gengäld en (värdelös) fordran mot aktieförvärvaren.[21]

> En större del av köpeskillingen erlades emellertid på det sättet att aktieöverlåtaren, medan han fortfarande var aktieägare, uttog tillgångar ur Suecia mot att bolaget erhöll en fordran mot aktieförvärvaren. Denna fordran saknade praktiskt taget värde. HD:s majoritet fann, att *"förutberörda uttagande av tillgångar från Suecia"*, i den mån det omfattat mer än utdelningsbara medel, fick betraktas som otillåten vinstutdelning.[22] Se härom dessutom nedan.
>
> Jfr i sammanhanget också NJA 1948 s. 651.[23] En föreningsmedlem hade föranlett en styrelseledamot att utställa två skuldebrev på föreningens vägnar. Utställandet gjordes för att föreningsmedlemmen, när han avyttrade samtliga andelar i föreningen, skulle kunna erhålla betalning för sin köpeskillingsfordran mot förvärvaren. Genom att utställa skuldebreven utan vederlag för föreningen ansågs styrelseledamoten ha förfogat över dess tillgångar i strid mot 18 § 1911 års föreningslag om vinstutdelning.[24]

Att aktieförvärvaren påtar sig en skuld mot bolaget för att kunna betala köpeskillingen för aktierna var likaså aktuellt i NJA 1966 s. 475. Aktieförvärvaren upptog ett lån hos bolaget för att kunna betala en icke erlagd del av köpeskillingen för aktierna till aktieöverlåtaren. Rättsfrågan i målet var egentligen aktieöverlåtarens ersättningsansvar.[25]

> I NJA 1951 s. 6 II existerade det redan ett skuldförhållande mellan bolaget och aktieöverlåtaren i egenskap av aktieägare. Samtidigt med att aktieägaren överlät sitt aktieinnehav friskrevs han från denna skuld. I gengäld erhöll bolaget en fordran mot aktieförvärvaren. Denna fordran saknade emellertid, på grund av aktieförvärvarens ekonomiska ställning, praktiskt taget värde. Aktieöverlåtaren ansågs i egenskap av aktieägare ha tillgodogjort sig bolagets tillgångar som en förtäckt utbetalning. HD:s majoritet fann närmare bestämt, att "åtgärden att friskriva" aktieförvärvaren, i den mån den omfattat mer än utdelningsbara medel, var att betrakta som "otillåten vinstutdelning".[26]

[20] Jfr dock särskilt NJA 1935 s. 357, vari HD emellertid inte särskilt prövade om bolagets eventuella fordran mot två tidigare aktieägare innefattade en förtäckt utbetalning (kapitaluttag). Jfr ock NJA 1930 s. 590, vari en bolaget tillkommande fordran mot en aktieägare blev efterskänkt.

[21] Se s. 25f i referatet.

[22] Referatet s. 25.

[23] Omständigheterna i NJA 1948 s. 651 påminner om de NJA 1935 s. 357. Jfr not 20 ovan.

[24] Referatet s. 667.

[25] Se om målet närmare avsnitt 14.6.4.

[26] Referatet s. 37. Jfr härvidlag NJA 1930 s. 590.

Ett dotterbolag hade i NJA 1990 s. 343 lånat ut pengar till sitt moderbolag. Sedermera kom dotterbolaget att bevilja moderbolaget ett ackord, vars innebörd var att dotterbolaget i stort sett avstod från sin fordringar mot moderbolaget. Dotterbolagets likvidator gjorde i målet gällande att ackordsöverenskommelsen var ogiltig på grund av att lånen från början innefattade olovlig förtäckt vinstutdelning från dotterbolaget. Enligt HD var moderbolagets ställning vid den tidpunkt då lånen lämnades så bräcklig att dotterbolagets fordringar med anledning av lånen redan från början måste anses ha varit praktiskt taget värdelösa.

> Det bör i sammanhanget framhållas att HD i rättspraxis före NJA 1990 s. 343 synes ha fäst vikt vid att det rörde sig om penninglån, som hade till syfte att finansiera aktieförvärv. De i NJA 1990 s. 343 aktuella lånen torde även de i stort sett ha haft till syfte att finansiera ett aktieförvärv, närmare bestämt moderbolagets köp av aktierna i dotterbolaget. Till skillnad från i äldre rättspraxis tycks emellertid denna omständighet inte ha påverkat utgången i målet (jfr t.ex. till synes annorlunda i NJA 1980 s. 311).

HD förefaller emellertid inte ha nöjt sig med att bedöma "verkliga" penninglån. I viss utsträckning tycks HD ha "konstruerat om" *i och för sig vederlagsfria dispositioner över bolagsförmögenheten* så att – i stället – "penninglån" ansetts föreligga. HD har därefter ansett ifrågavarande "penninglån" innefatta en förtäckt utbetalning på grund av aktieförvärvarens bristande betalningsförmåga.

I NJA 1976 s. 618 förvärvade B från A samtliga aktier i Nya Berns AB. Som likvid för köpeskillingen överlät B till A vissa bolaget tillkommande fordringar mot ett tredje bolag på grund av framtida leveranser till detta företag. Aktieförvärvaren B, som själv inte hade medel till betalning av köpeskillingen och som sedermera försattes i konkurs, ansågs genom vad som förekommit "ha upptagit lån hos bolaget med motsvarande belopp och ha använt lånemedlen till att likvidera sin skuld för aktierna" till A.[27] Eftersom B var insolvent och bolaget saknade utdelningsbar vinst, hade åtgärderna innefattat en olovlig förtäckt vinstutdelning.

> Jfr också det straffrättsliga målet NJA 1976 s. 60.[28] Ett bolag förvärvade samtliga aktier i ett annat bolag, varefter köpeskillingen för aktierna erlades till aktieöverlåtaren därigenom att det köpande bolaget tog i anspråk det förvärvade bolagets tillgångar. Moderbolagets förfogande över det förvärvade

[27] Referatet s. 622.

[28] Jfr ock NJA 1990 s. 343 på s. 349 beträffande det ogiltiga fastighetsköpet av dotterbolaget från moderbolaget och att erlagd del av köpeskilling av dotterbolaget på grund av köpets ogiltighet kom att behandlas som moderbolagets "låneskuld" till dotterbolaget.

bolagets tillgångar ansågs inte – såvitt jag kan bedöma – innefatta en förtäckt utbetalning. I stället ansågs förmodligen uttaget ersatt av ett (konstruerat) lån från dotterbolaget till moderbolaget,[29] vilket moderbolaget inte kunde förväntas betala tillbaka.

Den första delbetalningen för aktierna i NJA 1951 s. 6 I är i förevarande sammanhang av visst intresse. I målet var det ostridigt att köpeskillingen för aktierna erlagts på så sätt att aktieöverlåtaren uttog tillgångar ur Suecia och att bolaget i gengäld erhöll en fordran mot aktieförvärvaren om samma belopp. Det bör emellertid noteras, att om aktieförvärvaren hade valt att bestrida att bolaget erhöll en motfordran mot honom, så torde uttaget i och för sig – vilket slutligen också blev fallet på grund av att bolagets fordran mot aktieförvärvaren saknade värde[30] – ha fått anses innefatta en förtäckt utbetalning till aktieöverlåtaren. Att en av rättsfrågorna i målet blev värdet av bolagets fordran mot aktieförvärvaren förklaras av att det låg i aktieöverlåtarens och aktieförvärvarens intresse att uttaget ansågs ersatt av en fordran för bolaget (avtalskontrahenterna kunde ju hävda att uttaget *inte* innefattade en förtäckt utbetalning på grund av att aktieförvärvaren hade förmåga att betala tillbaka "lånet").[31]

Varför HD valt att "konstruera om" förfoganden över bolagsförmögenheten till penninglån är dessvärre en fråga som är svår att besvara.

Jfr dock beträffande NJA 1951 s. 6 I vad som nyss sagts. Vad gäller NJA 1976 s. 60 och 1976 s. 618 är dock en plausibel förklaring att HD sökte tillämpa de i NJA 1951 s. 6 I och II fastslagna principerna. Eftersom förhållandena i dessa mål var annorlunda var det nödvändigt för HD att använda sig av en konstruktion, varigenom aktieförvärvarens (aktieägarens) uttag till förmån för aktieöverlåtaren ansågs ersatt av en bolaget tillkommande (värdelös) fordran mot aktieförvärvaren (jfr det andra förfogandet i NJA 1951 s. 6 I på s. 25f). I förevarande avseende må även nämnas den i NJA 1980 s. 311 aktuella regressfordringen mot aktieförvärvarna, som uppkommit på grund av pantsättningen och vilken var värdelös för bolaget på grund av aktieförvärvarnas bristande betalningsförmåga. Den omständigheten att regressfordringen var värdelös innebar – enligt min mening – att pantsättningen fick anses som vederlagsfri (se s. 316 i referatet). Därmed förelåg betydande likheter med NJA 1951 s. 6 I och II (vartill HD inledningsvis hänvisar, se a.st.).

[29] Jfr s. 67 i referatet: "Grönwall gjorde emellertid ej någon undersökning vare sig i frågan om Konfektionen var solvent för den skuld Konfektionen genom utbetalningen skulle ådraga sig gentemot Törnstensbolaget /.../".

[30] Se referatet s. 25 och härom ovan.

[31] Både aktieöverlåtaren och aktieförvärvaren riskerade ju återbäringsskyldighet och bristtäckningsansvar.

För mig framstår tillvägagångssättet som märkligt. Av vilken anledning skall en aktieägares förfogande över bolagsförmögenheten anses ersatt av en motfordran för bolaget annat än när så verkligen är fallet? Vore det inte mer riktigt att betrakta förfogandet som vederlagsfritt från början?

> Man kan möjligen tycka att distinktionen saknar betydelse. Aktieägaren är ju återbäringsskyldiga oavsett om dispositionen betraktas som en olovlig förtäckt utbetalning (jag förutsätter detta) eller som ersatt av en bolaget tillkommande motfordran mot aktieägaren. Med hänsyn till tredjemansskyddets och aktieägarskyddets effektivitet finns det emellertid inte några skäl som kan anföras för att man skall "konstruera om" förfoganden över bolagsförmögenheten till penninglån (en tillämpning av 12:7 ABL kan aktualiseras i det senare fallet). Vidare kan tillvägagångssättet tänkas leda till att domstolarna tvingas bedöma många dispositioner varvid aktieägarna vederlagsfritt förfogar över bolagsförmögenheten jämlikt den principen att ett penninglån – vilket förfogandet "förvandlats" till – anses innefatta en förtäckt utbetalning först om aktieägaren saknade betalningsförmåga vid lånetillfället (jfr dock om 12:7 ABL nedan). Och med en sådan konstruktion kan det ifrågasättas om tredjemansskyddet och aktieägarskyddet verkligen är tillgodosett: Bolaget står risken för att aktieägaren saknar betalningsförmåga, vilket är en förutsättning för att penninglånet skall anses innefatta en förtäckt utbetalning!

Jag vill mena att ett *förfogande*, varigenom en aktieägare tar i anspråk bolagets tillgångar, måste *prövas med utgångspunkt* i huruvida det *i och för sig* – helt eller delvis – innefattar en *förtäckt utbetalning* till aktieägaren. Domstolarna bör *endast* pröva ett dylikt förfogande med utgångspunkt i principen att ett penninglån till en aktieägare innefattar en förtäckt utbetalning såvida aktieägaren saknade betalningsförmåga vid lånetillfället, *om bolaget på grund av förfogandet fick tillgång till en "verklig" motfordran mot aktieägaren.* Åtminstone bör det antas, att en aktieägares förfogande över bolagets förmögenhet inte skall "omvandlas" till ett penninglån, om det inte visas att han vid förfogandetidpunkten hade för avsikt att i pengar återställa vad han uttagit ur bolaget.[32]

> I gällande rätt torde låneförbudet i 12:7 ABL i viss mån motverka uppkomsten av gränsdragningsproblem av här berört slag. Jfr därtill NJA 1992 s. 717 om 12:7 ABL och ogiltighetsfrågan.

[32] Måhända gäller dock – märkligt nog – att bolagets ställföreträdare (styrelse eller likvidator) eller en konkursförvaltare måste visa, att sådan avsikt saknades! Jfr avsnitt 9.5.7 nedan.

9.5.3 Varukrediter

Ett problem vid tillämpningen av låneförbudet i 12:7 ABL är gränsdragningen mellan penninglån och s.k. normala varukrediter. Denna fråga saknar betydelse för utbetalningsbegreppet. Varken ett penninglån eller en normal varukredit innefattar i och för sig en aktiebolagsrättslig utbetalning.

Om och i så fall när en normal varukredit skall anses innefatta en förtäckt utbetalning är osäkert. Skulle kreditvillkoren i ett enskilt fall vara så pass förmånliga att det är fråga om ett förtäckt penninglån[33] torde lånet i sin tur kunna betraktas som en förtäckt utbetalning, om aktieägaren saknar betalningsförmåga när krediten lämnas.[34]

En mer intressant fråga är huruvida en *normal varukredit* skall anses innefatta en förtäckt utbetalning, om aktieägaren saknar betalningsförmåga när krediten lämnas. Å ena sidan är rättspraxis rörande penninglån ett stöd för att så borde vara fallet. Å andra sidan är det inte skäligt att för utbetalningsbegreppet jämställa varukrediter med penninglån. Min egen inställning är närmast kluven. Måhända bör lösningen sökas i vilket eller vilka syften som krediten fyller:[35] Beviljades krediten av kommersiella skäl?

9.5.4 Aktieägare

Gäldenären har i de flesta av de mål som prövats av HD varit aktieägare.[36] Det är oklart om de fastslagna principerna skall tillämpas när gäldenären är aktieägaren närstående fysisk eller juridisk person eller annat bolag ingående i samma koncern.[37] Inte heller går det avgöra vad som gäller när gäldenären är utomstående "at arm's length" (en likartad rättstillämpning är inte given). Penninglån från dotterbolag till moderbolag skall i vart fall anses innefatta en förtäckt utbetalning till moderbolaget under samma förutsättningar som när aktieägaren är fysisk person (se främst NJA 1990 s. 343).

> Av visst intresse vid tolkningen av rättsutvecklingen i rättspraxis är den omständigheten, att blott i fråga om ett av förfogandena i NJA 1951 s. 6 I och II – andra delbetalningen i mål I – var gäldenären aktieägare vid den

[33] Jfr prop. 1973:93 s. 133; SOU 1971:15 s. 323 och Kedner–Roos II 12:7.03 (s. 262).

[34] Jfr härvidlag dock Lindskog, JFK 12:7-4.1.2 (s. 136).

[35] Jfr Lindskog, JFK 12:2-4.4 (s. 41f). Men jfr förskott på lön contra penninglån RH 1987:89.

[36] Endast i NJA 1951 s. 6 I (första delbetalningen för aktierna) och II, vilket är nog så betydelsefullt, synes aktieförvärvaren – alltså gäldenären – ha betraktats som utomstående vid tidpunkten för förfogandet. Jfr nedan.

[37] Detsamma gäller blivande aktieägare ellerf.d. aktieägare. Sannolikt skall samma principer tillämpas i dessa fall som när gäldenären är aktieägare.

tidpunkt då bolaget erhöll en fordran mot honom (aktieförvärvaren). Både beträffande uttaget av tillgångar i Suecia i mål I (första delbetalningen) och friskrivningen av aktieöverlåtarens skuld till Elegant i mål II, varvid bolaget i gengäld erhöll en värdelös fordran mot aktieförvärvaren, ansågs aktieöverlåtaren vara aktieägare och utbetalningsmottagare.

För övrigt ger rättspraxis intrycket av att HD velat finna en fordringsrätt gentemot *aktieägare* för att i nästa led kunna pröva penninglånet som en olovlig förtäckt utbetalning av utdelning med de rättsföljder som anges i nuvarande 12:5 ABL.[38] Jfr t.ex. distinktionen i NJA 1951 s. 6 I på s. 25f mellan Carlsunds uttag och Santessons lån, NJA 1976 s. 60 på s. 67f angående moderbolagets "skuld" till dotterbolaget och NJA 1976 s. 618 på s. 622 vad beträffar den omständigheten att aktieförvärvaren (aktieägaren) ansågs ha "upptagit lån hos bolaget". Jfr ock ovan.

9.5.5 Aktieägarens "insolvens" – låntagarens ekonomi vid tidpunkten när lånet lämnas är sådan att någon återbetalning inte kan påräknas

För att ett penninglån till en aktieägare skall kunna anses innefatta en förtäckt utbetalning har HD alltsedan NJA 1951 s. 6 I[39] krävt, att aktieägarens – typiskt sett aktieförvärvarens – ekonomi vid lånetillfället är sådan att någon återbetalning inte kan påräknas. Den bedömning av aktieförvärvarens betalningsförmåga som underdomstolarna gör i NJA 1951 s. 6 I, och till vilken HD hänvisar,[40] grundar sig till synes på insolvensrättsliga grundsatser.[41] Hovrättens domskäl i Sueciamålet tyder på att aktieägarens betalningsförmåga skall prövas i två led:[42]

(1) dels om gäldenären var insufficient vid lånetillfället,
(2) dels om denna (eventuella) brist var av övergående natur.

[38] Det kan ifrågasättas, om inte en lösning jämlikt vad som gäller i tysk rätt, där blivande och tidigare aktieägare synes jämställas med aktieägare, hade varit enklare. Se föregående not och avsnitt 6.3.2.3 ovan. Man kan dock undra, om inte NJA 1951 s. 6 I och II trots allt avgjordes under beaktande av rättsläget i Tyskland, om vilket åtminstone Karlgren torde ha varit bekant. Jfr SvJT 1938 s. 187ff, särskilt s. 206.

[39] Jfr i sammanhanget NJA 1939 s. 113 men annorlunda i NJA 1948 s. 651. Se beträffande det förra rättsfallet Nial i SvJT 1942 s. 218, vars uttalande om att borgenärsskyddsreglerna skall respekteras kan ha påverkat den följande rättsutvecklingen.

[40] Se s. 25 i referatet.

[41] Rådhusrätten synes främst ha fäst vikt vid om aktieförvärvaren var insufficient, dvs. understeg värdet av tillgångarna värdet av skulderna. Se s. 17f i referatet.

[42] Se referatet s. 20f. Ingen av domstolarna i NJA 1951 s. 6 II synes ha företagit någon ingående prövning av aktieförvärvarens solvens. Förmodligen var detta en följd av att aktieförvärvaren genom ett lån från en tredje person (200000 kr av 235000 kr) erhöll medel till betalning av köpeskillingen. För en annorlunda bedömning av aktieförvärvarens solvens, se justitierådet Nissen på s. 38 i referatet.

Bedömningen av aktieägarens betalningsförmåga i NJA 1976 s. 60 är i princip densamma som i NJA 1951 s. 6 I.[43] Huruvida det aktieförvärvande moderbolaget kunde förväntas betala tillbaka penninglånet från dotterbolaget prövades i två led och gav följande resultat:[44]

(1) dels "att Konfektionen (moderbolaget) saknade tillgångar för betalning av den till 1215000 kr uppgående del av köpeskillingen för aktierna i Törnstensbolaget (dotterbolaget) som ej erlades i samband med" aktieförvärvet,
(2) dels "att intressenterna i Konfektionen aldrig avsett att skjuta till medel till detta bolag så att det skulle bli i stånd att betala den resterande köpeskillingen för aktierna i Törnstensbolaget".

Att aktieförvärvarens betalningsförmåga skall prövas i två led känns även igen i NJA 1990 s. 343.[45] Ett bolag förvärvade ett annat bolag.[46] Medel till betalning för aktierna lånade moderbolaget från det förvärvade dotterbolaget. Moderbolagets betalningsförmåga bedömdes på följande vis:[47]

(1) dels befanns moderbolaget vara insufficient, dvs. värdet av moderbolagets tillgångar – som i huvudsak bestod av fastigheter – understeg avsevärt värdet av skulderna vid lånetillfället,
(2) dels befanns moderbolaget i det närmaste sakna omedelbar tillgång till vanliga betalningsmedel svarande mot skuldernas belopp (bolaget hade svårigheter att med egna medel klara av löpande utgifter och det förelåg en stor risk för att seriösa kreditgivare skulle säga upp sina krediter, vilket senare också skedde, med följd att bolaget blev satt ur stånd att fullgöra även löpande betalningar).[48]

Sammanfattningsvis ger rättspraxis intrycket av att aktieägarens återbetalningsförmåga skall prövas i två led som huruvida aktieägaren (1) dels är insufficient, (2) dels har betalningsförmåga oavsett (eventuell) insufficiens. I det senare avseendet är det av stor betydelse om aktieägaren är likvid.

[43] Någon ingående bedömning av betalningsförmågan görs inte i NJA 1966 s. 475.
[44] Referatet s. 67.
[45] I NJA 1976 s. 618 hänvisas i domskälen till att aktieförvärvaren saknade medel till betalning av köpeskillingen och att han sedermera försatts i konkurs (s. 622 i referatet). Jfr ock NJA 1980 s. 311 nedan.
[46] Se s. 350 i referatet.
[47] Referatet s. 349f.
[48] Se ställföreträdarens bedömning av moderbolagets återbetalningsförmåga och HD:s bedömning på s. 350 i referatet.

I NJA 1980 s. 311 anger HD att en förutsättning för att betrakta penninglån som förtäckt vinstutdelning har varit att den fordran, som bolaget förvärvat på återbetalning av det lånade beloppet, framstått som osäker på grund av låntagarens "insolvens".[49]

Med insolvens (obestånd) skall enligt 1:2 KonkL förstås att gäldenären inte rätteligen kan betala sina skulder och att denna oförmåga inte endast är tillfällig. Att en gäldenär är insufficient eller illikvid behöver inte innebära att han också är insolvent. Den omständigheten att en gäldenär är insufficient är alltså inte *tillräcklig* för att han skall anses vara insolvent. Det är inte ens en *nödvändig* förutsättning. I stället krävs det ett annat och större faktaunderlag.[50]

Gäldenärens insufficiens sammanfaller dock ofta i praktiken med hans insolvens.[51] Det har i litteraturen sagts att förhållandet mellan gäldenärens aktiva och passiva spelar den allra största roll, när det gäller att avgöra om gäldenären är insolvent eller ej.[52] Om domstolen vid prövning av en konkursansökan kommer till det resultatet, att gäldenären är insufficient, torde – åtminstone om insufficiensen är betydande – endast särskilda omständigheter kunna medföra, att ansökningen lämnas utan bifall i brist på utredning om insolvens (avser äldre rätt).[53]

Sammantaget ger ovanstående avgöranden intryck av att HD:s bedömning av aktieägarens återbetalningsförmåga grundar sig på insolvensrättsliga grundsatser.[54] Av stor betydelse vid en traditionell insolvensprövning är gäldenärens eventuella insufficiens. En undersökning av gäldenärens eventuella insufficiens återfinns i NJA 1951 s. 6 I, 1976 s. 60 och 1990 s. 343. För att en gäldenär skall anses som insolvent är det emellertid inte tillräckligt att han anses vara insufficient. Domstolarna måste dessutom bedöma om han trots allt har betalningsförmåga på grund av andra omständigheter och att eventuell betalningsoförmåga inte är tillfällig. En sådan bedömning kan noteras i NJA 1951 s. 6 I, NJA 1976 s. 60 och 1990 s. 343.

Lindskog har i JT 1992-93 s. 98f not 56 (jfr SvJT 1992 s. 82 not 2, JFK 12:2-4.4 [s 41 f] och se utförligt JFK 12:2-5.3.4 [s 53 f]) hävdat att en "kapitalanvändning" (dock synes avses kapitalanvändningsvärdet) skall anses föreligga, om ifrågavarande fordring inte är balansgill. Prövningen av återbetalningsförmågan skulle sålunda inte ha något att göra med en insolvens-

[49] Referatet s. 316 med hänvisning till bl.a. NJA 1951 s. 6 I och II.
[50] Jfr Welamson I s. 19f.
[51] Lejman, SvJT 1941 s. 534.
[52] Lejman, SvJT 1941 s. 534.
[53] Lejman, SvJT 1941 s. 534. Jfr numera 2:7 KonkL.
[54] Liknande Grosskopf, Vinstbolag s. 47.

bedömning enligt KonkL eller en "sufficiensprövning" enligt 13:2 ABL, utan fråga är om fastställande av det värde fordringen kan anses ha, vilket bör sammanfalla med det värde fordringen enligt god redovisningssed får tas upp till i bolagets balansräkning (den allsidiga bedömning som HD gjorde i NJA 1990 s. 343 uppges inte motsäga detta!) Detta värde bestämmer ju dispositionens inverkan på bolagets redovisade eget kapital (dvs. redovisningsvärdet). Om det värde fordringen enligt god redovisningssed högst får tas upp till är lägre än det utlånade beloppet, har en kapitalanvändning skett svarande mot mellanskillnaden.

För egen del anser jag att Lindskogs synsätt saknar stöd i rättspraxis (ett annat sätt att beskriva saken är att det inte motsägs av NJA 1990 s. 343) och för övrigt är principiellt ohållbart. Det är vid tillämpningen av utbetalningsreglerna i ABL fråga om en civilrättslig – och inte redovisningsmässig – prövning av fordringens värde. Värderingsprincipen i 16 § BFL – lägsta värdets princip – syftar inte till att civilrättsligt avgöra fordringens värde. Den omständigheten att fordringen inte får tas upp i balansräkningen – dvs. att det egna kapitalet minskar – innebär i och för sig *inte* att *fordringen saknar värde* och därför är *vederlagsfri*: en aktiebolagsrättslig utbetalning vid tillämpningen av t.ex. 12:2 ABL. I själva verket medför en tillämpning av Lindskogs princip att en förtäckt utbetalning – helt eller delvis – alltid skall anses föreligga, om fordringen från början är osäker eller värdelös enligt 16 § BFL. Med en sådan lösning kan det ifrågasättas huruvida något bolag bör satsa pengar i riskabla affärsprojekt och liknande, eftersom dylika investeringar kan komma att betraktas som kapitalanvändning (eventuellt olovlig sådan!).[55]

9.5.6 Aktieägarens betalningsförmåga och aktieägarens aktieinnehav

Det brukar hävdas att domstolarna i sin bedömning av aktieägarens betalningsförmåga skall bortse från hans aktieinnehav i det utlånande bolaget.[56] Denna princip anses följa av förbudet mot förvärv av egna aktier i 7:2 1 st. ABL, varav följer att aktier i det utlånande bolaget inte kan användas för att betala tillbaka aktieägarens skuld till detta bolag.[57]

Att domstolarna i sin bedömning av aktieägarens betalningsförmåga

[55] Lindskogs resonemang står dock i överensstämmelse med hans balansmässiga synsätt; jag företräder som framgått ett förmögenhetsmässigt synsätt.

[56] Se särskilt Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 78, 108 och 113 och i Förtäckt vinstutdelning s. 14f men även t.ex. Grosskopf, Vinstbolag s. 45 och s. 47 och Kedner–Roos II 12:1.01 (s. 233). Annorlunda helt eller delvis t.ex. Bramsjö, SvJT 1953 s. 245f; Danielsson, SvJT 1954 s. 578 (men se i Aktiekapitalet s. 221f); Lindskog, SvJT 1992 s. 94, JT 1992–93 s. 98f not 56 och i JFK 12:2-4.4 not 38 (s. 41) med vidare hänvisningar; Löfgren, Personligt ansvar s. 77f och Müllern, JT 1990–91 s. 87 samt Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 60f (men jfr på s. 19).

[57] Se föregående not.

skall bortse från aktieägarens aktieinnehav i det utlånande bolaget ger upphov till en rad följdfrågor. Har principen fastslagits i rättspraxis? Skall den *alltid* upprätthållas? Är principen ens ändamålsenlig? Man kan till och med fråga sig varför domstolarna skall bortse från aktieägarens aktieinnehav under antagande av att aktierna inte kan användas för att betala tillbaka hans skuld till bolaget. Av vilken anledning skall aktierna övergå till bolaget? Bör inte bedömningen av aktieägarens betalningsförmåga snarare grunda sig på bl.a. aktiernas liksom övriga tillgångars försäljningspris (marknadsvärde)?

Vad beträffar rättspraxis må först nämnas NJA 1951 s. 6 I och II. I båda målen fann samtliga instanser, att bolagets fordran mot aktieförvärvaren praktiskt taget saknade värde. Det är *tänkbart* att domstolarna i bedömningen av aktieförvärvarens förmåga att betala tillbaka skulden *bortsåg* från hans aktieinnehav i det utlånade bolaget (jfr särskilt hovrättens domskäl i NJA 1951 s. 6 I på s. 20). Detta anges dock inte *uttryckligen* i domskälen. Och även om så var fallet är det inte säkert att denna rättstillämpning skall förklaras med förbudet mot förvärv av egna aktier (jfr nedan). Jag vill sammantaget därför mena att det är omöjligt att tillmäta NJA 1951 s. 6 I och II prejudikatvärde i förevarande spörsmål, i synnerhet när HD inte prövade frågan.[58]

> En förklaring till varför domstolarna kan tänkas ha bortsett från aktieinnehavet är, som nyss nämnts, förbudet mot förvärv av egna aktier.[59] En alternativ och mer sannolik förklaring är emellertid att aktierna antogs sakna något större värde (vilket är rimligt om man beaktar bolagens ställning efter uttagen).[60] Jfr beträffande Suecia rådhusrättens domskäl på s. 18f och hovrättens på s. 21f; Suecias ekonomiska ställning och framtid var otvivelaktigt dålig. Jfr beträffande Elegant rådhusrättens domskäl på s. 33f.

Rättspraxis efter NJA 1951 s. 6 I och II ger inte något bestämt svar på frågan om det existerar en princip av här berört slag.[61] Inte ens i det senaste avgörandet på området – NJA 1990 s. 343 – tyder domskälen på

[58] Samma Müllern i JT 1990–91 s. 87 och jfr Lindskog, SvJT 1992 s. 94. Annorlunda (troligen) Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 113 och Grosskopf, Vinstbolag s. 45.

[59] En variant på detta alternativ är att tillmäta *syftet* bakom transaktionen betydelse. I båda avgörandena hade bolagets egendom tagits i anspråk för att betala köpeskillingen för aktierna i bolaget. Häri återfinns en likhet med förbudet mot bolags förvärv av egna aktier i 51 § 1910 års lag och 69 § 1944 års lag. *Syftet* med transaktionen var att förvärva bolagets aktier med hjälp av bolagets egna medel. Även om detta anses tillåtet upprätthålls principen att aktieförvärvarens/aktieägarens aktieinnehav inte åsätts något värde, eftersom detta vore att godkänna finansiering av förvärv av bolags egna aktier.

[60] Jfr Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 19 och s. 60.

[61] Jfr NJA 1966 s. 475, 1976 s. 60, 1976 s. 618 och 1980 s. 311. Samma Müllern i JT 1990–91 s. 87.

att domstolarna i bedömningen av aktieägarens förmåga att betala tillbaka lånet *måste* bortse från hans aktieinnehav.[62]

> Jfr NJA 1990 s. 343 på s. 350: "Det är tydligt att värdet av Nordanlands [moderbolagets] tillgångar, vilka i allt väsentligt synes ha utgjorts av bolagets fastigheter, vid tiden för lånens lämnande avsevärt understeg bolaget skulder, *i synnerhet vid bortseende från aktierna i Waso-Verken* [dotterbolaget; min kursivering]."

Var står då gällande rätt i denna fråga? I litteraturen har flera författare förstått utgången i NJA 1951 s. 6 I och II samt senare tillkommen rättspraxis, som att gäldenärens (aktieägarens) aktieinnehav i det utlånande bolaget inte skall beaktas vid bedömningen av hans betalningsförmåga.[63] Ett visst – om än svagt – stöd för denna princip är NJA 1951 s. 6 I och II. Detsamma kan sägas beträffande förbudet mot förvärv av egna aktier i 7:2 1 st. ABL.

För egen del anser jag att principen varken har stöd i NJA 1951 s. 6 I och II eller förbudet mot egna aktier. Vad domstolarna har att pröva är om aktieägaren saknade förmåga att betala tillbaka lånet vid lånetillfället. En viktig beståndsdel i denna prövning består i att undersöka om aktieägaren vid lånetillfället var insufficient. Härvidlag torde gäldenärens tillgångar – av vilket slag som helst – få värderas till marknadsvärdet: Vad hade tillgångarna vid en tänkt realisation till utomstående kunnat tänkas inbringa? Jag vill mena att det är fullt tillräckligt för tredjemansskyddet att *aktieägarnas aktier* liksom övriga tillgångar är möjliga att *avyttra* och att ett *marknadsvärde* kan *fastställas* (försäljningspris).[64] Domstolarna behöver inte i sin bedömning av aktieägarens återbetalningsförmåga ta hänsyn till om hans tillgångar – vari aktierna ingår – kan användas som *betalningsmedel till bolaget.*

9.5.7 Aktieägarens bristande betalningsförmåga och bevisbördan

Bevisbördan för att penninglån innefattar en förtäckt utbetalning åvilar enligt HD i NJA 1990 s. 343 den som påstår detta.[65] Det torde sålunda i

[62] Jfr Müllern, JT 1990–91 s. 87.

[63] Se not 56 ovan.

[64] Jfr för ett något strängare synsätt i Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 60 men mer likt i Posselius, Ett par bolagsrättsliga prejudikat s. 26f (tidigare publicerat i Balans 1990:11 s. 10ff). Sistnämnda författares ståndpunkt, som jag förstår som att aktier inte skall beaktas om bolagets tillgångar i stort sett bara består i en fordran mot aktieägaren, torde väl vara korrekt. Aktierna saknar uppenbarligen marknadsvärde; i varje fall får detta rättsligt sett fingeras i nämnda situation.

[65] Enligt "allmänna bevisgrundsatser"; se s. 349 i referatet.

regel åvila bolagets styrelse eller konkursförvaltare att visa, att aktieägarens ekonomi vid lånetillfället var sådan att någon återbetalning inte kunde påräknas.[66]

Ändamålsskälen för att som huvudregel placera bevisbördan i linje med berörda princip är, som jag berörde i avsnitt 8.12 ovan, inte övertygande. Normalt sett torde aktieägarna bäst kunna redogöra för sin ekonomiska ställning (bevismaterialet finns inom hans "maktsfär"). Kan det *misstänkas* att aktieägaren saknade betalningsförmåga vid lånetillfället är det enligt min mening rimligt att i stället placera bevisbördan på aktieägaren ("bevisbördeomkastning").[67] Aktieägaren måste visa att han vid lånetillfället hade betalningsförmåga (jfr presumtionsreglerna beträffande insolvens i 2:8–9 KonkL). Domskälen i NJA 1990 s. 343 tyder dock bara på att en sådan lösning kan accepteras i undantagsfall (jfr s. 349 i referatet).

9.5.8 Vilken tidpunkt är bestämmande för bedömningen av om ett penninglån innefattar en förtäckt utbetalning?

Den tidpunkt som är bestämmande för bedömningen av om ett penninglån på grund av aktieägarens bristande återbetalningsförmåga i själva verket innefattar en förtäckt utbetalning har i rättspraxis ansetts vara förfogandetidpunkten, dvs. den tidpunkt då lånet lämnades.[68] Om ett bolag lämnar ett flertal penninglån till en aktieägare under en längre tidsrymd, synes det nödvändigt att utsträcka bedömningen av aktieägarens betalningsförmåga till samma tidsperiod.

> I NJA 1990 s. 343 hade drygt 10,5 milj kr betalats ut i omgångar av dotterbolaget till moderbolaget från den 15 februari till den 16 mars 1982. Därtill kom att dotterbolaget hade ett återkrav mot moderbolaget från mitten av mars 1982 avseende erlagd köpeskilling för ett sedermera ogiltigt fastighetsförvärv. Bedömningen av om penninglånen (däri inbegripet återkravet) på grund av moderbolagets bristande återbetalningsförmåga utgjorde förtäckt vinstutdelning från dotterbolaget hänförde sig till tidsperioden från mitten av februari till mitten av mars 1982.

[66] Jfr NJA 1990 s. 343 på s. 348f.

[67] Se för en med viss tvekan annan åsikt Müllern, JT 1990–91 s. 86. Jfr därtill Posselius, Ett par bolagsrättsliga prejudikat s. 27.

[68] NJA 1990 s. 343 på s. 348f och jfr NJA 1951 s. 6 I och II, 1976 s. 60 och 1976 s. 618. Se samma t.ex. Grosskopf, Vinstbolag s. 47 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 113. Jfr ovan avsnitt 8.13.

9.5.9 Återbäringsskyldigheten och innebörden av det subjektiva rekvisitet insett eller bort inse

En förutsättning för att "penninglån" av här berört slag skall ge upphov till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. ABL har i rättspraxis varit att aktieägaren – typiskt sett aktieöverlåtare när lånen lämnades – skall ha insett eller bort inse att bolagets fordran mot aktieförvärvaren var värdelös på grund av att aktieförvärvaren saknade återbetalningsförmåga då lånet lämnades (jfr NJA 1951 s. 6 I och II). (Jag förutsätter att utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL saknas.) De faktiska omständigheter som konstituerat ond tro har varierat något i de mål som har varit föremål för HD:s prövning. I det följande avser jag att försöka beskriva dessa närmare. Vad gäller ondtrosrekvisitets principiella innehåll och bakgrund får jag hänvisa till kapitel 13 nedan.

Det första avgörandet av HD vari ett ondtroskrav tillämpas är NJA 1948 s. 651 (vartill hänvisas under rubriken i NJA 1951 s. 6 I och II).

> Ägaren till samtliga andelar i en fastighetsförening hade föranlett en ledamot av föreningens styrelse att utställa två skuldebrev på föreningens vägnar. Skuldebreven utställdes i syfte att andelsägaren i samband med en överlåtelse av samtliga andelar skulle kunna erhålla betalning för sin köpeskillingsfordran mot förvärvaren. I målet prövades styrelseledamotens skadeståndsskyldighet på grund av att hon utgivit skuldebreven utan vederlag för föreningen och att förfogandet därför stod i strid mot 18 § 1911 års föreningslag om vinstutdelning (till synes antingen som olovlig utbetalning av utdelning eller olovlig utbetalning till utomstående – vid den tidpunkt skuldebreven utställdes innehade antingen andelsöverlåtaren eller andelsförvärvaren samtliga andelar i föreningen).[69] Styrelseledamoten befanns ha "insett eller åtminstone bort inse, att något vederlag för skuldebreven inte kom eller kunde förväntas komma föreningen till del".[70] Domskälen tyder på att styrelseledamoten ansågs vara i ond tro på grund av dels att hon utställde skuldebreven i syfte att möjliggöra betalning för andelarna, dels "omständigheterna i övrigt".[71] Vad som avses med "omständigheterna i övrigt" är osäkert. (Styrelseledamoten hade under nästan 1 1/2 års tid varit ledamot av föreningens styrelse samtidigt som ett flertal andelsöverlåtelser ägt rum och hon var själv strax före utställandet av skuldebreven ägare till samtliga andelar i föreningen.)

Sammanfattningsvis synes styrelseledamoten i NJA 1948 s. 651 ha ansetts vara i ond tro på grund av sin kännedom om syftet med utställandet av skuldebreven och omständigheterna i övrigt.

[69] Se referatet s. 666f.
[70] Referatet s. 666.
[71] Referatet s. 666.

NJA 1951 s. 6 I rörde en med NJA 1948 s. 651 likartad situation.

Avgörandet har jag refererat i det föregående. En större del av köpeskillingen för aktierna erlades på så sätt att aktieöverlåtaren, medan han fortfarande var aktieägare, uttog tillgångar ur Suecia mot att bolaget erhöll en motfordran mot aktieförvärvaren. HD upprätthöll ett ondtrosrekvisit för att aktieöverlåtaren skulle anses återbäringsskyldig. Aktieöverlåtaren fick antagas ha insett eller åtminstone bort inse, att den fordran som Suecia erhöll mot aktieförvärvaren var värdelös.[72] *Varför* aktieöverlåtaren var i ond tro framgår inte. Att aktieöverlåtaren ansågs vara i ond tro kan dock förklaras av att köpeskillingen för aktierna knappast hade betalats på angivet vis, om det inte hade varit för aktieköparens dåliga ekonomi. *Syftet* med förfarandet var att gynna aktieöverlåtaren respektive aktieförvärvaren och inte bolaget.

Det bör framhållas att HD inte förefaller ha tillmätt ond tro betydelse för återbäringsskyldigheten avseende det andra uttaget, där *aktieförvärvaren efter aktieförvärvet och i egenskap av aktieägare* lät Suecia låna medel som överfördes på *aktieöverlåtaren i egenskap av utomstående* mot att bolaget erhöll en motfordran mot aktieförvärvaren. *Återbäringsskyldigheten* förutsatte alltså *inte* att aktieförvärvaren i egenskap av *aktieägare* skulle ha *insett eller bort inse sin egen bristande betalningsförmåga.*[73] Jfr till synes annorlunda i NJA 1990 s. 343 vad gäller ställföreträdaren för moderbolaget.

Ondtrosrekvisitet kom i NJA 1951 s. 6 II att tillämpas på samma vis som i NJA 1951 s. 6 I.

Aktieöverlåtaren hade, samtidigt med att han överlät aktierna i Elegant, av bolaget friskrivits från sin skuld till detta bolag om 35000 kr. Bolaget erhöll i gengäld en värdelös fordran om samma belopp mot aktieförvärvaren. Aktieöverlåtaren fick "antagas hava insett eller åtminstone bort inse att Elegants fordran å Alandh [aktieförvärvaren] var värdelös".[74] Inte heller i detta fall framgår det av domskälen vad som konstituerade ond tro. Det förefaller dock sannolikt att aktieöverlåtaren ansågs vara i ond tro med hänsyn till de förhållanden under vilka han befriades från sin skuld till bolaget och skuldansvaret övertogs av aktieförvärvaren.[75] Aktieöverlåtaren önskade samtidigt med aktieöverlåtelsen avveckla sitt skuldansvar till bolaget. En lösning gick ut på att efterskänka bolagets fordran. Eftersom detta skulle leda till att aktieöverlåtarens beskattningsbara inkomst skulle komma att öka med ett motsvarande belopp kom kontrahenterna i stället överens om att höja köpeskillingen från 200000 kr till 235000 kr och att samtidigt med aktieöverlåtelsen befria aktieöverlåtaren från skulden om 35000 kr (bolaget erhöll i

[72] Referatet s. 25.

[73] Referatet s. 25f (andra "raten"). Ett alternativ är förstås att det låg i "sakens natur" att aktieägaren var i ond tro om sin egen bristande betalningsförmåga.

[74] Referatet s. 37.

[75] Jfr s. 32f i referatet.

gengäld en fordran mot aktieförvärvaren). *Syftet* med förfarandet var att tillgodose aktieöverlåtarens – och inte bolagets – intressen.[76]

Sammanfattningsvis torde aktieöverlåtarna i NJA 1951 s. 6 I och II ha ansetts vara i ond tro om att bolagets fordran mot aktieförvärvarna var värdelös med hänsyn till *syftet* med dispositionerna. *Syftet* var att tillgodose aktieöverlåtarna respektive aktieförvärvaren och inte bolaget.

Att *syftet* med dispositionen är av betydelse för ondtrosbedömningen tyder likaså domskälen i NJA 1980 s. 311 på.

> Svetonbolaget fick ställa viss sin egendom som säkerhet för aktieförvärvarnas skuld till aktieöverlåtaren på grund av förvärvet av aktierna i detta bolag. Genom säkerställandet förvärvade Svetonbolaget en regressfordran mot aktieförvärvarna. Det stod klart att regressgäldenärerna ej var solventa för beloppet och att aktieöverlåtaren "måste ha haft full insikt om deras ekonomiska ställning".[77] Vad som konstituerade ond tro framgår inte av domskälen. Det kan emellertid konstateras, att pantförskrivningen gjordes i aktieöverlåtarens och aktieförvärvarnas intresse. Aktieöverlåtelsen var så konstruerad att köpeskillingen amorteringsvis skulle erläggas under 25 år (med säkerhet i bolagets egendom för aktieöverlåtaren), eftersom aktieförvärvarna saknade förmåga att betala hela köpeskillingen på en gång.

Aktieägarens reella insikt – genom en ställföreträdare – om sin egen ekonomiska ställning torde ha konstituerat ond tro i NJA 1990 s. 343. Däremot synes syftet med dispositionerna inte ha påverkat ondtrosbedömningen.

> Penninglånen från dotterbolaget till moderbolaget skulle betraktas som förtäckt vinstutdelning, eftersom moderbolagets ekonomiska ställning, när lånen lämnades, var svag. Bengt H, som var styrelseledamot i moderbolaget och som ensam hade rätt att teckna moderbolagets firma samt dessutom hade rätt att ensam teckna dotterbolagets firma, borde ha insett detta.[78] Att Bengt H var i ond tro om de ekonomiska förhållandena i moderbolaget tillräknades detta.[79] Moderbolaget var således i ond tro om att penninglånen utgjorde förtäckt vinstutdelning från dotterbolaget till moderbolaget.

[76] Det är tänkbart att aktieöverlåtaren verkligen kände till att aktieförvärvaren saknade egna tillgångar till aktieförvärvet. Aktieförvärvaren disponerade vid tidpunkten för aktieköpet över 200000 kr, vilket han lånat från en tredje person. Det är antagligt att aktieöverlåtaren kände till detta. Jfr om sammanträdet den 10 januari 1948 på s. 32f i referatet.

[77] Referatet s. 316. Som tidigare framhållits framstår ondtroskravet oriktigt som hänförligt till utbetalningsbegreppet och inte återbäringsskyldigheten. Jfr ovan avsnitt 8.6 och därtill nedan avsnitt 9.6.2.1.

[78] Referatet s. 350. Ondtroskravet framstår som kopplat till utbetalningsbegreppet och inte återbäringsskyldigheten. Se hänvisningar i föregående not.

[79] Jfr dock avsnitt 8.6 not 81.

En förklaring till varför syftet med penninglånen, vilket nästan i sin helhet synes ha varit att finansiera moderbolagets förvärv av aktierna i dotterbolaget, inte förefaller ha påverkat ondtrosbedömningen är att moderbolaget – genom sin ställföreträdare – ansågs vara i *ond tro* om *sin egen bristande återbetalningsförmåga.* Det var följaktligen inte aktieöverlåtaren, vilket var fallet i NJA 1951 s. 6 I och II (tillika aktieägare; se avsnitt 9.5.4) och 1980 s. 311, som var i ond tro om aktieförvärvarens bristande återbetalningsförmåga.

9.6 Typfall V: Pant och ställande av annan säkerhet

9.6.1 Inledning

I litteraturen har det sedan flera år diskuterats om och i så fall när ett aktiebolags ställande av pant och annan säkerhet skall betraktas som en förtäckt utbetalning. Förevarande avsnitt har till syfte att försöka besvara denna fråga. Jag har valt att i undersökningen genomgående använda mig av termen pant eller motsvarande. Med pant förstår jag ställande av pant i egentlig mening liksom ställande av annan säkerhet med undantag för aktiebolags borgensförbindelser, som behandlas i avsnitt 9.7 nedan.

> Som exempel på pant i egentlig mening må nämnas panträtt i fast och lös egendom. Som exempel på ställande av annan säkerhet må nämnas upplåtelse av företagshypotek.[80]
>
> Det är osäkert om andra typer av säkerheter såsom retentionsrätt och registrering av båtbyggnadsförskott enligt (lag 1975:605) om registrering av båtbyggnadsförskott kan anses som förtäckta utbetalningar vid tillämpningen av ABL. Enligt min mening borde så vara fallet.

Jag inleder analysen i avsnitt 9.7.2.1 med NJA 1980 s. 311. Rättsfallet ger enligt min mening uttryck för en *minimumprincip*, vilken innebär att aktiebolags ställande av pant för aktieägares skulder under vissa förutsättningar skall betraktas som en förtäckt utbetalning. Jag övergår i avsnitt 9.7.2.2 till att undersöka om ställande av pant för aktieägares skulder i *andra fall* än enligt berörda minimumprincip kan anses innefatta en förtäckt utbetalning. Undersökningen avslutas med två andra typfall: dels bolags ställande säkerhet då bolaget än gäldenär och aktieägaren är borgenär, dels tredjemanspant då gäldenären är utomstående och aktieägaren är borgenär.

[80] Jfr beträffande båda fallen NJA 1980 s. 311.

9.6.2 Tredjemanspant till förmån för aktieägare som gäldenär

9.6.2.1 Rättspraxis – NJA 1980 s. 311 och minimumprincipen

En med NJA 1951 s. 6 I etablerad princip är att ett penninglån till en aktieägare skall anses innefatta en förtäckt utbetalning om aktieägaren saknade betalningsförmåga när lånet lämnades. Av NJA 1980 s. 311 följer enligt min uppfattning att denna princip också är tillämplig vid aktiebolags ställande av pant för aktieägares skulder (se nedan). *Exakt* hur principen skall tillämpas är dock något osäkert.[81]

> Sveton, som var ägare till samtliga aktier i Svetons Mekaniska Verkstads Aktiebolag, överlät sitt aktieinnehav 1964 till Svensson och Wargklev för en köpeskilling om 1200000 kr, av vilken en mindre del skulle erläggas genast och återstoden genom årliga amorteringar under 25 år. I samband med förvärvet överlämnade bolaget till Sveton, som säkerhet för hans fordran mot aktieförvärvarna avseende obetald del av köpeskillingen, inteckningar i bolagets fasta egendom respektive förlagsinteckningar i bolagets rörelse.
>
> HD:s anger inledningsvis i domskälen att förbudet i 73 § 1944 års lag mot utdelning av bolags medel utöver vad som där anges har ansetts tillämpligt även vid försträckning, "penninglån", från bolaget till förmån för aktieägare. Det har då varit fråga om lån för att sätta aktieägare i stånd att förvärva bolagets aktier. Se NJA 1951 s. 6 I och II och jfr NJA 1966 s. 475 och 1976 s. 618. Enligt HD har en förutsättning för att betrakta penninglån som (olovlig)[82] *vinstutdelning varit, att den fordran mot aktieägaren som bolaget förvärvat på återbetalning av det lånade beloppet framstått som osäker på grund av låntagarens insolvens* och att *borgenären insett eller bort inse att så var fallet.*[83] Med aktieägaren måste – såvitt jag kan förstå – avses *aktieförvärvaren.* Borgenären är *aktieöverlåtaren.*[84]
>
> I målet var det inte fråga om en utbetalning av bolagets medel som likvid för aktieöverlåtarens fordran, utan i stället att Svetonbolaget fått ställa viss sin egendom som säkerhet för aktieförvärvarnas skuld till aktieöverlåtaren

[81] Se om målet bl.a. Grosskopf, Vinstbolag s. 56; Hamberg, Balans 1981:3 s. 26f; Lindskog, SvJT 1992 s. 104ff och JT 1992–93 s. 82; Posselius, Balans 1991:12 s. 36ff och Rodhe, Balans 1981:1 s. 4f (se ock Studier s. 380ff) och i Balans 1981:4 s. 26 (se ock Studier s. 384) samt Walin, Borgen s. 104ff och s. 321f.

[82] Spörsmålet om ett penninglån till en aktieägare utgör *olovlig* förtäckt utbetalning skall bedömas efter huruvida, och förutsatt penninglånet i och för sig skall betraktas som en *förtäckt utbetalning*, bolaget inte i erforderlig utsträckning disponerar över utdelningsbart fritt eget kapital.

[83] Referatet s. 316.

[84] Jfr hänvisningen på s. 316 i referatet till att fråga inte var om utbetalning av bolagets medel såsom likvid för *aktieöverlåtarens* fordran och tillämpningen beträffande ondtroskravet (aktieöverlåtaren Sveton). Samma bedömning gör Lindskog, SvJT 1992 s. 105 (kritisk).

på grund av aktieköpet. Svetonbolaget befanns genom säkerställandet ha förvärvat en regressfordran mot aktieförvärvarna. *Regressgäldenärerna* var *inte solventa* för beloppet och *aktieöverlåtaren "måste ha haft full insikt om deras ekonomiska ställning"* (min kursivering).[85]

"Det säkerställande varom här är fråga är *tydligen* från pantsättarens, dvs. Svetonbolagets, synpunkt sett ej affärsmässigt betingat utan får betraktas som vederlagsfritt. Det synes under föreliggande omständigheter klart, att pantsättningen måste bli underkastad samma begränsningar som förut berörts i fråga om utbetalningar. Möjligheten att göra en giltig pantsättning begränsas av att pantsättningen måste hålla sig inom ramen för vad som utgör bolagets utdelningsbara vinstmedel." (Min kursivering.)[86]

NJA 1980 s. 311 får förstås som att HD velat upprätthålla de principer som fastlagits i äldre rättspraxis, särskilt NJA 1951 s. 6 I och II. HD synes uppfatta 1951 års avgöranden på det sättet att en (olovlig)[87] förtäckt utbetalning skall anses föreligga, om den fordran mot aktieägaren som bolaget förvärvat på återbetalning av det lånade beloppet framstått som osäker på grund av låntagarens insolvens och borgenären insett eller bort inse att så var fallet. I 1980 års mål tycks sålunda pantsättningen ha ansetts innefatta en förtäckt utbetalning på grund av att regressgäldenärerna inte var solventa för den regressfordran som bolaget förvärvat genom att ställa säkerhet för aktieförvärvarnas skuld till aktieöverlåtaren och att borgenären var i ond tro beträffande regressgäldenärernas ekonomiska ställning.

Det typfall som HD i 1980 års avgörande använder sig av för att illustrera principerna är dock svårt att förena med de faktiska omständigheterna i både NJA 1951 s. 6 I och II. Blott i en av tre situationer – närmare bestämt i NJA 1951 s. 6 I på s. 25f i referatet avseende Santessons återbäringsskyldighet för av bolaget lånade medel som användes för att betala en kvarstående del av hans skuld till aktieöverlåtaren – var det fråga om penninglån som aktieförvärvaren erhöll sedan han blivit aktieägare. Och i det fallet förutsattes inte – för att penninglånet skulle betraktas som en förtäckt utbetalning – att *borgenären* (aktieöverlåtaren) *insett eller bort inse aktieägarens bristande betalningsförmåga*, dvs. att bolagets fordran var värdelös. Penninglånet ansågs innefatta en förtäckt utbetalning redan på grund av att bolagets fordran mot aktieägaren var värdelös i och med hans bristande betalningsförmåga.[88] Aktieförvärvaren var i sin egenskap av aktieägare återbäringsskyldig till synes oavsett ond tro. Det ondtroskrav som antyds i domskälen för *aktieöverlåtaren* (borgenären) i egenskap av *utomstående* saknade betydelse för frågan om penninglånet utgjorde en förtäckt utbetalning. Likaså saknade det betydelse för frågan om penninglånet var att betrakta som en lagstridig

[85] Referatet s. 316.
[86] Referatet s. 316.
[87] Se not 82 ovan.
[88] Se s. 25f i referatet.

förtäckt utbetalning. Ondtroskravet berörde frågan om aktieöverlåtaren kunde åläggas *bristtäckningsansvar* (se s. 26 i referatet).

Jag vill mena att det typfall, som HD i 1980 års mål använder sig av för att illustrera principerna, avviker från det typfall som är gemensamt för NJA 1951 s. 6 I och II. Det *typiska* och *gemensamma* för de båda sistnämnda avgörandena är att aktieöverlåtaren samtidigt med att han var aktieägare[89] förfogade över bolagets förmögenhet (uttag av tillgångar i mål I och friskrivning av skuld i mål II) i utbyte mot att bolaget erhöll en fordran mot aktieförvärvaren, som vid samma tidpunkt fick betraktas som utomstående. I 1980 års avgörande beskrivs dock aktieförvärvaren som aktieägare. Eftersom bolagets fordran mot aktieförvärvaren i NJA 1951 s. 6 I och II var värdelös innefattade aktieöverlåtarens (aktieägarens) förfogande över bolagsförmögenheten en förtäckt utbetalning, vilken var lagstridig då det saknades fritt eget kapital i erforderlig omfattning.[90] I följande led prövade HD aktieöverlåtarens återbäringsskyldighet i anledning av den olovliga utbetalningen. För att aktieöverlåtaren skulle kunna åläggas återbäringsskyldighet enligt 54 § 1910 års lag (mål I på s. 25 i referatet) respektive 73 § 2 mom. 1944 års lag (mål II på s. 37 i referatet) förutsattes att han – i egenskap av aktieägare – var i ond tro om att bolagets fordran mot aktieförvärvaren saknade värde (aktieförvärvaren saknade återbetalningsförmåga): Aktieägaren var i ond tro om att förfogandet innefattade en förtäckt utbetalning. HD tycks emellertid i NJA 1980 s. 311 anse ondtroskravet hänförligt till frågan huruvida ett penninglån skall anses innefatta en *förtäckt utbetalning*. Dessutom synes HD förutsätta att *aktieöverlåtaren i egenskap av utomstående* måste vara i *ond tro* om att bolagets fordran mot *aktieförvärvaren* i egenskap av *aktieägare* är värdelös på grund av att denne saknar betalningsförmåga.

Betydelsen av det anförda framgår av den faktiska prövningen av pantförskrivningen i 1980 års mål. Bolaget hade fått ställa säkerhet för aktieförvärvarnas skuld till aktieöverlåtaren. Genom säkerställandet hade bolaget förvärvat en regressfordran mot aktieförvärvarna. Regressgäldenärerna var emellertid inte solventa för beloppet och aktieöverlåtaren måste ha haft full insikt om deras ekonomiska ställning. Mot denna bakgrund var säkerställandet – liksom förfogandena i NJA 1951 s. 6 I och II (se ovan) – tydligen från bolagets synpunkt sett inte affärsmässigt betingat utan fick betraktas som vederlagsfritt.[91]

En tänkbar tolkning av NJA 1980 s. 311 är att aktiebolags ställande av säkerhet för aktieägares skuld skall behandlas som en förtäckt utbetalning, om (1) aktieägaren saknar betalningsförmåga för den regressfordran som bolaget förvärvar på grund av säkerställandet och (2) att borgenären insett eller bort inse detta.

[89] Se särskilt s. 25 i referatet beträffande Carlsunds återbäringsansvar.
[90] Referatet s. 25 och s. 37.
[91] Jfr dock nedan avsnitt 9.6.2.2.

Såväl rekvisit (1) som (2) innefattar några rättstillämpningsproblem. Vad beträffar det första rekvisitet synes HD ha fäst vikt vid att det var fråga om aktieöverlåtelse och att pantsättningen gjordes för aktieförvärvarnas skuld till aktieöverlåtaren avseende obetald del av köpeskillingen.[92] Man kan därför inte utgå från att denna princip skall tillämpas så snart ett bolag ställer säkerhet för en aktieägares skulder. Jag vill trots detta mena att tredjemansskyddet kräver att principen upprätthålls generellt. När ett aktiebolag ställer säkerhet för en aktieägares skulder, och aktieägaren saknar betalningsförmåga för den regressfordran som bolaget förvärvar på grund av säkerställandet, måste dispositionen betraktas som en förtäckt utbetalning oavsett om det finns en bakomliggande aktieöverlåtelse eller ej.[93]

> Det är mer tveksamt om principen är tillämplig när gäldenären är utomstående, dvs. det skulle vara fråga om en slags vederlagsfri "utbetalning" till utomstående. NJA 1980 s. 311 täcker i varje fall bara den situationen att gäldenären är aktieägare. Jfr avsnitt 9.6.4 nedan.

Det är mot bakgrund av NJA 1951 s. 6 I tämligen uppenbart varför säkerställandet i NJA 1980 s. 311 kom att betraktas som vederlagsfritt från bolagets synpunkt sett. Den fordran mot aktieförvärvaren Santesson, som Sueciabolaget förvärvat på återbetalning av det lånade beloppet i NJA 1951 s. 6 I, saknade värde på grund av hans bristande återbetalningsförmåga och penninglånet fick därför betraktas som en förtäckt utbetalning. I NJA 1980 s. 311 befanns den regressfordran mot aktieförvärvarna Svensson och Wargklew, vilken Svetonbolaget förvärvat genom säkerställandet, sakna värde på grund av att de inte var solventa för beloppet.

> Man kan dock undra varför aktieförvärvarna inte var solventa för bolagets regressfordran vid tidpunkten för aktieförvärvet och pantsättningen (1964). Se not 127 nedan.

För att en pantförskrivning skall betraktas som vederlagsfri synes emellertid HD inte bara kräva att aktieägaren vid tidpunkten för säkerställandet saknade betalningsförmåga för bolagets regressfordran utan därtill att borgenären (aktieöverlåtaren) var i ond tro om detta förhållande. Jag övergår därmed till ondtroskravet.

[92] Jfr domskälen på s. 316 i referatet.

[93] Detsamma torde vara fallet om regressrätten avtalats bort men inte om gäldenären har betalningsförmåga för bolagets regressfordran. Jfr om sistnämnda fall för en liknande uppfattning Hamberg i Balans 1981:3 s. 26f och Posselius i Balans 1991:12 s. 36ff särskilt s. 38f. Se ock i frågan Rodhe, Balans 1981:4 s. 26 (Studier s. 384) men jfr i Aktiebolagsrätt s. 127ff.

(2) Det ondtroskrav som HD i 1980 års mål använder sig av, och som till synes var en förutsättning för att säkerställandet skulle anses innefatta en förtäckt utbetalning, saknar i och för sig motsvarighet i NJA 1951 s. 6 I och II. I NJA 1951 s. 6 I och II upprätthåller HD ett ondtroskrav med avseende på om *aktieöverlåtaren* i egenskap av *aktieägare* kunde åläggas *återbäringsskyldighet* enligt 54 § 1910 års lag respektive 73 § 2 mom. 1944 års lag. Med hänsyn till att NJA 1980 s. 311 får antas bygga på NJA 1951 s. 6 I och II är ondtroskravet därför svårt att förstå. *Varför* måste borgenären vara i ond tro om att bolagets regressfordran mot aktieägaren är värdelös för att säkerställandet skall betraktas som en förtäckt utbetalning?

En *tänkbar* förklaring till ondtroskravet är att detta är ett ondtroskrav på bolagets sida och inte borgenärens sida.[94] Det hänvisas inledningsvis i domskälen till att "borgenären" skall ha insett eller bort inse, att den fordran som bolaget förvärvat på återbetalning av det lånade beloppet framstått som osäker på grund av låntagarens insolvens.[95] Med ordet "borgenären" är det plausibelt att HD syftar på bolaget[96] och inte, som jag i det föregående har antagit, aktieöverlåtaren. Enligt min uppfattning kan detta dock inte vara en riktig tolkning av domskälen. Av domskälen framgår det med all önskvärd tydlighet, att ordet "borgenären" syftar på aktieöverlåtaren. (Jfr på s. 316 i referatet: "I förevarande fall är det inte fråga om utbetalning av bolags egendom såsom likvid för aktieöverlåtarens fordran.") Därtill bör nämnas att HD faktiskt kom att tillmäta aktieöverlåtarens (Sveton) onda tro betydelse i målet.

En annan tänkbar förklaring är att HD – när fråga är om tredjemanspant – i stället för ett rekvisit velat upprätthålla två sådana. Med hänsyn till att NJA 1980 s. 311 så tydligt bygger på NJA 1951 s. 6 I och II är detta emellertid en osannolik förklaring.

Sammantaget finns det enligt min uppfattning inte någon tillfredsställande förklaring till varför HD velat uppställa ett ondtrosrekvisit. Jag vill mena att något sådant rekvisit inte heller bör förekomma inom ramen för utbetalningsbegreppet. För att en pantsättning till förmån för en aktieägares skuld skall betraktas som en förtäckt utbetalning bör det vara tillräckligt att aktieägaren saknar betalningsförmåga för den regressfordran som bolaget förvärvar på grund av säkerställandet (minimumprincipen).

Hur skall man då förstå ondtrosrekvisitet i NJA 1980 s. 311? För egen del anser jag att det – liksom i NJA 1951 s. 6 I och II – är hänförligt till

[94] Jfr Lindskog, SvJT 1992 s. 105.

[95] Referatet s. 316.

[96] Med andra ord bolaget som borgenär för regressfordringen gentemot gäldenären på grund av pantsättningen.

återbäringsskyldigheten. HD utgår i NJA 1951 s. 6 I och II från att penninglån som olovlig vinstutdelning bara leder till *ovillkorlig återbäringsskyldighet* (ogiltighet) när *aktieägaren är i ond tro*.[97]

Ett *problem* med ett sådant synsätt är dock, som framgått, att det stämmer dåligt överens med det typfall, vilket beskrivs och tillämpas i NJA 1980 s. 311. En förutsättning för att penninglån skall anses utgöra (olovlig) vinstutdelning sägs i 1980 års mål vara att den fordran mot *aktieägaren* – aktieförvärvaren – som bolaget förvärvat på återbetalning av det lånade beloppet framstått som osäker på grund av låntagarens (aktieförvärvarens) insolvens och att *borgenären*, dvs. aktieöverlåtaren i egenskap av utomstående, insett eller bort inse att så var fallet. I enlighet med detta typfall befanns säkerställandet i målet vara vederlagsfritt: Aktieförvärvarna var i egenskap av aktieägare inte solventa för bolagets regressfordran och aktieöverlåtaren måste i egenskap av borgenär och utomstående ha haft full insikt om deras ekonomiska ställning.

Resultatet av rättstillämpningen i NJA 1980 s. 311 är emellertid tillfredsställande. Förutsatt att en pantförskrivning skall betraktas som en förtäckt utbetalning enligt rekvisit (1), dvs. att aktieägaren inte vid tidpunkten för pantsättningen är solvent för den regressfordran som bolaget förvärvar genom säkerställandet, och att det pantsättande bolaget vid tidpunkten för pantförskrivningen i erforderlig omfattning saknar utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL, är det rimligt att *ogiltigheten* (vilken återbäringsskyldigheten är ett uttryck för[98]) *enbart* kan göras *gällande mot panthavaren (borgenären),* om han *vid nämnda tidpunkt insett eller bort inse* att *gäldenären inte var solvent för bolagets regressfordran*.[99]

9.6.2.2 *Tredjemanspant till förmån för aktieägare som gäldenär – vederlagsfri (förtäckt utbetalning) i andra fall än enligt minimumprincipen?*

Av NJA 1980 s. 311 följer att en pantförskrivning *i allt fall* skall betraktas som en förtäckt utbetalning, om aktieägaren i egenskap av gäldenär vid tidpunkten för pantförskrivningen saknar betalningsförmåga för den regressfordran som bolaget förvärvar på grund av säkerställandet. En i litteraturen företrädd uppfattning innebär att en *i och för sig vederlagsfri pantsättning endast* enligt denna *minimumprincip* kan betraktas som

[97] Det är inte heller så att HD använde sig av motsvarigheten till 8:14 ABL i 1944 års lag. Se härom särskilt nedan avsnitt 13.4.3.

[98] Se härom avsnitt 12.5.2 nedan.

[99] Jfr ock Posselius i Balans 1991:12 s. 36ff särskilt s. 39f.

"förtäckt vinstutdelning".[100] Så länge som låntagaren vid lånetillfället var solvent för lånet, har någon förtäckt vinstutdelning inte ägt rum.[101] I doktrinen brukar det vanligen dock hävdas att en pantsättning skall betraktas som vederlagsfri – alltså detsamma som en förtäckt utbetalning – om den inte är affärsmässigt betingad.[102] En princip av det senare slaget sträcker sig betydligt längre än den förstnämnda principen. Sistnämnda princip innebär att man vid bedömningen av om pantsättningen är affärsmässigt betingad[103] skall fråga sig om pantsättningen har till *syfte* att tillföra det pantsättande bolaget affärsmässiga fördelar och huruvida det finns rimligt fog för antagandet att den kan ha en sådan *effekt*.[104] Det är däremot irrelevant om pantsättningen i det konkreta fallet är affärsmässigt klok eller inte.[105]

Doktrinen på området är inte i alla delar lättillgänglig. En term som förekommer är *vederlagsfri pant*, varmed torde avses en *icke affärsmässigt betingad pant* (jfr NJA 1980 s. 311).[106] Stundom upprätthålls en distinktion mellan dylika pantförskrivningar och sådana som innefattar en förtäckt utbetalning.[107] Andra synes mena att en vederlagsfri pant är detsamma som en förtäckt utbetalning.[108]

För egen del är jag tveksam till om man bör upprätthålla en dylik distinktion (till synes i likhet med Rodhe; se föregående not). Syftet med denna

[100] Posselius, Balans 1991:12 s. 36ff särskilt s. 38ff. Jfr Lindskog, JT 1992–93 s. 82.

[101] Posselius, Balans 1991:12 s. 40.

[102] Rodhe, Balans 1981:1 s. 5 (Studier s. 382), Balans 1981:4 s. 26 (Studier s. 384); TSA 1982 s. 55 och jfr Aktiebolagsrätt s. 125ff. Se därtill Kedner–Roos II 19 § BFL p. 58 (s. 131f). Jfr något annorlunda i SOU 1971:15 s. 310; prop. 1975:103 s. 475f och särskilt Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22 (uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller bereder tredje man otillbörlig fördel till bolagets nackdel och omfattar mer än utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL) samt därtill Walin, Borgen s. 104 (främmande respektive otillbörliga transaktioner överhuvud inte kan göras gällande mot bolagets borgenärer). Jfr därtill Nial, SvJT 1983 s. 622f och Posselius, Balans 1991:12 s. 38. Vad gäller Lindskog – se nedan.

[103] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125f.

[104] Rodhe, Balans 1981:4 s. 26 (Studier s. 384) och jfr Aktiebolagsrätt s. 127f.

[105] Rodhe, Balans 1981:4 s. 26 (Studier s. 384) och jfr Aktiebolagsrätt s. 125f.

[106] Se Posselius i Balans 1991:12 s. 36. Jfr Lindskog, JT 1992:12 s. 99 not 57. Lindskog synes mena att det avgörande är om det föreligger en *rimlig affärsmsäsig balans mellan fördelar och nackdelar* för det bolag som ställer säkerheten; åtminstone när dotterbolag ställer pant (eller borgen) för moderbolags skuld. Enligt Lindskog utesluter inte den omständigheten att dotterbolaget kan ha *viss* fördel av att t.ex. moderbolaget erhåller ett banklån, att säkerställandet skall anses som vederlagsfritt. Se härtill JFK 12:2-4.5 (s. 42f). Notera att kapitalanvändningsvärdet – med Lindskogs utgångspunkt – möjligen kan vara ett annat. Se Lindskog, JT 1992–93 s. 82f och JFK 12:2-5.3.4 (s. 54).

[107] Se Posselius, Balans 1991:12 s. 36ff. Jfr Lindskog, SvJT 1992 s. 106, JT 1992–93 s. 82f och s. 99 not 57, JFK 12:2-4.5 (s. 42) och 12:2-5.3.4 (s. 54).

[108] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 127ff.

distinktion synes blott vara särskilja sådana vederlagsfria pantförskrivningar som omfattas av 12:2 ABL, dvs. pantförskrivningar som innefattar en förtäckt utbetalning, från andra sådana. Jag vill mena att med termer såsom "vederlagsfri pant" eller motsvarande – jfr NJA 1980 s. 311[109] – bör avses samma sak som en förtäckt utbetalning. Att en vederlagsfri pant är detsamma som en förtäckt utbetalning (eller kapitalanvändning om man så vill) behöver dock inte innebära att det är fråga om en vederlagsfri pant – alltså förtäckt utbetalning – vid tillämpningen av 12:2 ABL. Problemställningen påminner i förevarande avseende om den som aktualiseras vid utbetalningar av sakvärden. Man måste sålunda i principiellt hänseende skilja mellan vad som måste betraktas som en vederlagsfri pant (förtäckt utbetalning) vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse (t.ex. nyss nämnda 12:2) och vad som måste anses som en vederlagsfri pant (förtäckt utbetalning) vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse (t.ex. 3:1 1 st. eller 8:13 1 st. och 9:16). Denna principiella utgångspunkt har emellertid i praktiskt hänseende inte särskilt stor betydelse. Enligt min uppfattning får man i praktiskt hänseende utgå från att vad som utgör en vederlagsfri pant – en förtäckt utbetalning – i regel får antas vara detsamma vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse som vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i aktieägarnas intresse.

Domskälen i NJA 1980 s. 311 kan uppfattas som ett stöd för att man skall bedöma aktiebolags ställande av säkerhet jämlikt en mer övergripande princip, vars innebörd är att en pantsättning skall betraktas som vederlagsfri – en förtäckt utbetalning – om den inte är affärsmässigt betingad. HD framhöll ju i målet att säkerställandet tydligen från pantsättarens, dvs. Svetonbolagets, synpunkt sett inte var affärsmässigt betingat utan fick betraktas som vederlagsfritt.

För egen del anser jag emellertid inte att berörda uttalande i och för sig kan tolkas som ett stöd för något annat och mer än att det i målet aktuella säkerställandet i enlighet med minimumprincipen inte kunde anses som affärsmässigt betingat utan fick betraktas som vederlagsfritt. Det rörde sig helt enkelt bara om ett *konstaterande*: Aktieförvärvarna var i egenskap av aktieägare inte solventa för den regressfordran som bolaget förvärvat på grund av säkerställandet och säkerställandet var därför inte affärsmässigt betingat utan fick betraktas som vederlagsfritt.

En motsatt tolkning, där man fäster avgörande vikt vid orden "affärsmässigt betingat" och "vederlagsfritt", innebär reellt sett att man bortser från att HD velat tillämpa de i NJA 1951 s. 6 I och II fastslagna principerna och att HD jämlikt dessa faktiskt prövar säkerställandet i målet.

[109] Se referatet s. 316: "Det säkerställande /.../ ej affärsmässigt betingat utan får betraktas som vederlagsfritt."

Jag vill mena att det de lege lata får betraktas som osäkert om, och i så fall under vilka förutsättningar, ett säkerställande *utöver* den i NJA 1980 s. 311 fastslagna *minimumprincipen* kan anses som vederlagsfritt – en förtäckt utbetalning – vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2. Härvidlag är en tänkbar lösning att en pantsättning skall ses som en förtäckt utbetalning, om den inte är affärsmässigt betingad. Detta är dock en lösning som kan ifrågasättas. För att ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta en förtäckt utbetalning krävs det enligt min uppfattning att värdet av bolagets prestation överstiger värdet av aktieägarens motprestation. Vad är det som gör att en (icke affärsmässigt betingad) pantsättning skall betraktas som en förtäckt utbetalning, när bolagets regressfordran mot gäldenären har ett värde vid tidpunkten för pantsättningen (gäldenären är solvent för bolagets regressfordran)?

Ett argument som talar för att värdet av bolagets regressfordran mot gäldenären bör sakna betydelse för bedömningen, är att *syftet* med säkerställandet är att panten skall kunna tas i anspråk om gäldenärens betalningsförmåga sviktar. Följaktligen bör säkerställandet bedömas mot bakgrund av att panten eventuellt kommer att tas i anspråk i framtiden, om och när gäldenären inte längre har någon betalningsförmåga. Lindskog menar således att vid vederlagsfritt säkerställande skall en kapitalanvändning – förtäckt utbetalning – anses ha skett som motsvarar hela det värdefrånhändande som därav *kan* följa för bolaget.[110]

Det torde vara riktigt att värdet av bolagets regressfordran gentemot gäldenären vid tidpunkten för pantsättningen inte kan vara avgörande för frågan huruvida en pantsättning skall anses innefatta en förtäckt utbetalning. Pant är en s.k. eventualförpliktelse. När förpliktelsen eventuellt tas i anspråk på grund av att gäldenärens betalningsförmåga sviktar kommer bolagets regressfordran att sakna värde på samma sätt som är fallet beträffande en icke säkerställd fordran. Och därför synes det rimligt att man skall bedöma en pantförskrivnings vederlagsfria karaktär med hänsyn till denna eventualitet. Värdet av bolagets prestation kan sägas överstiga värdet av aktieägarens prestation i den meningen att när panten tas i anspråk kommer bolagets regressfordran – mer eller mindre – att sakna värde.

För egen del vill jag mena att frågan huruvida en pantförskrivning är vederlagsfri – dvs. innefattar en förtäckt utbetalning vid tillämpningen av t.ex. 12:2 ABL – måste besvaras med hänsyn till vilket eller vilka syften pantsättningen fyller. En förtäckt utbetalning får anses föreligga om pant-

[110] Se till det anförda Lindskog, SvJT 1992 s. 106, JT 1992–93 s. 82f och JFK 12:2-5.3.4 (s. 54) samt jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 130 men i viss mån också Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22f.

sättningen helt eller delvis inte fyller ett *kommersiellt syfte* (se avsnitt 8.8 ovan).[111] Huruvida pantsättningen fyller ett kommersiellt syfte eller ej måste avgöras på grundval av en *objektiv helhetsbedömning*.[112] (Jfr ovan för en lösning som ligger mycket nära den här förespråkade.)

> Några exempel bör nämnas.[113] Ett bolag kan t.ex. ställa pant till bank eller annat kreditinstitut mot att en aktieägare får låna pengar av detta i syfte att möjliggöra aktieförvärv, fastighetsförvärv eller konsumtion (jfr 12:7 ABL). Pantsättningen måste betraktas som en förtäckt utbetalning, eftersom den varken direkt eller indirekt gagnar bolagets rörelse. Panten skall enbart säkra ett penninglån, vars syfte är att tillgodose aktieägaren ekonomiskt i hans egenskap av aktieägare. Däremot torde läget vara ett annat om t.ex. gäldenären – och aktieägaren – är en leverantör till det pantförskrivande bolaget och leverantören avser att använda de lånade pengarna för att investera i sin rörelse samt att detta kan antas gagna det pantsättande bolaget.[114] Ett mer tveksamt fall är om en aktieägare i både det pantsättande bolaget och det nyss nämnda leverantörsföretaget erhåller ett penninglån för privata ändamål samtidigt som förstnämnda bolag pantsätter egendom till säkerhet för lånet. Att penninglånet har ett privat syfte är ett skäl som starkt talar för att panten måste betraktas som vederlagsfri. Jag vill emellertid mena att pantförskrivningen måste antas ha ett kommersiellt syfte från det pantsättande bolagets synpunkt sett,[115] om det kan antas att pantsättningen gynnar det pantförskrivande bolagets rörelse (t.ex. om aktieägaren har ett väsentlig inflytande i leverantörsföretaget och pantsättningen indirekt kan tänkas vara ägnad att främja en långvarig affärsförbindelse mellan bolagen).

9.6.2.3 Tredjemanspant och koncernförhållanden

Problematiken kring tredjemanspant till förmån för aktieägare som gäldenär gestaltar sig till synes något annorlunda inom koncerner.[116] Ett typ-

[111] Jfr särskilt Rodhe i Balans 1981:4 s. 26 (Studier s. 384) men också Aktiebolagsrätt s. 125f samt därtill Lindskog vad gäller själva bedömningen av om kapitalanvändning föreligger (men inte nödvändigtvis beträffande kapitalanvändningsvärdet) i JT 1992–93 s. 99 not 57 och i viss mån JFK 12:2-4.5 (s. 42). Notera i sammanhanget uttalandet i prop. 1973:93 s. 138: "/.../ borgensförbindelsen /.../ framstår som företagsekonomiskt riktig eller försvarlig."

[112] Jfr därtill Lindskog beträffande frågan om kapitalanvändning föreligger (men inte nödvändigtvis i fråga om kapitalanvändningsvärdet) i JFK 12:2-4.5 (s. 42).

[113] Nial berör den situationen, att ett enmansbolag, som har avsevärda disponibla medel, ställer pant för en utomstående, i vars affärer aktieägaren personligen men inte bolaget har ett intresse. Se Nial, SvJT 1983 s. 622. Se för ytterligare exempel rörande koncerner t.ex. Rodhe, TSA 1982 s. 55f och i Aktiebolagsrätt s. 128.

[114] Jfr Lindskog, JFK 12:2-4.5 (s. 42f).

[115] Jfr bolagets "synpunkt sett" i NJA 1980 s. 311 på s. 316.

[116] Se härom bl.a. Müllern i TSA 1981 s. 34ff och Rodhe i TSA 1982 s. 55f samt i Aktiebolagsrätt s. 128. Se ock Lindskog JT 1992–93 s. 99 not 57 och JFK 12:2-4.5 (s. 43).

fall är att ett dotterbolag ställer säkerhet för kredit som lämnas till moderbolaget.[117] Stundom framförs det argumentet i litteraturen, att sådana pantförskrivningar måste godtas i större omfattning än vad som eljest är fallet om säkerställandet ligger i koncernens intresse. Det s.k. *koncernintresset* skall betraktas som ett kommersiellt – affärsmässigt – syfte av eget slag.[118]

> Ett exempel från underrättspraxis vari "koncernintresset" har prövats är slutligt beslut av Södertälje tingsrätt 1979-12-19 ST 523 (mål T 492/79).[119] Tingsrätten prövade en i målet aktuell pantförskrivning jämlikt den i förarbetena till ABL (och jfr Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22) framförda principen, att transaktioner som strider mot föremålet för bolagets verksamhet eller verksamhetens syfte och samtidigt inkräktar på bolagets bundna egna kapital är ogiltiga. I målet befanns att koncernsamarbetet uppenbarligen ej var av sådan beskaffenhet att pantsättning var förenlig med föremålet för bolagets verksamhet.[120]

Huruvida "koncernintresset" kan tillmätas självständig betydelse enligt gällande rätt får betraktas som osäkert. Koncernintresset måste dock vägas mot det åsyftade tredjemansskyddet och detta grundar sig *inte primärt* på de ekonomiska förhållandena i koncernen utan på de ekonomiska förhållandena i det individuella bolaget. Generellt sett gäller t.ex. att moderbolag inte ansvarar för dotterbolags skulder. Därtill må nämnas att lovligheten av en tänkt vinstutdelning från moderbolag enligt 12:2 ABL skall bedömas med hänsyn till de ekonomiska förhållandena i det individuella moderbolaget *och* i koncernen. Sammantaget måste enligt min mening tredjemansskyddet i varje enskilt bolag ingående i en koncern, vilket garanteras av förmögenhetsmassan i respektive bolag, väga tyngre än koncernintresset så länge koncernen inte enligt ABL behandlas som en ekonomisk enhet gentemot tredje man i vad avser koncernens skulder.

Vad beträffar aktieägarskyddet gäller på ett likartat vis att rättsreglerna inte utgår från förhållandena i koncernen utan från förhållandena i det individuella bolaget, och därför måste aktieägarskyddet väga tyngre än koncernintresset.

[117] Se härom bl.a. Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 128.

[118] Vad som avses med uttrycket är dock inte alldeles klart. Se Folkesson–Tropp Ellerås, Balans 1986:2 s. 39f.

[119] Se om målet Müllern i TSA 1981 s. 35ff. Jfr ock Folkesson–Tropp Ellerås i Balans 1986:2 s. 40 och Rodhe i TSA 1982 s. 55.

[120] Märk väl att målet avgjordes före NJA 1980 s. 311 och att bedömningen därför mycket väl skulle kunna bli en annan om samma fråga prövades igen.

Det anförda innebär att *koncernintresset inte* bör anses som ett slags *kommersiellt syfte* av eget slag.[121] Ett dotterbolag bör därför inte kunna ställa säkerhet för kredit som lämnas till moderbolaget i större omfattning än vad som eljest är möjligt.[122] Däremot torde ett dylikt syfte i regel kunna identifieras vid moderbolags säkerställande för dotterbolags skulder.[123]

9.6.2.4 Vilken tidpunkt är bestämmande för bedömningen av om en tredjemanspant skall betraktas som vederlagsfri (förtäckt utbetalning)?

En av de centrala frågorna i NJA 1980 s. 311 var vid vilken tidpunkt bolaget skulle disponera över fritt eget kapital motsvarande värdet av den vederlagsfria panten.[124] Skulle värdet av den vederlagsfria panten jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital vid den tidpunkt då bolaget företog pantförskrivningen eller den tidpunkt då panten togs i anspråk? HD fann slutligen att den förra tidpunkten var bestämmande (se avsnitt 12.7 nedan).

Vad som är av intresse i förevarande sammanhang, och som till synes är ett spörsmål som inte ställdes på sin spets i målet, är en helt annan fråga: Vilken tidpunkt är bestämmande för bedömningen av om en tredjemanspant skall anses som vederlagsfri (förtäckt utbetalning)? Även för denna bedömning kan den avgörande tidpunkten vara antingen då bolaget företar pantsättningen eller då panten tas i anspråk.

HD synes i NJA 1980 s. 311 ha utgått från att den förra tidpunkten är avgörande för bedömningen (regressrättens uppkomst).[125]

[121] Jfr härvidlag Lindskog, JT 1992–93 s. 99 not 57 och JFK 12:2-4.5 (s. 43).

[122] Jfr Lindskog, JFK 12:2-4.5 (s. 43). Med hänsyn till att tredjemansskyddet även riktar sig till framtida borgenärer och andra utomstående intressenter får det anförda antas gälla även om det saknas borgenärer i dotterbolaget eller borgenärskollektivet i dotterbolaget är detsamma som i moderbolaget. Det bör i sammanhanget emellertid framhållas att samverkan inom koncernen kan vara sådan, att dotterbolaget har ett eget kommersiellt intresse av att ställa säkerhet för moderbolaget. Jfr Lindskog, JFK 12:2-4.5 not 49 (s. 43) med vidare hänvisningar.

[123] Se Lindskog, JFK 12:2-4.5 (s. 43) med vidare hänvisningar.

[124] Referatet s. 316ff.

[125] Jag har svårt att förstå varför det uppkommer en regressrätt – regressfordran? – vid tidpunkten för säkerställandet och inte vid den senare tidpunkt då panten eventuellt tas i anspråk. Pantsättaren kan ju inte ha något anspråk förrän panten tas i anspråk av panthavaren (borgenären).

Någon närmare motivering till denna lösning ges inte i domskälen.[126] HD hänvisar endast till att bolaget genom säkerställandet förvärvat en regressfordran mot aktieförvärvarna och att regressgäldenärerna ej var solventa för beloppet.[127]

Det torde de lege lata kunna antas att den tidpunkt då bolaget företog pantsättningen i regel är bestämmande för bedömningen av om denna skall anses som vederlagsfri (förtäckt utbetalning), dvs. huruvida pantsättningen helt eller delvis inte fyller ett kommersiellt syfte.

9.6.3 Aktiebolags ställande av pant då bolaget är gäldenär och aktieägaren är borgenär

Ett typfall, som mig veterligen inte tidigare har behandlats i doktrinen, är om ett aktiebolags ställande av säkerhet när bolaget är gäldenär och aktieägaren är borgenär kan betraktas som vederlagsfritt (förtäckt utbetalning) vid tillämpningen av t.ex. 12:2 ABL och i så fall under vilka förutsättningar. Av återvinningsregeln i 4:12 1 st. 1 meningen KonkL följer att säkerhet som gäldenären har överlämnat senare än tre månader före fristdagen går åter, om den inte var betingad vid skuldens tillkomst eller inte överlämnades utan dröjsmål efter skuldens tillkomst. Analogt med denna bestämmelse bör en pantsättning kunna betraktas som vederlagsfri, om den säkerställer en äldre icke säkerställd fordran och bolaget vid

[126] Måhända kan man tycka att detta är självklart, eftersom det är tidpunkten då bolaget företog pantförskrivningen som är bestämmande för bedömningen av om denna är lovlig, dvs. att den vederlagsfria panten motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital. Men det måste emellertid observeras, att man inte kan ställa frågan huruvida en vederlagsfri pant är lovlig eller ej före det att man ställer frågan hurvida panten är vederlagsfri. Och en särskild underordnad fråga i det senare avseendet är vilken tidpunkten som är bestämmande för bedömningen av om panten är vederlagsfri. HD synes emellertid i NJA 1980 s. 311 ha utgått från att det är tidpunkten då bolaget företog pantsättningen som är bestämmande för bedömningen av om denna är vederlagsfri.

[127] Referatet s. 316. Varför aktieförvärvarna inte var solventa för bolagets regressfordran vid tidpunkten för aktieförvärvet 1964 framgår inte (pantsättningen åberopades i bolagets konkurs 1976). Jag vill mena att aktieförvärvarna förmodligen inte ansågs som solventa för bolagets fordran av det skälet att de inte vid förvärvet kunde betala för aktierna utan avsåg att i framtiden använda de i bolaget genererade vinstmedlen för att betala större delen av köpeskillingen till aktieöverlåtaren. Skulle detta vara riktigt kan HD kritiseras. Synsättet är alltför "puritanskt". Mig veterligen förekommer det inte sällan att köpeskilling för aktier betalas på angivet vis, t.ex. genom koncernbidrag till moderbolag (holdingbolag) som sedan betalas ut till utomstående. Och man kan inte utgå från att aktieförvärvarna saknar återbetalningsförmåga av den orsaken att de vid tidpunkten för aktieförvärvet saknar tillgångar som motsvarar köpeskillingen för aktierna. I så fall skulle i stort sett varje fysisk eller juridisk person sakna återbetalningsförmåga för det penninglån som tas i samband med ett större egendomsförvärv såsom köp av villafastighet (och för den delen studielån för studier).

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA
48

Editors: Anders Agell och Nils Jareborg

Distributor: Iustus Förlag AB, Östra Ågatan 9, 753 22 Uppsala, Sweden

Abstract

Jan Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag. En studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler. About distribution of profits from Companies. A study of Corporate protective rules. With summary in English. Iustus Förlag 779 pp. Uppsala 1995. ISSN 0282-2048, ISBN 91-7678-297-2.

The purpose of this thesis is to analyze the statutory regulation of distribution of profits from a company to its shareholders. Distribution of profits is primarily regulated in Chapter 12 of The Swedish Companies Act. The Act consists mainly of two categories of norms, each with its own primary objective: 1) norms in the interest of third parties, for example the company's creditors, 2) norms in the interst of shareholders, for example minority protection rules. In the thesis a number of objections to the rules in The Swedish Companies Act which are supposed to protect third parties are put forward. The protection provided can be questioned de facto and is sometimes misleading. The citical question is whether or not the rules concerning distributions of profits, which are based on a legal share capital system, provide enough protection for creditors and other third parties to justify their existence. A closer analysis of the limits of ditribution of profits from companies indicates that the so called rule of prudence perhaps is of more importance for the protection of creditors and other third parties than the earned surplus test (see 12:2 of The Swedish Companies Act). Furthermore it appears – in contrast to other countries – as if 12:2 of The Swedish Companies Act is generally applicable on "distibutions" to non-shareholders.

A distribution within the meaning of the Act can be in the form of money and other assets but also in the authors view in the form of services rendered by the company. The concept of distribution should be determined with regard to whether the concept is used in relation to rules that are stipulated in the interst of third parties or the shareholders. In this thesis it is claimed that a disguised distribution is at hand if 1) the value of the consideration given by the shareholder is less than that given by the company and 2) the transaction, as such, has no or only a limited commercial purpose. A similar, but for the other party more favourable, test should be applied when a legal transaction between a company and a non-shareholder are said to constitute a disguised "distribution".

In Swedish law liability to return an illegal distribution is stipulated in 12:5 of The Swedish Companies Act. It can be argued that this liabilty only means that the shareholder should return the value of what he has received, and not that the shareholder should return what he has received. The rule of good faith found 12:5 of The Swedish Companies Act shall in the authors view only be applied on illegal distributions in the form of payment of dividends, even though case law indicates that it can be applied on constructive distributions. The liability stipulated in 12:5 of The Swedish Companies Act for directors and others to reimburse unlawful distributions cannot by analogy be applied to non-corporate persons.

Jan Andersson, Juridiska institutionen, Uppsala universitet,
Box 512, S-751 20 Uppsala, Sweden.

Om vinstutdelning från aktiebolag

En studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler



AKADEMISK AVHANDLING

som för avläggande av juris doktorsexamen
vid Uppsala universitet framställes till
offentlig granskning å universitetets
lärosal X
tisdagen den 30 maj 1995 kl. 10.15

av

Jan Andersson
jur.kand av Norrlands nation

Uppsala 1995

tidpunkten för säkerställandet saknar återbetalningsförmåga (jfr NJA 1980 s. 311). En pantförskrivning av angivet slag fyller inte ett kommersiellt syfte. I vad mån aktiebolags ställande av säkerhet i andra situationer, där bolaget är gäldenär och aktieägaren är borgenär, kan anses som vederlagsfritt är mer osäkert. En dylik pantsättning torde emellertid i regel få antas ha ett kommersiellt syfte.

9.6.4 Tredjemanspant då gäldenären är utomstående och aktieägaren är borgenär

Det är de lege lata osäkert om – och i så fall när – tredjemanspant till förmån för en aktieägare i egenskap av borgenär avseende hans fordran mot utomstående kan anses som vederlagsfri (förtäckt utbetalning) vid tillämpningen av t.ex. 12:2 ABL. Enligt min uppfattning synes man åtminstone få upprätthålla den *minimumprincip* som kommer till uttryck i NJA 1980 s. 311. En tredjemanspant skall betraktas som vederlagsfri, om gäldenären (utomstående i förevarande fall) vid tidpunkten för säkerställandet saknar betalningsförmåga för den regressfordran som bolaget förvärvar mot honom på grund av detta. *Härutöver* är det rimligt – men rättsläget är osäkert – att även tredjemanspant av angivet slag, som helt eller delvis inte fyller ett *kommersiellt syfte*, skall betraktas som vederlagsfri.

9.7 Typfall VI: Aktiebolags borgensåtagande för aktieägares skuld

Jag har i det föregående försökt visa att NJA 1980 s. 311 ger uttryck för en *minimumprincip* vad gäller tredjemanspant där gäldenären är aktieägare. Av domskälen i 1980 års mål framgår det obiter att denna princip också skall tillämpas, om ett aktiebolag ikläder sig borgen till säkerhet för aktieägares skuld.[128]

> "Detsamma skulle gälla, om bolaget i stället – under här angivna förhållanden – fått ikläda sig borgen till säkerhet för annan skuld."

Vad beträffar den närmare innebörden av denna minimumprincip får jag hänvisa till avsnitt 9.6.2.1 ovan. Frågan huruvida ett borgensåtagande i andra situationer, och alltså *utöver* minimumprincipen, kan anses som vederlagsfritt (förtäckt utbetalning) vid tillämpningen av t.ex. 12:2 ABL

[128] Referatet s. 316.

måste enligt min mening besvaras på samma sätt som gäller beträffande tredjemanspant. Det senare spörsmålet diskuteras i avsnitt 9.6.2.2 ovan. Jag avser att i avsnitt 12.7 nedan återkomma till frågan vilken tidpunkt som är bestämmande för bedömningen av om en borgensförbindelse är giltig eller inte.

I litteraturen har Nial gjort gällande att borgensförbindelser skall prövas jämlikt den förutnämnda principen, att transaktioner som är uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller medför otillbörlig fördel för medkontrahenten till nackdel för bolaget och samtidigt tar i anspråk mer än utdelningsbart fritt eget kapital är ogiltiga.[129] Det avgörande för bedömningen av om en borgensförbindelse skall betraktas som vederlagsfri skulle därmed – såvitt jag kan förstå – vara huruvida åtagandet är uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller medför otillbörlig fördel för medkontrahenten till nackdel för bolaget. Det är enligt min uppfattning tveksamt om berörda *minoritetsskyddsregler* kan användas för att avgränsa vederlagsfria borgensförbindelser från sådana som har ett kommersiellt syfte.[130] Därtill kommer att NJA 1980 s. 311 till synes kan tolkas som att HD inte har velat acceptera den av Nial företrädda lösningen.

9.8 Typfall VII: Arvode, lön m.m.

9.8.1 Arvode till styrelseledamöter

9.8.1.1 Styrelsearvode som förtäckt utbetalning enligt 1910 års lag

Redan i 1910 års lag uppmärksammades det förhållandet att styrelsearvoden kan betalas ut i syfte att gynna styrelseledamöter i deras egenskap av aktieägare.[131] Till följd härav stadgades det i 96 § 1910 års lag en särskild rätt för aktieägare att klandra stämmobeslut rörande styrelsearvode. Aktieägare med ett sammanlagt aktiebelopp av minst en femtedel av hela aktiekapitalet ägde, därest arvodet förmenades vara för högt bestämt, ansöka om prövning av arvodets storlek. Om arvodet uppenbarligen

[129] Aktiebolags borgensförbindelser s. 22. Jfr SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 475f (en transaktion som strider mot föremålet för bolagets verksamhet eller verksamhetens syfte och som tar i anspråk mer än utdelningsbara vinstmedel).

[130] Jfr Rodhes kritik i TSA 1982 s. 55 av Södertälje tingsrätts beslut återgivet i avsnitt 9.6.2.3 ovan. Det förtjänar framhållas att tingsrätten tillämpade den princip, som kommer till uttryck i förarbetena till ABL och delvis är densamma som framförts av Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22.

[131] Jfr 1908 års förslag s. 50 och lagrådet i prop. 1910:54 s. 98.

befanns vara bestämt till oskäligt belopp kunde rätten – efter vederbörandes hörande – jämka detta.

I rättspraxis kom problematiken rörande oskäliga styrelsearvoden tidigt att handla om förtäckta utbetalningar till aktieägare. Härvidlag synes HD tagit intryck av 96 § och där angivna förutsättning för jämkning av beslutat arvode. Arvodet skulle *uppenbarligen* ha varit bestämt till ett oskäligt belopp för att det skulle kunna anses innefatta – helt eller delvis – en förtäckt utbetalning.

> Detta framgår enligt min mening av NJA 1920 s. 231. HD:s ställningstagande i 1920 års avgörande synes i sin tur ha påverkat HD två år senare i NJA 1922 s. 122.[132]
>
> En verkställande direktör hade enligt käranden i NJA 1920 s. 231 tillerkänts ett arvode om sammanlagt c:a 1,5 milj kr. Arvodet ansågs till sin *väsentliga* del – jfr 96 § 1910 års lag ovan – utgöra utdelning av bolagets tillgångar. Se härom närmare avsnitt 9.8.2 nedan.
>
> Omständigheterna i NJA 1922 s. 122 var följande:
>
> Vid den ordinarie bolagsstämman 1918 i Aktiebolaget Sjötofta tråddrageri beslöts att av den disponibla vinsten om drygt 189000 kr skulle 70000 kr avsättas för skatter, 12500 kr överföras till reservfonden och 25500 kr utdelas till aktieägarna. Resterande 81000 kr skulle enligt stämmobeslutet utdelas som gratifikation om 36500 kr till envar av bröderna Lorenzson, 7000 kr till Lindén och 1000 kr till Sweningson. Vid tidpunkten för bolagsstämman var bröderna Lorenzson ägare till 132 respektive 120 aktier, Lindén 24 aktier, Sweningson 6 aktier och Anderssson 18 aktier. Beslutet klandrades av Sweningson och Andersson. På en extra bolagsstämma 1919 beslöt emellertid majoritetsaktieägarna att upphäva (ogiltigförklara) berörda stämmobeslut och att ersätta detta med ett annat. Enligt det senare stämmobeslutet skulle såsom extra arvode för det flit och arbete som bröderna Lorenzson och Lindén nedlagt i styrelsen för bolagets framgång 1918, 80000 kr fördelas så att var och en av bröderna Lorenzson erhöll 36 500 kr och Lindén 7000 kr (Sweningson utan arvode!). Även detta beslut klandrades av Sweningson och Andersson, som bl.a. hävdade att det var fråga om användande av vinstmedel för år 1917, varom beslut enligt bolagsordningen bara kunde fattas på den ordinarie bolagsstämman.
>
> HD fann att de på den extra bolagsstämman fattade besluten om extra arvode fick anses innefatta "utdelning av bolagets vinstmedel åt aktieägare i annan ordning än med lag och bolagsordningens bestämmelser därutinnan" var förenligt.[133]

[132] Under rubriken hänvisas till 1920 års avgörande.

[133] Referatet s. 127. Jfr ock NJA 1935 s. 704 nedan och Nial, Studier s. 101.

9.8.1.2 Styrelsearvode som förtäckt utbetalning enligt 1944 års lag

Bestämmelsen i 96 § 1910 års lag överfördes sedermera till 139 § 1944 års lag. Av lagberedningens motiv framgår inte vad som var bestämmelsens syfte.[134] Lagberedningen kommenterar kort regelns utformning och framhåller därefter att arvode till styrelseledamöter kan utgöra förtäckt vinstutdelning. Läsaren får nästan intrycket att frågan om oskäliga styrelsearvoden snarare var ett problem vid tillämpningen av likhetsprincipen respektive utbetalningsförbudet i 73 § 1 mom. 1944 års lag än 139 §.[135] I litteraturen upprätthåller man vid denna tid en distinktion mellan, å ena sidan, styrelsearvoden som innefattar förtäckt vinstutdelning och, å andra sidan, oskäliga styrelsearvoden vilka kunde bli föremål för jämkning enligt 139 §.[136]

Under vilka förutsättningar styrelsearvoden enligt 1944 års lag kunde anses som förtäckta utbetalningar är osäkert. Mot bakgrund av NJA 1922 s. 122 (jfr 1920 s. 231) är det tänkbart, att en förtäckt utbetalning först skulle anses föreligga om värdet av bolagets prestation *uppenbarligen* – ett slags "väsentlighetskrav" – översteg värdet av aktieägarens motprestation (värdet av styrelseledamotens arbete).

9.8.1.3 Styrelsearvode som förtäckt utbetalning enligt gällande rätt

Med ABL avskaffades 139 § 1944 års lag. Ändringen motiverades i förarbetena bl.a. med att arvode till styrelseledamöter m.fl. i praktiken inte beslutas av bolagsstämman utan av styrelsen.[137] I förarbetena angavs det också, att om ett arvode beslutat av bolagsstämman utgör förtäckt utdelning, så kan varje aktieägare klandra beslutet.[138]

De lege lata torde det stå klart, att arvode till styrelseledamot kan bli föremål för domstolsprövning och att det saknar betydelse huruvida arvodet har beslutats av bolagsstämman eller styrelsen.[139] Däremot är det oklart om det existerar ett slags "väsentlighetskrav" eller motsvarande: Måste värdet av bolagets prestation uppenbarligen överstiga värdet av aktieägarens prestation för att en förtäckt utbetalning skall anses före-

[134] SOU 1941:9 s. 561. Jfr därtill prop. 1944:5 s. 369.

[135] Se i ännu högre grad i kommentaren; SWN s. 386.

[136] Jfr Nial, Aktiebolagsrätt s. 179 och i Om aktiebolag s. 94f. Jfr ock om arvode som förtäckt utdelning SOU 1942:2 s. 18 och SOU 1947:84 s. 61.

[137] SOU 1971:15 s. 246 och prop. 1975:103 s. 414.

[138] SOU 1971:15 s. 246 och prop. 1975:103 s. 414. Oskäliga arvoden, som inte utgör förtäckt utdelning, torde stå i strid mot generalklausulerna i 8:13 och 9:16 ABL. Notera ock jävsproblemet; jfr härom Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 226.

[139] Se NJA 1922 s. 122, föregående not och jfr därtill SOU 1971:15 s. 310 och s. 321 respektive prop. 1975:103 s. 475 och 486.

ligga? Ett visst stöd för ett sådant krav finns i ovannämnda rättspraxis. Uttalanden i förarbetena till ABL tyder dock på en mer objektiv bedömning; närmast om ersättningen överstiger vad som är "normalt" eller "rimligt" (avser lön till aktieägare).[140] För egen del anser jag att det härvidlag, och på grund av styrelseuppdragets karaktär, är rimligt att kräva, att ersättningen från bolaget "uppenbarligen" måste överstiga en "normal" eller "rimlig" nivå på arvodet (jfr 4:8 1 st. KonkL).

9.8.2 Lön till verkställande direktör m.fl. som förtäckt utbetalning

Ansvaret för att ett aktiebolag har en verkställande direktör vilar på styrelsen (8:3 1 st. ABL). De närmare anställningsvillkoren för befattningen såsom lön regleras i ett sedvanligt avtal. Skulle en verkställande direktör även vara aktieägare kan det inträffa att han i egenskap av verkställande direktör försöker tillgodogöra sig bolagets vinstmedel som "lön". Att lön till en verkställande direktör kan bli föremål för domstolsprövning torde inte kunna betvivlas.[141] Under vilka förutsättningar lön till en verkställande direktör skall betraktas som en förtäckt utbetalning är mer osäkert. Jag vill mena att det på samma sätt som beträffande styrelsearvoden är rimligt att kräva, att ersättningen från bolaget "uppenbarligen" (möjligen "väsentligen") måste överstiga en "normal" eller "rimlig" nivå på sådan ersättning (jfr 4:8 1 st. KonkL).[142] Ett visst stöd för denna lösning är NJA 1920 s. 231, låt vara att prejudikatvärdet av detta avgörande i nutid får anses vara begränsat.

> Vad angår NJA 1920 s. 231 var de faktiska omständigheterna följande:
>
> På den ordinarie bolagsstämman 1918 i Ångfartygsaktiebolaget Gävle beslöts att arvode skulle utgå med 100000 kr per fartyg och 10% på bruttoinseglingen till verkställande direktören. Antalet fartyg var fem. Verkställande direktören var ägare till 1235 aktier av totalt 1469.
>
> Stämmobeslutet klandrades av två minoritetsaktieägare. Bruttoinkomsten per år för ettvart av bolagets fartyg kunde enligt minoritetsaktieägarna uppskattas till uppemot 2 milj kr; tillsammans för de fem fartygen tio milj kr. Verkställande direktören skulle med detta erhålla ett sammanlagt arvode om 1,5 milj kr (1 milj kr + 5 x 100000 kr). Det beslutade arvodet kunde enligt

[140] Jfr om lön i SOU 1971:15 s. 321 och i prop. 1975:103 s. 486. Jfr om lön i litteraturen Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 254) "överstiger rimligt belopp" (men något annorlunda 12:2.07 [s. 233] rörande lön till aktieägare i enmansbolag och delägare i fåmansbolag); Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 34f (styrelsearvode till aktieägare) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 109 (lön till aktieägare i enmansbolag).

[141] Se hänvisningar i not 139 ovan och NJA 1920 s. 231.

[142] Jfr Kedner–Roos II 12:2.07 (s. 233); Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 109 och Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 34.

minoritetsaktieägarna inte anses utgöra något annat än en utbetalning av såväl bolagets hela blivande vinst som en större eller mindre del av dess kapitaltillgångar. Rätteligen borde utbetalningen betraktas som gåva.

HD fann att det beslutade arvodet, med hänsyn såväl därtill att verkställande direktören själv var ägare till det övervägande antalet av aktierna i bolaget som ock till storleken av beloppen och sättet för dessas beräknande, skulle till sin väsentliga del anses utgöra utdelning av bolagets tillgångar fastän det betecknats som arvode åt verkställande direktören i denna hans egenskap.[143] Eftersom det var fråga om utdelning av bolagets tillgångar i annan ordning än vad som var förenligt med lag och bolagsordningens bestämmelser upphävdes stämmobeslutet.

Jfr häremot NJA 1935 s. 704. Vid en extra bolagsstämma 1931 i Aktiebolaget Textilcentralen beslöts att Strehlenert, som var ägare till 496 av 500 aktier i bolaget, skulle anställas som bolagets verkställande direktör för en tid av 5 år mot en årslön av 15000 kr. Rättsfrågan i målet var om direktören med förmånsrätt ägde bevaka en del av löneanspråket i bolagets konkurs. Konkursförvaltaren bestred bevakningen med hänvisning till dels att Strehlenert som verkliga ägaren av samtliga aktier ("formellt" fanns fem aktieägare) fick anses ha träffat avtalet med sig själv, dels att 10000 kr skulle ha varit en skälig lön. HD tillerkände Strehlenert rätt att med förmånsrätt bevaka en del av löneanspråket i konkursen. Justitierådet Alexanderson yttrade särskilt, att utredningen i målet inte gav tillräckligt stöd för att anse bolagsstämmans beslut, att för flera års tid tillförsäkra Strehlenert en fast årlig lön om 15000 kr, såsom innebärande ett förfogande över bolagets medel i strid mot utbetalningsförbudet i 54 § 1910 års lag.[144]

Vad beträffar lön till anställda aktieägare torde det få antas att samma lösning skall tillämpas som angivits i det föregående (jfr 4:8 1 st. KonkL).[145] Möjligen kan man tänka sig att utrymmet för att betrakta lön till en anställd aktieägare som en förtäckt utbetalning är ännu mindre än vad som är fallet beträffande lön till en verkställande direktör (jfr prestationssynpunkten i Nichols v Olympia Veneer Co 246 P. 942 omnämnt i avsnitt 6.7.3 ovan).[146]

[143] Referatet s. 233. Det bör nämnas att en del av det till verkställande direktören tillerkända beloppet borde ses som tantiem (10% på bruttoinseglingen). Detta förändrar dock knappast bedömningen. Även beträffande tantiem torde ett väsentlighetskrav tillämpas. Jfr den till synes generösa inställningen av Danielsson i SvJT 1954 s. 578ff (vinstreglerande åtgärder).

[144] Referatet s. 707.

[145] Jfr SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 486 samt Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 254).

[146] Fast jag får medge att utgångspunkten enligt gällande rätt – där rättsläget är osäkert – mycket väl kan vara den motsatta.

9.9 Särskilt om s.k. koncernbidrag

9.9.1 Översikt

En särskild typ av vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet utgör det s.k. koncernbidraget. Koncernbidrag är en skatterättslig term, som används för att beskriva värdeöverföringar från ett bolag till ett annat bolag inom en koncern. Man brukar inom skatterätten skilja mellan två kategorier av koncernbidrag: öppna respektive dolda. Härutöver förekommer en tredje kategori, vilken är koncernbidrag som omkostnad.[147] Koncernbidrag av sistnämnda slag innefattar inte en vederlagsfri disposition över bolagets förmögenhet. I stället är det fråga om en motprestation, t.ex. vederlag för egendom eller tjänst som det andra bolaget har tillhandahållit. Koncernbidrag som omkostnad avser jag inte att närmare behandla i följande avsnitt. Det bör dock poängteras, att koncernbidrag som omkostnad helt eller delvis kan innefatta ett dolt koncernbidrag – en förtäckt utbetalning – om värdet av denna motprestation överstiger värdet av det andra bolagets prestation.

Öppna koncernbidrag regleras i 2 § 3 mom. lag (1947:576) om statlig inkomstskatt.[148] Civilrättsligt måste koncernbidrag i regel få förstås som en vederlagsfri förmögenhetsöverföring från det ena bolaget till det andra; en aktiebolagsrättslig utbetalning.[149]

> Inom redovisningen synes koncernbidrag inte systematiseras efter någon enhetlig norm.[150] Öppna koncernbidrag kan vara finansiella intäkter och kostnader, extraordinära intäkter och kostnader eller bokslutsdispositioner.[151] Ett visst bidrag kan böra rubriceras på ett sätt av det givande bolaget och på ett annat sätt av det mottagande bolaget.[152]

9.9.2 Typfall I: Öppna koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag

En i litteraturen vanligt förekommande uppfattning är att koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag skall betraktas som utdelning av vinst

[147] Jfr Kedner–Roos II 12:2.08 (s. 234).

[148] Vad beträffar de skatterättsliga villkoren för att öppna koncernbidrag skall vara tillåtna får jag hänvisa till den skatterättsliga litteraturen.

[149] Se Lindskog, JFK 12:2-4.6 (s. 43) med utförliga hänvisningar.

[150] Jfr Johansson–Rodhe, Balans 1978:1 s. 32 och Kedner–Roos II 18 § BFL p. 11 (s. 103).

[151] Johansson–Rodhe, Balans 1978:1 s. 32 och Kedner–Roos II 18 § BFL p. 11 (s. 103).

[152] Johansson–Rodhe, Balans 1978:1 s. 32 och Kedner–Roos II 18 § BFL p. 11 (s. 103).

från dotterbolaget.[153] Från det givande bolagets synpunkt sett måste i varje fall de i 12:2 ABL angivna förutsättningarna för vinstutdelning vara uppfyllda. Se härom närmare avsnitt 12.3.2.4 nedan.

Det anförda torde i allmänhet vara riktigt. För att ett koncernbidrag skall ses som en aktiebolagsrättslig utbetalning måste det emellertid krävas att bidraget verkligen innebär en ensidig värdeöverföring från dotterbolaget till moderbolaget (förmögenhetsminskning för dotterbolaget).[154] Dotterbolaget kan t.ex. betala ut pengar eller överföra andra tillgångar på moderbolaget alternativt avstå från en fordran mot detta. Det krävs förmodligen inte mer än att moderbolaget erhåller en (giltig) fordringsrätt mot dotterbolaget avseende pengar eller annan egendom.[155]

9.9.3 Typfall II: Öppna koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag

Vad angår koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag är rättsläget osäkert. En vanlig uppfattning synes vara att ett dylikt bidrag inte annat än undantagsvis kan betraktas som en förtäckt utbetalning (kapitalanvändning), eftersom det värde som frånhänds moderbolaget genom koncernbidraget balanseras av det ökade värdet på aktierna i dotterbolaget.[156] Koncernbidraget får betraktas som en omkostnad för moderbolaget som sker i syfte att vårda och bevara dess tillgångar (jfr aktieägartillskott).[157] En förtäckt utbetalning skall dock anses föreligga, om dot-

[153] Se t.ex. Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar, s. 46f; Kedner–Roos II 12:2.08 (s. 234) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 89. Några författare synes mena att koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag kan betraktas som gåva av bolagets medel; jfr bl.a. Danielsson i Skattenytt 1989 s. 90ff och Folkesson–Tropp Ellerås i Balans 1986:2 s. 40f samt Wennerstrand i Balans 1984:10 s. 51f. Att betrakta koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag som gåva kan inte vara riktigt. Utbetalningsbegreppet bör i detta fall, där det sker en vederlagsfri förmögenhetsöverföring från aktiebolag till aktieägare och där det uppenbarligen sker till moderbolaget på grund av aktieinnehavet samt utan att dispositionen har något speciellt syfte, utesluta en tillämpning av gåvobegreppet; jfr avsnitt 7.4.8 ovan och därtill följande avsnitt. För övrigt har jag svårt att se vad det skulle vara för mening med att bedöma koncernbidrag som gåva.

[154] Sålunda räcker det inte med att man redovisar något som koncernbidrag. En förmögenhetsdisposition måste komma i fråga.

[155] För tillvägagångssätten i praktiken se den empiriska studien i Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar s. 123ff.

[156] Se t.ex. Grosskopf, Familjeföretagens generationsskifte s. 36; Lindskog JT 1992–93 s. 92 not 37 och JFK 12:2-4.6 (s. 43; men se s. 44) samt jfr Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 42.

[157] Se Danielsson, Skattenytt 1989 s. 94 och jfr t.ex. Grosskopf, Familjeföretagens generationsskifte s. 36. Jfr i sammanhanget dessutom Kedner–Roos II 18 § BFL p. 11 (s. 103).

terbolaget är insufficient (eller insolvent)[158] och koncernbidraget sålunda endast berikar dotterbolagets borgenärer samt inte har några positiva effekter för moderbolaget.[159] Vidare synes en vanlig uppfattning vara att ett koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag får betraktas som en partiell utbetalning, om det finns minoritetsaktieägare i dotterbolaget. Detta följer av att värdeökningen på moderbolagets aktier i dotterbolaget inte motsvarar värdet av koncernbidraget från moderbolaget till dotterbolaget (även värdet på minoritetsaktieägares aktier ökar).[160]

En aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning förutsätter – vid tillämpningen av bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse eller aktieägarnas intresse – att värdet av medkontrahentens prestation understiger värdet av bolagets prestation och att avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis inte fyller ett kommersiellt syfte (se avsnitt 8.8 och beträffande koncerninterna transaktioner avsnitt 8.10). Den första förutsättningen är enligt min mening uppfylld vid koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag. Att värdet på aktierna i dotterbolaget ökar kan inte jämställas med en sedvanlig motprestation från dotterbolaget, eftersom det (i regel) är fråga om en osäker värdeökning. Vad gäller då beträffande den andra förutsättningen?

Av litteraturen att döma synes bidrag av nämnt slag ha ett kommersiellt syfte såtillvida att värdet på aktierna i dotterbolaget ökar. Det skulle därmed inte röra sig om en aktiebolagsrättslig utbetalning. Frågan är om detta inte är en alltför onyanserad uppfattning.

Koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag kan mycket väl ges i syfte att gynna intressenter i dotterbolaget utan att det i motsvarande mån gynnar moderbolaget, t.ex. vid en tidpunkt då moderbolagets ledning vet med sig att dotterbolagets verksamhet snart kommer att upphöra eller att dotterbolagets verksamhet kommer att drivas vidare av andra intressenter i detta bolag. Vidare bör det framhållas att även om värdet av aktierna i dotterbolaget ökar genom koncernbidraget så innebär detta inte att skyddet för intressenter i moderbolaget är tillgodosett genom förmögenhetsökningen i dotterbolaget. Förmögenhetsmassan i dotterbolaget tillgodoser ju intressenter i detta bolag såsom dotterbolagets fordringsägare.

Utgångspunkten för utbetalningsreglerna i ABL – vilka skall tillgodose skyddet för tredje man och aktieägarna – är det individuella bolaget och därför bör man enligt min mening undersöka om *koncernbidraget* fyller ett *kommersiellt syfte* från *moderbolagets synpunkt sett*. Spörsmålet huruvida koncernbidraget fyller ett kommersiellt syfte från

[158] Jfr om gåva Danielsson i Skattenytt 1989 s. 95.
[159] Lindskog, JT 1992–93 s. 92 not 37 och jfr JFK 12:2-4.6 (s. 43f).
[160] Men se Lindskog, JFK 12:2-4.6 not 51 (s. 43).

moderbolagets synpunkt sett måste besvaras på grundval av en objektiv helhetsbedömning, där man bör fästa störst vikt vid om bidraget är kommersiellt fördelaktigt för moderbolagets (faktiska) rörelse.

Det kan kanske tyckas att ett koncernbidrag till ett insufficient eller insolvent dotterbolag måste anses innefatta en förtäckt utbetalning från moderbolaget (se ovan och jfr rättspraxis beträffande penninglån). Jag vill mena att detta ingalunda behöver vara fallet. Företar ett moderbolag ett koncernbidrag som är kommersiellt fördelaktigt för moderbolagets rörelse och genom vilket ledningen för moderbolaget tror sig kunna rädda dotterbolaget, är detta en disposition som inte bör betraktas som en förtäckt utbetalning oavsett om det senare skulle visa sig att dotterbolaget inte stod att rädda (bidraget bör närmast betraktas som ett aktieägartillskott).[161]

Noteras bör att det s.k. koncernintresset inte kan ses som ett kommersiellt syfte av eget slag.[162] Se härom och beträffande tredjemanspant i koncernförhållanden ovan avsnitt 9.6.2.3.

9.9.4 Typfall III: S.k. dolda koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag eller från dotterbolag till annat dotterbolag

Med dolda koncernbidrag brukar förstås värdeöverföringar mellan bolag ingående i koncerner, vilka maskeras genom simulerade rättshandlingar såsom avtal om köp, byte eller tjänst. Aktiebolagsrättsligt torde dolda koncernbidrag få betraktas som förtäckta utbetalningar.

Huruvida en viss transaktion mellan ett dotterbolag och ett moderbolag aktiebolagsrättsligt innefattar en förtäckt utbetalning – ett dolt koncernbidrag – från dotterbolaget måste prövas jämlikt den modell som framförts i avsnitt 8.8 ovan (se avsnitt 8.10 ovan). En förtäckt utbetalning skall sålunda anses föreligga om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation och avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis inte har ett kommersiellt syfte. Detsamma bör gälla beträffande transaktioner mellan dotterbolag och huruvida sådana transaktioner innefattar förtäckta utbetalningar från ett dotterbolag till ett annat (se avsnitt 8.10 ovan).

[161] Jfr härvidlag Lindskog, JFK 12:2-4.6 (s. 44).

[162] Jfr dock Danielsson, Skattenytt 1989 s. 98 och Folkesson–Tropp Elleräs i Balans 1986:2 s. 38 och s. 39f.

KAPITEL 10

Öppna och förtäckta (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående

10.1 Om problemet

Enligt gällande rätt äger bolagsorganen inte företa aktiebolagsrättsliga utbetalningar som inkräktar på det bundna egna kapitalet sådant det skyddas av 12:2 1 st. ABL eller omfatta den del av fritt eget kapital som skall innehållas i bolaget enligt försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Skyddet för aktieägarna tillgodoses bl.a. genom att styrelsen eller annan ställföreträdare enligt 8:13 1 st. ABL inte får företa rättshandling eller annan åtgärd som är ägnade att bereda otillbörlig fördel åt annan till nackdel för bolaget (se 9:16 ABL beträffande stämmobeslut).[1] Därtill kommer att bolagsorganen inte får företa transaktioner som är uppenbart främmande för verksamhetens syfte (jfr 12:1 2 st. ABL och 76 § 1 st. 1 meningen 1944 års lag).

Om ett aktiebolag vederlagsfritt betalar ut pengar eller överför annan egendom till utomstående torde dispositionen i regel få betraktas som en aktiebolagsrättslig utbetalning. Ett sådant förfogande kan tänkas stå i strid mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse eller aktieägarnas intresse. Vad beträffar utbetalningar av sakvärden måste enligt min uppfattning marknadsvärdet av tillgången jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. Vidare kan enligt min mening en aktiebolagsrättslig utbetalning ske på så sätt att bolaget låter utomstående vederlagsfritt utnyttja bolagets tillgångar med begränsad rätt såsom nyttjanderätt eller låter utomstående vederlagsfritt tillgodogöra sig bolagets tjänster. Se närmare om hithörande frågar i förhållande till bolagets aktieägare kapitel 7 ovan. Vad som anförs i nämnda kapitel torde vara analogt tillämpligt i förhållande till utomstående.

[1] Jfr för en kombinerad och annorlunda lösning vad gäller utbetalningar till utomstående Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22 och härom nedan.

Under vilka förutsättningar skall då ett avtal eller annan rättshandling, där bolagets medkontrahent är utomstående (till denna kategori får ock räknas små aktieägare i börsföretag), anses innefatta en förtäckt (vederlagsfri) utbetalning?

> Jag förutsätter i det följande att bolagets medkontrahent inte är aktieägarna närstående fysisk eller juridisk person eller annat bolag ingående i samma koncern. I dessa fall skall prövningen ske jämlikt samma modell som gäller i förhållande till bolagets aktieägare. Se härom avsnitt 8.9–10 ovan. Lindskog har en helt annan utgångspunkt. Jfr bl.a. JFK 12:2-4 (s. 36ff).

Från systematisk synpunkt är det rimligt att använda sig av en och samma modell för att pröva huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning oavsett om bolagets medkontrahent är aktieägare eller utomstående. En aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning skulle därmed föreligga om (1) värdet av medkontrahentens prestation understiger värdet av bolagets prestation och (2) avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis inte fyller ett kommersiellt syfte.

10.2 Ändamålsöverväganden och modell för prövningen huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en förtäckt (vederlagsfri) utbetalning till utomstående

Berörda modell bygger på att man i ett *första led*, och strikt objektivt, skall undersöka om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation. Två tungt vägande ändamålsskäl som talar för att man skall använda sig av en strikt objektiv bedömning är tredjemansskyddet och aktieägarskyddet. Ett tungt vägande ändamålsskäl som talar mot en strikt objektiv bedömning är omsättningsskyddet. Skyddet för omsättningen är ett ändamålsskäl som stödjer en analog tillämpning av (främst) 4:6 2 st. KonkL avseende blandade gåvor.

Skälet till att jag ändock – i ett första led – förordar en strikt objektiv bedömning är att den ändamålsavvägning som är relevant i fråga om 4:6 2 st. KonkL inte är relevant beträffande utbetalningsreglerna i ABL. Aktieägarna är typiskt sett – om man bortser från aktieägare med små aktieinnehav i börsföretag – "närstående" i den meningen att de har inflytande i bolaget och direkt eller indirekt kan påverka förvaltningen av dess angelägenheter. Vid avtal och andra rättshandlingar mellan ett aktiebolag och dess aktieägare är det inte fråga om vilken utomstående som helst (inte "at arm's length"). Se närmare avsnitt 8.7 ovan.

Frågan kommer emellertid i ett helt annat läge om bolagets medkontrahent *inte* är *aktieägare utan vilken utomstående som helst* ("at arm's length").[2] Detsamma gäller aktieägare med små aktieinnehav i börsföretag.

Enligt min mening ger återvinningsbestämmelsen i 4:6 2 st. KonkL rörande s.k. blandade gåvor uttryck för rättsordningens syn på avvägningen mellan, å ena sidan, skyddet för borgenärerna och, å andra sidan, skyddet för omsättningen då medkontrahenten är vilken utomstående som helst. En avvägning som rimligtvis bör slå igenom på det aktiebolagsrättsliga området vid tillämpningen av bestämmelser uppställda i både tredje mans intresse (t.ex. 12:2 ABL) och aktieägarnas intresse (t.ex. 8:13 1 st. ABL).[3] Om bolagets medkontrahent inte är aktieägare eller därmed jämställd (se avsnitt 8.9–8.10) bör han analogt åtnjuta samma skydd som följer av 4:6 2 st. KonkL. Spörsmålet huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning bör därför – när bolagets medkontrahent är utomstående ("at arm's length") – *i ett första led* bedömas på följande vis: Är det *uppenbart* att värdet av medkontrahentens prestation understiger värdet av bolagets prestation.[4]

> Bestämmelsen i 4:6 2 st. KonkL rörande s.k. blandade gåvor bör sålunda endast i modifierad form tillämpas analogt. Regeln i 4:6 2 st. KonkL synes bygga på det traditionella gåvobegreppet,[5] som består av rekvisiten förmögenhetsöverföring, frivillighet och gåvoavsikt (det senare innebär åtminstone ett krav på att parterna måste vara eniga om att intet vederlag skall utgå för prestationen; jfr 516 § BGB). En tillämpning av 4:6 2 st. KonkL synes alltså förutsätta att i princip alla tre rekvisit är uppfyllda.[6] Detta innebär bl.a. att det fordras gåvoavsikt för att man skall kunna återvinna en blandad gåva enligt 4:6 2 st. KonkL;[7] förmodligen är kravet dock uttunnat[8].
>
> En analog tillämpning av 4:6 2 st. KonkL kräver, som framgått, enligt min mening inte en analog tillämpning av gåvobegreppets rekvisit. Av principiellt intresse är emellertid att gåvobegreppets rekvisit (vad gäller 4:6 2 st. KonkL) tämligen väl korresponderar mot den av mig förordade modellen; jfr förmögenhetsöverföring, frivillighet och uttunnat krav på gåvoavsikt (borgenärsskyddssynpunkt) med värdediskrepans och att avtalet eller eljest

[2] Nota bene: Och inte medkontrahenten är aktieägaren närstående fysisk eller juridisk person eller annat bolag i samma koncern, se ovan avsnitt 8.9 och 8.10.

[3] Annorlunda Nial, Aktiebolags borgenärsförbindelser s. 22.

[4] Detta får förstås som att värdediskrepansen måste vara avsevärd eller åtminstone påtaglig. Jfr Lennander, Återvinning i konkurs s. 180 och Walin–Palmér s. 230f.

[5] Se härom bl.a. Bengtsson, Om gåvobegreppet i civilrätten SvJT 1962 s. 689ff på s. 694 och utförligt Andersen, Gavebegrebet.

[6] Lennander, Återvinning i konkurs s. 181 jämfört med s. 177.

[7] Lennander, Återvinning i konkurs s. 181 och Walin–Palmér s. 230.

[8] Jfr NJA 1980 s. 642 I och II och härom Göranson, Återvinning utom konkurs s. 259.

rättshandlingen helt eller delvis inte fyller ett kommersiellt syfte (kravet på "frivillighet" är naturligtvis uppfyllt). Se om frånvaron av kommersiellt syfte nedan. Se därtill allmänt om förhållandet mellan utbetalningsbegreppet och gåvobegreppet avsnitt 7.4.8 ovan.

Med hänsyn till vad som anförts i avsnitt 8.8 ovan vill jag mena att man även i förevarande fall – *i ett andra led* och under förutsättning att det är *uppenbart* att värdet av medkontrahentens prestation understiger värdet av bolagets prestation – måste undersöka vilket eller vilka syften avtalet eller eljest rättshandlingen fyller. Skulle det härvidlag på grundval av en objektiv helhetsbedömning visa sig att avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis inte har ett kommersiellt syfte skall en förtäckt utbetalning anses föreligga.

De lega lata får rättsläget betraktas som osäkert. Rodhe synes dock förespråka en lösning som liknar den anförda.[9]

Rodhe skiljer generellt mellan att en transaktion *inte* är *affärsmässigt klok* och att den *inte* är *affärsmässigt betingad*. Om ett bolag avhänder sig egendom genom en transaktion, i vilken det föreligger ett sådant missförhållande mellan utfästelserna å ömse sidor, att det är uppenbart att transaktionen delvis har egenskap av gåva, så skulle man kunna säga att transaktionen inte är affärsmässigt betingad eller, med andra ord, att den delvis är vederlagsfri.[10]

Nial synes, som jag har berört i det föregående, mena att det avgörande för om en transaktion skall anses innefatta en förtäckt utbetalning skulle vara om den är uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller medför otillbörlig fördel för medkontrahenten till nackdel för bolaget.[11] Förarbetena till ABL antyder en liknande lösning (en transaktion som strider mot föremålet för bolagets verksamhet eller verksamhetens syfte).[12] Se härom närmare avsnitt 8.5 och därtill avsnitt 9.7.

[9] Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125f.

[10] Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 125f.

[11] Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22. Notera ock Nials kritik av Rodhe på s. 22 not 2.

[12] Se SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 475f. Lindskog synes vilja använda samma lösning i förhållande till utomstående som i förhållande till aktieägare: att bolagets ställföreträdare företar dispositionen medvetet (uppsåtligen), att dispositionen har ett icke kommersiellt syfte och att värdet av bolagets prestation överstiger värdet av aktieägarens motprestation. Se Lindskog, SvJT 1992 s. 82ff och utförligare JFK 12:2-4 (s. 36ff) samt härom avsnitt 8.5 ovan.

AVDELNING III
RÄTTSFÖLJDERNA VID OLOVLIG UTBETALNING AV UTDELNING OCH ANDRA TYPER AV OLOVLIGA UTBETALNINGAR

AVDELNINGENS FRÅGESTÄLLNINGAR OCH UPPLÄGGNING

Inledande anmärkningar

Jag har så här långt i undersökningen försökt fastställa var gränsen går för aktieägarnas dispositionsrätt över bolagsförmögenheten och vad som skall anses utgöra en utbetalning av bolagets medel. Vad som återstår att analysera är vilka sanktioner som kommer i fråga då en aktiebolagsrättslig utbetalning strider mot ABL. Innevarande avdelning syftar till att i ett komparativt perspektiv bestämma dessa.

Tre övergripande frågeställningar

Bestämmelsen i 12:5 ABL om återbäring m.m. vid olovliga utbetalningar består i systematiskt hänseende av tre delar. För det *första* gäller enligt 1 st. 1 meningen att aktieägare är återbäringsskyldiga för utbetalningar som de uppburit i strid mot ABL. För det *andra* undgår aktieägare återbäringsskyldighet, om de uppbar en utbetalning i tron att den utgjorde laglig vinstutdelning (1 st. 2 meningen). Styrelseledamot, verkställande direktör och aktieägare kan för det tredje bli ersättningsskyldig under vissa närmare angivna förutsättningar: s.k. bristtäckningsansvar (2 st.).

Jag avser att i det följande undersöka sanktionerna jämlikt denna modell. Det bör dock framhållas, att jag därmed inte har tagit ställning till om återbäringsskyldigheten, godtrosskyddet och bristtäckningsansvaret kan grunda sig på andra regler i ABL eller till och med följa av allmänna civilrättsliga principer. Inte heller om 12:5 ABL vad gäller återbäringsskyldigheten är en "onödig" bestämmelse.[1]

Avdelningen är disponerad på så vis att jag inleder med att presentera utländsk rätt i kapitel 11 (se om hur materialet har använts i undersökningen avsnitt 3.4 ovan). Härefter analyserar jag gällande svensk rätt och sålunda återbäringsskyldigheten i kapitel 12, godtrosskyddet i kapitel 13 och bristtäckningsansvaret jämte utomståendes ersättningsskyldighet vid medverkan till beslut om eller verkställande av olovliga aktiebolagsrättsliga utbetalningar i kapitel 14.

[1] Jfr Lindskog i SvJT 1992 s. 87.

KAPITEL 11

Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av otillåtna utbetalningar i utländsk rätt

11.1 Inledning

Det finns flera skäl som kan anföras för att man i en undersökning av gällande svensk rätt avseende sanktionerna vid otillåtna utbetalningar från aktiebolag bör redogöra för hur motsvarande regler är konstruerade i utländsk rätt. Vad angår den svenska rättsutvecklingen kan det t.ex. nämnas att det på 1930-talet, och alltså strax före 1944 års lag, på olika håll i litteraturen finns uttalanden om rättsföljderna som tyder på ett starkt inflytande från tysk rätt, i synnerhet rörande godtrosskyddet. Vidare må det framhållas att Danmark och Norge var för sig har en bestämmelse om återbäringsskyldighet m.m. som korresponderar mot 12:5 ABL. En omständighet som torde förklaras av att ABL bygger på ett utredningsarbete som bedrevs i nära samverkan med aktiebolagsutredningarna i Danmark, Finland och Norge. Slutligen bör det nämnas att Sverige i och med EES-avtalet blev skyldigt att implementera det andra bolagsdirektivet. Berörda direktiv innehåller i art. 16 en regel om återbäringsskyldighet vid olovlig utdelning av vinst, om mottagaren var i ond tro när han uppbar utdelningen. Art. 16 är implementerad i bl.a. Danmark, Storbritannien och Tyskland.

Jag har valt att i princip undersöka varje rättsordning med utgångspunkt i den systematik som begagnas för svensk rätt: återbäringsskyldighetens omfattning och innebörd, godtrosskyddet och eventuell ersättningsskyldighet för den som har medverkat till en olovlig utbetalning. Denna systematik är väl lämpad för en presentation av dansk och norsk rätt. Däremot har jag ansett det nödvändigt att i undersökningen av amerikansk, engelsk och tysk rätt modifiera systematiken något utan att för den skull bryta mot den övergripande distinktionen mellan återbäringsskyldighet och ersättningsskyldighet. Sålunda skiljer jag mellan ersätt-

ningsskyldighet för aktieägare och ersättningsskyldighet för styrelseledamöter och andra i organställning. Vad särskilt gäller art. 16 i det andra bolagsdirektivet behandlar jag i ett sammanhang återbäringsskyldigheten och godtrosskyddet.

11.2 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning enligt det andra bolagsdirektivet

Art 15 i det andra bolagsdirektivet ger uttryck åt principen, att utdelning av bolagets medel inte får inkräkta på bundet eget kapital. Vinstutdelning förutsätter att bolaget disponerar över fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, dvs. att bolagets tillgångar överstiger skulder och bundet eget kapital. Se härom avsnitt 3.5.1.3 ovan.

Art 16 syftar till att garantera efterlevnaden av art. 15 och stadgar återbäringsskyldighet för de aktieägare som uppburit utdelning i strid mot art. 15; dock undgår aktieägare som uppbar utdelning i god tro återbäringsskyldighet. Art. 16 har följande lydelse:

> "En utdelning i strid med artikel 15 skall återbetalas av de aktieägare som har mottagit denna, om bolaget visar att aktieägarna kände till att utdelningen var olaglig eller att de med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunniga om det."

Termen "utdelning" i art. 16 bör förstås på samma sätt som i art. 15 (jfr hänvisningen till art. 15). Med "utdelning" avses alltså särskilt utbetalning av vinst eller ränta som hänför sig till aktier (art. 15 p. 1 [d]). Det torde sakna betydelse huruvida utbetalning av utdelning sker i öppen eller förtäckt form. Se närmare avsnitt 6.2 ovan.

Av ordalydelsen i art. 16 synes följa att återbäringsskyldighet inträder vid alla typer av utbetalningar i strid mot art. 15 (jfr "i strid mot art. 15"). Det är i varje fall tydligt att aktieägare är återbäringsskyldiga för uppburen utdelning som inkräktar på bundet eget kapital (art. 15 p. 1 [a]). Likaså inträder återbäringsskyldighet om aktieägarna uppbär utdelning med ett belopp som överstiger utdelningsbara vinstmedel, dvs. vinsten för det senast avslutade räkenskapsåret med tillägg för balanserad vinst och belopp från reserver som får användas för detta ändamål samt med avdrag för balanserad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning har avsatts till reserver (art. 15 p. 1 [c]). Vidare inträder återbäringsskyldighet vid utbetalning av utdelning i strid mot reglerna i art. 15 p. 2 rörande s.k. interim dividend ("förskottsutdelning" under det löpande

räkenskapsåret).[1] Förmodligen skall art. 16 därtill tillämpas vid utbetalning av utdelning i strid mot likhetsprincipen i art. 42.[2]

Vad innebär då återbäringsskyldigheten? I den svenska översättningen av art. 16 stadgas att utdelning i strid med art. 15 skall "återbetalas". Termen "återbetalas" motsvaras i den engelska översättningen av uttrycket "returned" och i den tyska översättningen av uttrycket "zurückzugewähren". Av ordalydelsen att döma synes återbäringsskyldigheten i art. 16 få förstås som en skyldighet för aktieägaren att återlämna vad han olovligen mottagit: Bolagets prestation skall återgå.

Trots detta är det antagligt att medlemsstaterna själva äger bestämma återbäringsskyldighetens innebörd. Återbäringsskyldigheten förstås i Danmark och Tyskland som att aktieägaren måste återlämna vad han olovligen har mottagit.[3] En motsatt princip tillämpas i England (s. 277 CA 1985), där det är tillräckligt att aktieägaren ersätter bolaget värdet av vad han mottagit olovligen (värdeersättningsskyldighet).[4] Mig veterligen har det inte framförts några invändningar mot den engelska lösningen. För övrigt tillgodoser art. 15 borgenärsskyddet på så sätt att värdet av bolagets tillgångar med ett visst belopp skall överstiga värdet av skulderna ("Prinzip des Vermögensschutzes"). Därmed synes det förenligt med art. 15 att förstå återbäringsskyldigheten i art. 16 som en värdeersättningsskyldighet. Sammantaget vill jag mena att det torde stå medlemsstaterna fritt att implementera art. 16 som en skyldighet för aktieägaren att återlämna vad han har mottagit eller som en skyldighet för aktieägaren att ersätta värdet av vad han har uppburit.[5]

En aktieägare är enligt art. 16 återbäringsskyldig *endast* om bolaget visar att aktieägaren kände till att utdelningen var olaglig eller att han med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunnig om det. Bevisbördan för att aktieägarna var i ond tro om de faktiska omständigheter som gjorde utdelningen rättsstridig åvilar sålunda bolaget.

Den i art. 16 stadgade godtrosregeln är i två hänseenden problematisk. Att godtrosregeln skall tillämpas vid öppen utdelning i strid mot art. 15 framstår som självklart. Men vad gäller vid *förtäckt utdelning*? Det kan

[1] Bestämmelsen i art. 16 omfattar troligtvis också utbetalning av utdelning från förvaltningsbolag i strid mot art. 15 p. 4. Märk väl att art. 16 hänvisar till *hela* art. 15.

[2] Syftet med direktivet är bl.a. att garantera aktieägarna ett minimum av likvärdigt skydd och av art. 42 följer att likhetsprincipen skall komma till användning vid tillämpningen av direktivets bestämmelser. Se härom avsnitt 6.2 ovan.

[3] Se härom nedan avsnitt 11.3.3 och 11.4.1.

[4] Se avsnitt 11.5.1.

[5] Detsamma får antas vara fallet beträffande frågan huruvida bolaget kan göra gällande återkravet med separationsrätt i t.ex. aktieägarens konkurs, dvs. huruvida återbäringsanspråket skall ha sakrättsliga rättsverkningar.

tyckas vara naturligt, att om återbäringsskyldighet enligt art. 16 inträder vid såväl *öppen* som *förtäckt utdelning* i strid mot art. 15, så måste godtrosregeln i motsvarande mån vara tillämplig. Detta är dock inte någon given lösning. Godtrosregeln i t.ex. 62 § 1 st. 2 meningen AktG, som bygger på art. 16, anses inte vara tillämplig vid förtäckt utdelning.[6] Jag återkommer nedan till problemet.

> På andra utbetalningar än sådana som för aktieägaren framstår som utdelning av vinst är godtrosregeln i art. 16 inte tillämplig, t.ex. olovlig utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet.[7]

Det andra problemet är hur man skall tolka godtrosregeln. Redan av ordalydelsen följer att utdelning som *uppsåtligen* mottagits i strid mot art. 15 ger upphov till återbäringsskyldighet (jfr "kände till att utdelningen var olaglig"). Men det framgår inte om grov oaktsamhet ("måste inse" eller "måste antagas hava ägt sådan vetskap" – jfr nedan) eller till och med enkel oaktsamhet ("bort inse" – jfr nedan) kan grunda ond tro.

> Terminologiskt kanske det hade varit mer riktigt att endast beteckna det subjektiva rekvisitet i art. 16 som ett ondtroskrav eller dylikt. För egen del anser jag dock att man mycket väl kan beteckna rekvisitet som en godtrosregel, eftersom aktieägare som i god tro uppburit olovlig utdelning undgår återbäringsskyldighet (jfr t.ex. 62 § 1 st. 2 meningen AktG). När man undersöker innebörden av rekvisitet är det dock lämpligt att använda termen ondtroskrav eller dylikt.

Vad beträffar den första frågan får rättsläget betecknas som osäkert. Det är inte ens säkert att utdelningsbegreppet och därför art. 15 och art. 16 är tillämpliga vid förtäckt utdelning. Enligt min mening bör så fallet. Se avsnitt 6.2 ovan.

Vad sålunda gäller frågan om återbäringsskyldighet vid förtäckt utdelning i strid mot art. 15 förutsätter ond tro ger litteraturen på området ringa vägledning. Werlauff hävdar att art. 16 inte kan vara "til hinder for en videregående tilbagebetalingspligt efter national ret for så vidt angår udlodninger, som kun enkelte aktionærer (eller en eneaktionær) har modtaget i form af en *maskeret begunstigelse* ved aktionærens samhandel med selskabet om varer, tjenesteydelser eller lønarbejde".[8] I det norska betänkandet Lov om aksjeselskaper (NOU 1992:29) diskuteras huruvida utdelningsbegreppet bara omfattar utbetalningar i formell form såsom vinstutdelning och ränta på aktier eller därtill utbetalningar som företas

[6] Se avsnitt 11.3.6.1.

[7] Men jfr Werlauff 1990 s. 27 och 1991 s. 201 (avses andra utbetalningar än utdelning?).

[8] Werlauff 1992 s. 150. Jfr dock föregående not.

mer informellt (förtäckt utdelning torde avses). Utredningen kommer fram till att rättsläget är osäkert och menar att det därför är oklart om art. 15 reglerar annat än formell vinstutdelning. Slutligen väljer utredningen att för tolkningen av art. 16 fästa avgörande vikt vid att en ovillkorlig återbetalningsskyldighet för annat än "formelt utbytte" gäller i dansk rätt (113 § 1 st. AL och se om dansk rätt nedan avsnitt 11.4.2). EU uppges inte ha framfört några invändningar mot denna ordning.[9]

> Även om frågeställningen inte berörs i SOU 1992:83 och i prop. 1993–94:196 är den av stort intresse för framtiden, eftersom HD vid förtäckt vinstutdelning synes ha upprätthållit ett krav på ond tro för återbäringsskyldighet.[10] Detta ondtroskrav – vilket leder till ett godtrosskydd för aktieägaren – grundar sig enligt min mening på godtrosregeln i 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag och den nuvarande godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL (jfr rättsgrundsatsen condictio indebiti).[11] Bör sålunda svenska domstolar numera, och efter det att art. 16 i det andra bolagsdirektivet har implementerats i svensk rätt, kräva ond tro för återbäringsskyldighet vid förtäckt utdelning?

Vad angår rättsläget i de enskilda medlemsländerna gäller i tysk rätt, som redan nämnts, en ovillkorlig återbäringsskyldighet oavsett ond tro. Rättsläget i Danmark är – trots vad som anförts ovan – osäkert.[12] Språkligt sett ger 113 § 1 st. AL närmast intrycket av att godtrosregeln endast är tillämplig vid olovlig öppen utdelning. En till synes annan uppfattning finns representerad i litteraturen.[13] I Storbritannien (England) synes godtrosregeln vara tillämplig vid alla typer av utbetalningar i strid mot vinstutdelningsreglerna.

Jag har tidigare funnit att utdelningsbegreppet med hänsyn till skyddet för bolagets fordringsägare och aktieägare bör anses tillämpligt på vederlagsfria förfoganden över bolagets förmögenhet som sker i såväl öppen som förtäckt form. Tillämpningsområdet för utdelningsbegreppet i art. 16 måste vara detsamma som i art. 15. Härav följer att aktieägare som i förtäckt form uppburit utdelning i strid mot art. 15 måste anses återbäringsskyldiga enligt art. 16. Man kan emellertid inte utgå från att återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utdelning förutsätter ond tro. Denna fråga måste besvaras med utgångspunkt i de skyddssynpunkter, som ligger till grund för godtrosregeln i art. 16.

Med begreppet "utdelning" i art. 15 avses särskilt utbetalning av vinst och ränta som hänför sig till aktier. Dessa typfall ger en antydan om vilka

[9] NOU 1992:29 s. 170f. Se ock Ot prop. 1993–94 nr 36 s. 18.

[10] Jfr NJA 1951 s. 6 I och II, 1980 s. 311 och 1990 s. 343.

[11] Se föregående not. Se dock för en annan åsikt avsnitt 13.4.3 nedan.

[12] Se avsnitt 11.4.2.

[13] Andersen s. 162 (Andersen synes dock kunna tolkas annorlunda).

typer av utdelning som godtrosregeln i art. 16 tar sikte på. Godtrosregeln synes primärt vara uppställd i syfte att skydda små aktieägare i publika bolag som förväntar sig någon form av utdelning av vinst och som inrättar sin ekonomi därefter. Det är fråga om öppen utdelning till aktieägare vilka närmast kan *antas konsumera vad* som *olovligen utbetalas i tron* att det rör sig om *laglig vinstutdelning*.

> Jfr i fråga om godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL och dess bakgrund nedan avsnitt 13.2.

Utdelning i förtäckt form skiljer sig väsentligen från utdelning i öppen form. Simulerade avtal och andra rättshandlingar som innefattar vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten – utbetalningar som dissimulerade rättshandlingar – sker vanligen på aktieägarnas *initiativ* och i *syfte* att kringgå skatterättslig, aktiebolagsrättslig eller annan lagstiftning. I allmänhet rör det sig om en disposition vilken sker på föranstaltande av en eller flera ägare till en större aktiepost, som av någon orsak önskar dölja det vederlagsfria förfogandet över bolagsförmögenheten. Vid *olovlig förtäckt utdelning* är det sålunda *inte* i första hand fråga om en utbetalning till en *aktieägare*, som kan *antas konsumera* vad som *olovligen utbetalats i tron att det rör sig om laglig vinstutdelning*.

Konsekvensen av det anförda blir att det skyddsbehov som ligger till grund för godtrosregeln i art. 16 inte är ett ändamålsskäl som talar för att godtrosregeln i art. 16 skall tillämpas vid olovlig förtäckt utdelning. Mottagaren av bolagets prestation vid olovlig förtäckt utdelning är typiskt sett inte skyddvärd på samma sätt som är fallet vid olovlig öppen utdelning. Följaktligen bör inte heller godtrosregeln i art. 16 tillämpas vid olovlig förtäckt utdelning.

Ett argument mot anförda skulle kunna tänkas vara mottagaren vid olovlig förtäckt utdelning i regel torde vara i ond tro om att dispositionen är otillåten. Med hänsyn härtill skulle man kunna tycka att det saknar betydelse om godtrosregeln även tillämpas vid förtäckt utdelning. Mottagaren blir ju i regel återbäringsskyldig på grund av att han var i ond tro. Och skulle aktieägaren vara i god tro är han skyddsvärd.

Jag vill mena att detta är ett svagt, i det närmaste tekniskt, argument. Den avgörande frågan måste enligt min mening vara om det finns ändamålsskäl som talar för ett generellt godtrosskydd vid olovlig förtäckt utdelning. Enligt min mening finns det inte några sådana ändamålsskäl, i vart fall inte av tillräcklig tyngd. Det enda ändamålsskäl som man måste ta hänsyn till vid förtäckt utdelning – lovlig som olovlig – är omsättningsskyddet. Omsättningsskyddet får emellertid tillgodoses inom ramen för utdelningsbegreppet eller motsvarande begrepp (se om utbetalningsbegreppet i avsnitt 8.7–8.8 ovan).

Inte ens den omständigheten att en aktieägare i enstaka situationer kan tänkas uppbära olovlig förtäckt utdelning i god tro är enligt min mening ett tillräckligt skäl för att generellt tillämpa godtrosregeln vid olovlig förtäckt utdelning. Tvärtom är ett mycket tungt vägande ändamålsskäl mot en sådan rättstillämpning att rättsordningen bör motverka skenrättshandlingar och förtäckta rättshandlingar. En annan sak är att godtrosregeln i särskilt ömmande fall måhända bör tillämpas analogt.

Jfr beträffande svensk rätt i avsnitt 13.4.4 nedan.

Sammantaget är enligt min mening simulerade avtal och andra rättshandlingar, som egentligen innefattar förtäckt utdelning, inte särskilt skyddsvärda. Det finns därför all anledning att vid förtäckt utdelning i strid mot art. 15 upprätthålla en ovillkorlig återbäringsskyldighet enligt art. 16 oavsett ond eller god tro. Art. 16 torde dock inte kunna tolkas som ett förbud mot att enskilda medlemsstater upprätthåller ett godtrosskydd vid förtäckt utdelning i strid mot bestämmelser i nationell lagstiftning som motsvarar art. 15 (jfr Werlauff ovan).

Nästa spörsmål är då hur man skall tolka godtrosregeln i art. 16. Vad krävs för att aktieägarna skall vara i ond tro och sålunda återbäringsskyldiga, dvs. att aktieägarna "kände till att utdelningen var olaglig eller att de med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunniga om det[14]"? De finns såvitt jag kan bedöma av rättskällorna på området minst tre alternativ att välja mellan:[15]

(1) En tolkning, vilken till synes företräds av t.ex. Aktiebolagskommittén, innebär att ondtroskravet i art. 16 skall tolkas på samma vis som i 33 § AvtL.[16] För att en aktieägare skall vara i ond tro krävs uppsåt (troli-

[14] Jfr art. 9 p. 1 2 st. i första bolagsdirektivet: " /.../ tredje man kände till att åtgärden inte omfattades av föremålet för bolagets verksamhet eller med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara omedveten om det". I den tyska översättningen har godtrosregeln i art. 16 i det andra bolagsdirektivet samma innebörd som art. 9 i det första bolagsdirektivet: " /.../ daß diesen Aktionären die Unzulässigkeit der an sie erfolgten Ausschüttung bekannt war oder sie darüber nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnten". Detsamma gäller den engelska översättningen.

[15] I huvudsak samma i opublicerat yttrande över Aktiebolagskommittens förslag till ändrad lydelse av godtrosskyddet vid olovlig utdelning i 12 kapitlet 5 § aktiebolagslagen (SOU 1992:83) på s. 2f. Yttrandet återfinns bland övriga remisssvar hos Justitiedepartementet (dnr 92-3748). Det kan nämnas att mig veterligen ingen av remissinstanserna framförde några synpunkter beträffande godtrosregelns utformning i förevarande avseende.

[16] Se SOU 1992:83 s. 166. Se beträffande ondtrosrekvisitet i 33 § AvtL bl.a. Förslag till avtalslagen s. 133; Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 256; Almén–Eklund s. 129 och Grönfors, Avtalslagen s. 165. Eljest anses vanligen uttrycket "måste antagas hava ägt sådan vetskap" ligga culpabegreppet nära och då särskilt grov oaktsamhet.

gen alla typer däribland s.k. eventuellt uppsåt).[17] Uttrycket att aktieägarna "med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunniga om det" skall sålunda förstås som ett principiellt krav på vetskap som psykisk realitet men innebär att man i det särskilda fallet sänker kravet på bevisning till stor sannolikhetsövervikt på grund av svårigheten att bevisa psykiska fakta.[18]

Ett stöd för att ondtroskravet skall förstås på förevarande vis finns i dansk doktrin rörande både art. 16 och det i det närmaste likalydande ondtroskravet i art. 9 p. 1 2 st. i det första bolagsdirektivet samt i fråga om den bestämmelse i AL varigenom den sistnämnda regeln har implementerats.[19] Gomard uppger i fråga om 61 § 1 st. p. 2 AL och uttrycket "det icke kunne være ham ubekendt" (redaktionellt ändrat 1992 till "det icke kunne være den pågældende ubekendt"), som baserar sig på art. 9 p. 1 2 st., att detta inte omfattar oaktsamhet utan skall förstås som bevisat uppsåt och som tillfälle, när den föreliggande situationen är så uppenbar, att den inte kan missförstås av medkontrahenten (möjligen har Gomard grov oaktsamhet i åtanke).[20] Werlauff menar att ondtroskravet i art. 9 p. 1 2 st. inte omfattar vad medkontrahenten *borde ha insett* utan bara *positiv vetskap*.[21]

> "Ordene i direktivet 'efter det foreliggende ikke kunne være ubekendt dermed' synes at vise, at det er faktiske beviser, der skal vægtes – i modsætning till den normvurdering, der skal foretages, når man taler burdeviden."[22]

Med kritik av den i dansk rätt intagna godtrosregeln i 113 § 1 st. 2 meningen AL (aktieägaren återbäringsskyldig om han insett eller bort inse att utbetalningen var olovlig) framhåller Werlauff, att art. 16 i det andra bolagsdirektivet i likhet med art. 9 p. 1 2 st. i det första bolagsdirektivet skall tolkas som ett krav på vetskap, och alltså inte som vad medkontra-

[17] Se Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 256.

[18] Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 37. Jfr Gomard och Werlauff nedan.

[19] Se nedan.

[20] Gomard III s. 196. Enligt Gomard har ondtroskravet i 33 § AvtL en liknande innebörd. Kontrahenten anses "for at have udvist forsæt uanset usikkerhed om den retlige bedømmelse at kendte fakta (ignorantia juris)". Se Gomard III s. 196 not 51, vari hänvisas till Stein, Harmonization of European Company Laws, s. 292 med not 172 och Thorbek s. 389. Se beträffande Thorbek nedan. Det bör nämnas att Gomard (a.a. s. 383) inte framför några invändningar mot godtrosregeln i 113 § 1 st. 2 meningen AL om utdelning av vinst, vilken bygger på art. 16 i det andra bolagsdirektivet och för god tro förutsätter att aktieägaren inte insett eller borde ha insett, att utbetalningen var olaglig. Se om dansk rätt avsnitt 11.4.2 nedan.

[21] Werlauff 1990 s. 16. Se ock Werlauff 1992 s. 149 beträffande art. 16 i det andra bolagsdirektivet.

[22] Werlauff 1990 s. 16. Jfr Werlauff 1992 s. 258.

henten insett eller bort inse.[23] Återbäringsskyldighet inträder bara vid positiv vetskap. Det senare ledet i det subjektiva rekvisitet syftar på att inte blott direkta bevis utan också mer indirekta ("sandsynliggørelses") bevis kan visa att aktieägaren uppbar den olovliga utdelningen i ond tro.[24]

(2) En annan tolkning av ondtroskravet i art. 16, som jag hänför till den danska författaren Thorbeks tolkning av art. 9 p. 1 2 st. i det första bolagsdirektivet, är att ond tro förutsätter uppsåt eller grov oaktsamhet. Thorbek grundar i sin tur sin tolkning på ett skriftligt utlåtande av H C Ficker i dåvarande EG-kommissionen (bekräftat av kolleger).[25]

Flicker framhåller i sitt utlåtande att art. 9 p. 1 2 st. är ett undantag från huvudregeln i art. 9 p. 1 1 st. om den oinskränkbara och oinskränkta representationskompetensen (organteorin). Undantag bör tolkas restriktivt. Dessutom har hela art. 9 till föremål att skydda medkontrahenten, vilket bl.a. framgår av att bolaget enligt 2 st. har bevisbördan för att medkontrahenten var i ond tro. Det anförda skulle tala för att man skall jämställa den som förfarit oaktsamt (enkel sådan) med den som handlat aktsamt. Thorbek framhåller för egen del att *själva ordvalet* i art. 9 är ett annat än vad som normalt används i tysk, fransk och dansk rätt för att ange att både grov och enkel oaktsamhet grundar ond tro.[26] Thorbek medger dock att regeln är så pass vagt utformad, att domstolarna också kan frånta medkontrahenten skydd om han förfarit oaktsamt utan att det är fråga om grov oaktsamhet.[27]

En tolkning av ondtroskravet i art. 16 jämlikt nu berörda alternativ synes materiellt sett stå alternativ (1) ovan nära; det kanske inte ens existerar någon skillnad mellan dessa. Grov oaktsamhet ligger uppsåtet nära och såsom exempel på grov oaktsamhet (vårdslöshet) brukar man nämna fall då omständigheterna är sådana att en misstanke om uppsåt kan hysas men bevisning härom ej föreligger (jfr ovan).[28]

(3) Den tredje tolkningen av ondtroskravet i art. 16 är att en aktieägare är i ond tro om han insett eller bort inse att utdelningen var olovlig, och är den som har implementerats i Tyskland, Danmark och troligen Storbritannien samt föreslagits i Norge (och införts i Sverige;[29] se nedan). Med uttrycken insett respektive bort inse avser jag uppsåt respektive oaktsamhet. Således torde det senare ledet i ondtroskravet – dvs. vad aktieägaren

[23] Werlauff 1990 s. 27f.

[24] Werlauff 1992 s. 149.

[25] Thorbek s. 390 not 100.

[26] Se Thorbek s. 390 och närmare om regelns tillkomst s. 387ff.

[27] Thorbek s. 390.

[28] Jfr Rodhe, Obligationsrätt § 29 vid not 25 (s. 323).

[29] Se prop. 1993/94:196 s. 129 och s. 174 men annorlunda i SOU 1992:83 s. 139, 165f och 266 och härom närmare nedan.

med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunnig om – få förstås som att aktieägaren av *enkel oaktsamhet* har undgått uppmärksamma de faktiska omständigheter som gjorde utdelningen olovlig.

> Ondtroskravet i art. 16 synes, som framgått, förstås på detta sätt i Tyskland,[30] där det i 62 § 1 st. 2 meningen AktG har implementerats som vad aktieägaren "wußten oder infolge von Fahrlässigkeit nicht wußten"[31].

Hur bör då ondtroskravet i art. 16 tolkas? För egen del har jag i ett "privat" remissyttrande i anledning av Aktiebolagskommitténs förslag i denna fråga framfört en uppfattning som överensstämmer med det tredje tolkningsalternativet ovan.[32] I yttrandet framhöll jag sammanfattningsvis att det kunde ifrågasättas, om inte den av Aktiebolagskommittén i SOU 1992:83 föreslagna ändringen av godtrosregeln 12:5 1 st. 2 meningen ABL, vilken synes stå i överensstämmelse med alternativ 1 ovan, var oförenlig med – "strider mot"[33] – art. 16 trots att ändringen syftade till att implementera art. 16 i svensk rätt.[34] Den av Aktiebolagskommittén föreslagna lydelsen av godtrosregeln skulle i varje fall ha inneburit ett långt bättre godtrosskydd för aktieägare som mottar olovlig utbetalning av utdelning än vad motsvarande regel innebär i Tyskland, Danmark och troligen Storbritannien samt enligt den i Norge föreslagna regeln. Och någon egentlig motivering till varför så borde vara fallet framgår inte av kommitténs överväganden beträffande EG:s direktiv, av den allmänna motiveringen eller av specialmotiveringen (såvitt man inte utgår från att art. 16 har denna innebörd).[35]

Aktiebolagskommitténs förslag accepterades inte i propositionen (1993/94:196). I den allmänna motiveringen erinras om att utdelning i strid med art. 15 skall återbetalas av mottagande aktieägare, om bolaget visar att aktieägaren kände till att utdelningen var olaglig eller att han med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunnig om det. Föredraganden framhåller att innebörden i direktivets godtrosregel inte är helt

[30] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 38 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 33. I Frankrike är godtrosregeln formulerad på följande vis i art. 350 p. 2 Loi No 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (med senare ändringar): "Si la société établit que les bénéficiaires avaient connaissance du caractere irrégulier de cette distribution au moment de celle-ci ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances."

[31] Fahrlässigkeit täcker både enkel (einfache) och grov (grobe) oaktsamhet (vårdslöshet). Enkel oaktsamhet förstår jag som vad medkontrahenten bort inse.

[32] Se not 15 ovan.

[33] Yttrandet s. 1 och jfr s. 8f.

[34] Yttrandet s. 1ff särskilt s. 8f. Såvitt jag kan förstå lade Aktiebolagskommittén stor vikt vid den i dansk litteratur framförda tolkningen av art. 9 p. 1 2 st. i det första bolagsdirektivet.

[35] Se SOU 1992:83 s. 266, 139 respektive s. 165f.

klar och att kommittén har ansett att innebörden i ondtrosrekvisitet överensstämmer med motsvarande rekvisit i 33 § AvtL (jfr Aktiebolagskommitténs förslag till lydelse av 12:5 1 st. 2 meningen ABL – "måste antagas ha känt till" – med ondtrosrekvisitet i 33 § AvtL: "måste antagas hava ägt sådan vetskap"). Ordalydelsen uppges emellertid inte utesluta en tolkning som närmare överensstämmer med vad som allmänt gäller i fråga om ond tro i svensk rätt ("insett eller bort inse"). Sålunda har lagstiftningen i Danmark utformats på detta vis ("indså eller burde have indset"; se 113 § 1 st. 2 meningen AL varom mer medan avsnitt 11.4.2). Vidare har lagstiftningen i Tyskland en liknande utformning (62 § 1 st. 2 meningen AktG, varom ytterligare nedan avsnitt 11.3.6.1). Mot bl.a. denna bakgrund antar föredraganden att direktivet ger utrymme för en godtrosregel utformad på det sätt som skett i dansk och tysk lagstiftning. Vad angår den närmare utformningen av ondtrosrekvisitet uppges det vara sakligt motiverat med en bestämmelse som ansluter till vad som allmänt gäller i svensk rätt angående ond eller god tro, dvs. skyldigheten att betala tillbaka vinstmedlen bör vara beroende av om aktieägaren insett eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL.[36]

En plausibel förklaring till varför innebörden av ondtroskravet i art. 9 p. 1 2 st. i det första bolagsdirektivet och art. 16 i det andra bolagsdirektivet är så svårt att fastställa är att ondtroskravet *inte har utformats i syfte* att särskilja mellan olika grader av oaktsamhet. Vad som grundar ond tro – dvs. vad bolagets medkontrahent "med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara omedveten om" i art. 9 p. 1 2 st. respektive vad aktieägarna "med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunniga om" i art. 16 – kan avsiktligen ha lämnats öppet i syfte att ge direktivens ondtroskrav en självständig ställning i förhållande till lagstiftningen i de enskilda medlemsstaterna.[37] Det är därmed tänkbart att en aktieägare enligt art. 16 skall anses vara i ond tro om han inte iakttagit den grad av

[36] Prop. 1993/94:196 s. 129. Se härom närmare avsnitt 13.2.4.

[37] Det framgår av den danska litteraturen på området att den danska lagstiftaren beträffande 61 § 1 st. p. 2 AL velat överlåta till domstolarna, att avgöra i vilket omfång oaktsamhet skall grunda ond tro. Se Sneholt–Thomsen s. 289 och Virksomheds-Karnov 1994 not 288 till 61 § 1 st. p. 2 AL (s. 375) samt jfr därtill Gower II s. 172 not 27. Jfr eventuellt art. 177 i romfördraget, som ger EG-domstolen behörighet att i form av förhandsbesked avgöra frågor rörande giltigheten och tolkningen av rättsakter som utfärdats av gemenskapens institutioner (Virksomheds-Karnov 1994 a.st.). Jfr härvidlag Thorbek s. 390, vilken åberopar ordvalet till stöd för att art. 9 p. 1 2 st. inte skulle omfatta både enkel och grov oaktsamhet (se ovan). Enligt Thorbek (s. 389f), och med hänvisning till det skriftliga utlåtandet av Ficker, ger förarbetena till art. 9 ingen vägledning till frågan om regeln omfattar både enkel och grov oaktsamhet. Orden "efter det foreliggende" (jfr "med hänsyn till omständigheterna") skall förstås som en omskrivning av oaktsamhet i och för sig, som inte siktar till en söndring mellan olika grader av oaktsamhet. Se Thorbek s. 390 med hänvisning till Ficker.

aktsamhet som efter omständigheterna skäligen bort iakttas[38] (jfr ordalydelsen: "*med hänsyn till omständigheterna* inte kunde vara okunniga om det" – min kursivering).[39] Om art. 16 skall tolkas i enlighet med vad som nu sagts innebär detta att det finns ett fjärde tolkningsalternativ förutom de ovan nämnda.

I nuläget tycks valet emellertid stå mellan de tre alternativ som nämnts ovan. Jag vill mena att ondtroskravet i art. 16 inte bör tolkas som att endast uppsåt grundar ond tro. Enligt min mening täcks dolusfallen redan av uttrycket "kände till". Härav följer att formuleringen "med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunniga om det" syftar på något annat och att det ligger nära till hands att anta att detta åtminstone är grov oaktsamhet. Sålunda bör grov oaktsamhet grunda ond tro (jfr Thorbek ovan). Men man bör inte ens stanna vid grov oaktsamhet. Det är sannolikt att en aktieägare även skall anses vara i ond tro när han av oaktsamhet undgått uppmärksamma – dvs. bort inse – de faktiska omständigheter som gjorde utdelningen olovlig.

Ett tungt vägande skäl som talar för att en aktieägare skall anses vara i ond tro vid enkel oaktsamhet är naturligtvis rättsläget i våra grannländer. Argumentet blir dock mer övertygande om man beaktar de ändamålsskäl som ligger till grund för reglerna i art. 15–16 i det andra bolagsdirektivet.

Syftet med art. 15 är att i bl.a. bolagsborgenärernas intresse garantera att en viss andel av nettoförmögenheten i publika bolag inte blir föremål för utdelning.. Art. 15 innehåller minimumregler, som medlemsstaterna och de stater som omfattas av EES-avtalet i tredje mans intresse väl kan förbättra (t.ex. genom reservfondsavsättning) men inte försämra.

Art 16 synes bygga på en allmän princip om att alla typer av utdelningar i strid mot art. 15 ger upphov till återbäringsskyldighet. Genom godtrosregeln *undgår* aktieägarna därför återbäringsskyldighet.

Godtrosregeln i art. 16 torde vila på den ändamålsavvägningen att skyddet för de enskilda aktieägarna under där angivna förutsättningar har ansetts väga tyngre än det eljest överordnade skyddet för bolagets borgenärer. I den utsträckning art. 16 syftar till att garantera individuella aktieägare ett skydd vid utdelning i strid mot art. 15 får regeln därför antas

[38] Domstolarna skall sålunda använda sig av det aktsamhetskrav som efter omständigheterna bör ifrågakomma (t.ex. beroende på om aktieägaren har ett stort eller ett litet aktieinnehav).

[39] Vilket inte är ett okänt grepp i lagstiftningssammanhang; jfr t.ex. SOU 1935:14 s. 80 rörande 15 § SkbrL. Se även föregående not. Måhända är denna tolkning den som står i bäst överensstämmelse med ordvalet i art. 16 och direktivets trots allt självständiga ställning i förhållande till de enskilda medlemsländernas aktiebolagsrättsliga lagstiftning samt den i art. 15–16 åsyftade avgränsningen mellan å ena sidan skyddet för enskilda utbetalningsmottagande aktieägare och å andra sidan skyddet för bolagets borgenärer.

vara (villkorligt)[40] tvingande: Medlemsstaterna och de stater som omfattas av EES-avtalet måste tillämpa bestämmelser eller principer som garanterar enskilda aktieägare ett godtrosskydd av berört slag. Vad som kommer till uttryck i art. 16 är således en tvingande avvägning mellan skyddet för enskilda aktieägare och det i detta sammanhang eljest överordnade skyddet för bolagets fordringsägare. Med hänsyn till att en tvingande ändamålsavvägning kommer till uttryck i art. 16 bör samtliga medlemsstater implementera ondtroskravet på samma sätt. Därigenom kommer ju det andra bolagsdirektivet att bereda fordringsägare i publika bolag ett minimum av likvärdigt skydd inom hela gemenskapen.

> Detta senare krav skulle inte ha varit uppfyllt, om 12:5 1 st. 2 meningen ABL slutligen hade utformats i enlighet med den av Aktiebolagskommittén föreslagna lydelsen.[41] Se däremot godtrosregeln i sin nuvarande utformning.

Sammantaget bör ondtroskravet i art. 16 enligt min mening förstås som att aktieägarna insett eller bort inse att utbetalningen stod i strid mot art. 15. Art. 16 kan därmed även formuleras på följande vis: En utdelning i strid med artikel 15 skall återbetalas av de aktieägare som mottagit denna, om bolaget visar att de kände till att utdelningen var olaglig eller att de av oaktsamhet inte uppmärksammade detta.

11.3 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av olovliga utbetalningar i tysk rätt

11.3.1 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en historisk översikt avseende aktiebolag

Det saknades i tysk rätt före AktG 1965 en generell regel om återbäringsskyldighet vid olovliga utbetalningar av bolagets medel. Aktieägare som

[40] Inget hindrar naturligtvis att en aktieägare som i god tro uppburit utdelning i strid mot bestämmelser i nationell lagstiftning som korresponderar mot art. 15 frivilligt återbär vad han uppburit. En förutsättning torde dock vara att aktieägaren är medveten om att han inte är återbäringsskyldig och ändock väljer att återställa vad han mottagit.

[41] Jfr i sammanhanget dock SOU 1992:83 s. 139, där Aktiebolagskommittén hänvisar till att återbäringsskyldighet enligt art. 16 dock bara kommer i fråga, om bolaget förmår visa att aktieägarna kände till att utdelningen var olaglig eller att de med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunniga om det. Härefter framhåller Aktiebolagskommittén att direktivets godtroskrav är mer förmånligt för aktieägarna och i motsvarande mån mer till nackdel för bolagets borgenärer än det som i dag (dvs. före den 1 januari 1995) gäller enligt ABL. 12:5 1 st. 2 meningen ABL borde därför ändras till överensstämmelse med direktivet.

olovligen mottagit utbetalningar från ett aktiebolag var dock ansvariga för bolagets skulder motsvarande mottaget belopp (217 § 1 st. 1 meningen HGB och 56 § 1 st. 1 meningen AktG 1937).[42] Att aktieägarna därtill kunde åläggas återbäringsskyldighet framgick ändå indirekt av såväl HGB som AktG 1937 såtillvida att de inte var skyldiga att återbära vad de i god tro uppburit som utdelning av vinst eller ränta på aktier.

> Se 56 § 3 st. AktG 1937:[43] "Die Gesellschaft kann Beträge nicht zurückfordern, die Aktionäre in gutem Glauben als Gewinnanteile oder Zinsen bezogen haben."

Vad angick återbäringsskyldigheten som sådan fanns det i litteraturen olika meningar om denna skulle förstås som ett aktiebolagsrättsligt anspråk av egen art. eller som ett anspråk grundat på allmänna principer (främst reglerna i 812 §ff BGB).[44]

Utbetalningsförbuden i 213 § HGB och 52 § AktG 1937 förstods liksom är fallet enligt gällande rätt beträffande 57 § AktG som "gesetzliches Verbot" jämlikt 134 § BGB.[45] Av 134 § BGB följer att rättshandlingar, som strider mot legala förbud, är ogiltiga.[46] Ogiltigheten torde ha omfattat såväl den obligationsrättsliga rättshandlingen (Verpflichtungsgeschäft) som den sakrättsliga rättshandlingen (Verfügungsgeschäft).[47]

> Med hänsyn till att nämnda distinktion inte är särskilt känd i Sverige och att jag återkommer till den i det följande, bör den kommenteras något ytterligare.[48] Enligt den s.k. abstraktionsprincipen består varje *sakrättslig disposition* såsom överlåtelse av två avtal: Ett *obligatoriskt*, varigenom det existerar *förpliktelse till sakrättslig förändring*, och ett *sakrättsligt*, varigenom en *sakrättslig förändring åstadkommes*.[49] Med en *sakrättslig disposition* avses i princip en disposition som syftar till en *äganderättsförändring*.
>
> Ett exempel får belysa det anförda. A och B ingår ett köpeavtal, vars innebörd är att A skall förvärva den senares bil för 200000 kr. Jämlikt abstrak-

[42] Se härom t.ex. Fischer i Grosskomm, 2 uppl. 1961, 56 § Anm. 5.

[43] Jfr 217 § 1 st. 2 meningen HGB ("guten Glauben /.../ keinem Falle zu zurückzuzahlen verpflichtet").

[44] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 4 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 4 med vidare hänvisningar. Se t.ex. för en diskussion Fischer i Grosskomm, 2 uppl. 1961, 56 § Anm. 17.

[45] Se t.ex. Fischer i Grosskomm, 2 uppl. 1961, 52 § Anm. 10.

[46] Om inte annat följer av lagbudet i fråga.

[47] Fischer i Grosskomm, 2 uppl. 1961, 56 § Anm. 10f.

[48] Se kortfattat i svensk doktrin bl.a. Bramsjö, Om avtals återgång s. 116ff; Forssell s. 52ff; Göranson, Ogiltighet i sakrätten s. 70f, Traditionsprincipen s. 109f och Hellner, Obehörig vinst s. 48f samt Schmidt i Teori och Praxis s. 289f.

[49] Se Bramsjö, Om avtals återgång s. 120 och jfr Göranson s. 70 samt i tysk rätt Deutsches Rechts-Lexikon, Band I s. 53.

tionsprincipen består överlåtelsen och den därmed åsyftade äganderätts-övergången av tre rättshandlingar enligt följande:[50]

(1) dels den obligationsrättsliga rättshandlingen (Verpflichtungsgeschäft) – köpeavtalet – varigenom B förpliktas överlämna bilen till A och A förpliktas betala köpeskillingen till B,

(2) dels den sakrättsliga rättshandlingen (Verfügungsgeschäft) som består i att bilen överlåts till köparen i enlighet med bestämmelserna härom i BGB,[51] enligt vilka det bl.a. krävs enighet mellan kontrahenterna om att egendomen skall övergå på köparen,

(3) dels ock den rättshandling varmed A betalar köpeskillingen till B.

Vad gäller utbetalningar till aktieägare av bolagets medel innebär abstraktionsprincipen, såvitt jag kan bedöma,[52] att man får dela in ett dylikt förfogande över bolagsförmögenheten i två rättshandlingar:

(1) dels den genom stämmobeslut eller motsvarande uppkomna obligationsrättsliga förpliktelsen för bolaget att betala ut pengar eller överföra annan egendom på aktieägaren,

(2) dels den sakrättsliga rättshandling varigenom bolaget betalar ut pengar eller överför annan egendom på honom.

Abstraktionsprincipens betydelse ligger bl.a. däri att om blott den obligationsrättsliga rättshandlingen är ogiltig enligt t.ex. 134 § BGB grundar sig anspråket på återbäring eller ersättning (bevakningsanspråk) på 812 § ff BGB. Skulle även den sakrättsliga rättshandlingen vara ogiltig enligt t.ex. 134 § BGB kan bolaget vindicera egendomen enligt 985 § ff BGB (från vem som helst). Se härom ytterligare nedan.[53]

11.3.2 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en översikt av gällande rätt avseende aktiebolag

I gällande rätt föreskrivs en uttrycklig återbäringsskyldighet (min term) vid olovliga utbetalningar i 62 § 1 st. 1 meningen AktG:

> "Die Aktionäre haben der Gesellschaft Leistungen, die sie entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes von ihr empfangen haben, zurückzugewähren."

Återbäringsskyldighet enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG uppkommer bl.a. vid utbetalningar i strid mot 57 § 1 st. 1 meningen AktG. 57 § AktG skall, som tidigare nämnts, i princip betraktas som ett legalt förbud mot utbetalningar – vare sig de sker öppet eller förtäckt – till aktieägare som sker annorledes än jämlikt de i AktG givna reglerna härom.[54] Följaktli-

[50] Jfr Deutsches Rechts-Lexikon, Band I s. 53.

[51] 873 §; 925 § och 929 § ff BGB. Se Deutsches Rechts-Lexikon, Band I s. 53.

[52] Jfr nedan.

[53] Se i svensk rätt i frågan t.ex. Bramsjö, Om avtals återgång s. 120f.

[54] Se härom avsnitt 3.5.2.2. Jfr ock 58 § 5 st. AktG, som finns citerat i nämnda avsnitt.

gen uppkommer återbäringsskyldighet enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG vid öppna utbetalningar i strid mot 57 § AktG. Exempel på sådana är utbetalning av förskottsutdelning till aktieägare i strid mot 59 § AktG och utbetalning av utdelning på grundval av ett ogiltigt stämmobeslut.[55] Vidare aktualiseras en tillämpning av 62 § 1 st. 1 meningen AktG vid förtäckta utbetalningar i strid mot 57 § AktG.[56] Härutöver uppkommer återbäringsskyldighet vid utbetalningar till aktieägare i samband med dels förvärv av egna aktier i strid mot 71 § ff AktG, dels nedsättning av aktiekapitalet i strid mot bl.a. 225 § 2 st. AktG, dels ock likvidation där förfogandet sker i strid mot 272 § 1 st. AktG (olovlig utskiftning vid likvidation).[57]

Den i 62 § 1 st. 1 meningen AktG stadgade återbäringsskyldigheten har alltså inte förändrat synen på 57 § AktG som ett legalt förbud.[58] Rättshandlingar i strid mot förbudet är i princip även ogiltiga enligt 134 § BGB.

> Det bör i sammanhanget framhållas att 57 § AktG inte påverkas av att bolagets styrelse enligt 82 § 1 st. AktG har en oinskränkt kompetens att binda bolaget vid rättshandlingar med utomstående. Bolagets styrelse *saknar* förmåga att binda bolaget vid rättshandlingar som strider mot legala förbud (134 § BGB) såsom 57 § AktG eller goda seder (138 § BGB). Se Hefermehl i AktG 82 § RdNr 9 och jfr Mertens i Kölner Komm 82 § RdNr 4.[59]

11.3.3 Om rättsverkningarna av ogiltighet och förhållandet till och innebörden av återbäringsskyldigheten till bolaget enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG

Enligt abstraktionsprincipen skiljer man således mellan den obligationsrättsliga rättshandlingen (avtalet) och den sakrättsliga rättshandlingen (avtalet).[60] Denna distinktion är av intresse vid utbetalningar i strid mot 57 § AktG. I princip är det alltså nödvändigt att skilja mellan det s.k. "Verpflichtungsgeschäft" och det s.k. "Verfügungsgeschäft". Det är

[55] Se Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 3 jämfört med 57 § RdNr 14.

[56] Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 3 och jfr 57 § RdNr 15 ff.

[57] Se Lutter i Köler Komm 62 § RdNr 3.

[58] Jfr ock 58 § 5 st. AktG citerat i avsnitt 3.5.2.2.

[59] Jfr ock beträffande förhållandet mellan 1:a och 2:a bolagsdirektiven och rättsläget i Danmark i not 188 nedan.

[60] Jag använder mig i det följande av termerna "obligationsrättsliga rättshandlingen" respektive "sakrättsliga rättshandlingen" (jfr Schmidt i Teori och Praxis s. 290). För att beskriva samma sak är det i svensk doktrin dock vanligt att använda termerna "obligationsrättsliga avtalet" respektive "sakrättsliga avtalet". Ytterligare två termer som förekommer är "kasualavtal" respektive "sakrättslig överlåtelse".

emellertid nödvändigt att upprätthålla ytterligare en distinktion. Utbetalningar i strid mot 57 § AktG brukar delas in i två separata kategorier: öppna respektive förtäckta sådana. Vid både öppna och förtäckta utbetalningar i strid mot 57 § AktG uppkommer frågan om såväl den obligationsrättsliga rättshandlingen som den sakrättsliga rättshandlingen är ogiltig. Frågan synes besvaras olika beroende på om det rör sig om en öppen eller förtäckt utbetalning.

Öppna utbetalningar i strid mot 57 § AktG är enligt den härskande meningen ogiltiga. Ogiltigheten träffar i lika hög grad den obligationsrättsliga rättshandlingen[61] som den sakrättsliga rättshandlingen[62]. Vad beträffar förtäckta utbetalningar är rättsläget, såvitt jag kan förstå, mer osäkert.[63] Ett aktiebolag får i varje fall inte företa en utbetalning i strid mot 57 § AktG (Leistungsverbot).[64] Den härskande meningen synes också vara att den obligationsrättsliga rättshandlingen är ogiltig.[65] Detta skulle i princip innebära att rättshandlingen – t.ex. köp av bolagets egendom till underpris – är *ogiltig i sin helhet*; aktieägaren är inte endast "återbäringsskyldig" för skillnaden mellan avtalat pris och tillgångens marknadsvärde[66] (jfr 139 § BGB och 62 § 1 st. 1 meningen AktG). Däremot synes huvudregeln i fråga om den sakrättsliga rättshandlingen vara att denna är giltig.[67]

Under vissa förutsättningar omfattas, som jag tidigare har berört, utbetalningar till utomstående av utbetalningsförbudet i 57 § 1 st. 1 meningen

[61] Se t.ex. RGZ 77, 71 på s. 72f. Se i litteraturen t.ex. Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 71 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 62.

[62] Jfr t.ex. i nutid OLG München i AG 1980 s. 272 på s. 273 men annorlunda OLG Düsseldorf i AG 1980 s. 273 på s. 274. Se i litteraturen Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 71 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 63. För en annan uppfattning se Joost i ZHR 149 (1985) s. 421ff.

[63] Jfr Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 73 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 64. Se för en kritisk inställning till ogiltighetsläran t.ex. Schmidt, Gesellschaftsrecht § 29 II Anm. 2 aa)f (s. 746ff) med vidare hänvisningar och Ballerstedt s. 128ff.

[64] Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 65 och Schmidt, Gesellschaftsrecht § 29 II Anm. 2 aa) (s. 747).

[65] Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 73 och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 67. Det finns möjligen även andra ogiltighetsgrunder – t.ex. 306 § BGB; jfr Schmidt, Gesellschaftsrecht § 29 II Anm. 2 aa) (s. 746). För en kritisk eller (och) annorlunda mening i ogiltighetsfrågan; se t.ex. Ballerstedt s. 128ff, Joost i ZHR 149 (1985) s. 421ff och Schmidt, Gesellschaftsrecht § 29 II Anm. 2 aa) (s. 746ff).

[66] Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 66. Dock synes flera författare vara av en annan uppfattning; se t.ex. Godin–Wilhelmi 57 § Anm. 7.

[67] Se t.ex. Flume i ZHR 144 (1980) s. 24f respektive i Die juristische Person s. 292f och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 70 men annorlunda (beträffande bolagets prestation) Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 75.

AktG.[68] I dylika situationer synes också i vissa fall ogiltighet kunna komma i fråga.[69]

Ett spörsmål som aktualiseras i samband med utbetalningar i strid mot 57 § AktG är hur rättsverkningarna av ogiltigheten förhåller sig till den i 62 § 1 st. 1 meningen AktG stadgade återbäringsskyldigheten. Härvidlag synes det – såvitt jag förstå – finnas två alternativ att välja mellan (varav det senare egentligen innebär att rättsföljden begränsas till återbäringsskyldighet enligt 62 § 1 st. 1 meningen; jfr nedan):

(1) En lösning, som får betraktas som representativ för den härskande meningen, innebär att man skiljer rättsverkningar av ogiltighet från återbäringsskyldighet enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG.[70] Är den sakrättsliga rättshandlingen ogiltig kan bolaget vindicera egendomen enligt 985 § ff BGB.[71] Enbart om den sakrättsliga rättshandlingen är giltig måste bolagets ställföreträdare grunda återbäringsanspråket på 62 § 1 st. 1 meningen AktG.[72] Återbäringsanspråk enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG kan innefatta såväl kontanta medel som annan egendom.[73] Dessa parallellt tillämpliga principer skall sannolikt tillämpas oavsett om en olovlig utbetalning sker i öppen eller förtäckt form.[74]

Således existerar anspråk som grundar sig på de allmänna bestämmelserna i BGB respektive 62 § 1 st. 1 meningen AktG oberoende av varandra.[75] Skulle ett återbäringsanspråk enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG ha preskriberats enligt 62 § 3 st. AktG äger bolaget vindicera egendomen i enlighet med allmänna principer.[76] Och även om den sakrättsliga rätts-

[68] Se ovan avsnitt 6.3.2.3.

[69] Se närmare Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 76 ff och Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 71 ff. Skadeståndsskyldighet för tredje man synes vanligen bara komma i fråga om denne är i ond tro (jfr 826 § BGB). Se Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 73.

[70] Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 22 och 25. Jfr Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 63 och 62 § RdNr 26 samt särskilt RdNr 29.

[71] Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 83 och 62 § RdNr 22 samt särskilt RdNr 25 ävensom Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 29.

[72] Hefermehl–Bungeroth i AktG 57 § RdNr 84 och 62 § RdNr 22 samt Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 26.

[73] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 21 f och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 26.

[74] Jfr Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 24 och 57 § RdNr 75 med 62 § RdNr 22 och 25. Jfr därtill Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 27 och 57 § RdNr 70 med 62 § RdNr 26 och 29. En vindikationsrätt enligt 985 § ff BGB förutsätter, vilket är osäkert beträffande förtäckta dispositioner, att den sakrättsliga rättshandlingen är ogiltig.

[75] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 25 och jfr Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 63 och 62 § RdNr 26 och 29.

[76] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 25.

handlingen är giltig kan bolaget grunda ett återbäringsanspråk på 62 § 1 st. 1 meningen AktG.[77]

Om egendomen har förstörts eller överlåtits till annan som var i god tro följer ersättningsskyldigheten av de allmänna bestämmelserna i BGB.[78] Aktieägaren måste på motsvarande vis ersätta värdet av en mottagen prestation, när prestationen är sådan att denna inte kan återgå till bolaget (t.ex. tjänst eller nyttjanderätt).[79] Återbäringsregeln i 62 § 1 st. 1 meningen AktG anses inte ge upphov till någon subsidiär ersättningsskyldighet då egendomen har gått förlorad.[80]

> (2) En annan – betydligt mer radikal och kanske mindre dogmatisk – lösning företräds av några författare som synes mena att det är onödigt att upprätthålla rättsverkningar av ogiltighet vid sidan av återbäringsskyldighet jämlikt 62 § 1 st. 1 meningen AktG[81] (sannolikt förutsätter detta att 134 § BGB inte anses tillämplig, vilket i så fall närmast synes innebära att man inte kan tala om "ogiltighet"; rättsverkningarna skulle alltså vara begränsade till återbäringsskyldighet enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG m.m.). Måhända skulle återbäringsskyldigheten till och med kunna begränsas till en värdeersättningsskyldighet (jfr beträffande 31 § 1 st. GmbHG nedan).

Ett återbäringskrav enligt 1 st. 1 meningen 62 § AktG skall i och för sig förstås som ett *obligationsrättsligt anspråk*.[82] Det är emellertid samtidigt ett anspråk av mer kvalificerad art: 62 § AktG "**vereinheitlicht und verstärkt zunächst alle skuldrechtlichen Ansprüche der AG**".[83] Anspråket är av egen *aktiebolagsrättslig art*[84] som utesluter en tillämpning av bestämmelserna i 812 §ff BGB[85].

Återbäringsanspråk som grundar sig på 62 § 1 st. 1 meningen AktG

[77] Jfr Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 22 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 26.

[78] Se 275 § respektive 280 §ff. Se Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 22 och Lutter i Kölner Komm 62 RdNr 26.

[79] 346 § 2 meningen BGB. Se Hefermehl–Bungeroth 62 § RdNr 23 och Lutter i Kölner Komm 62 § 26.

[80] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 22 och jfr Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 26. Annorlunda Godin–Wilhelmi 62 § Anm. 5.

[81] Jfr t.ex. Joost ZHR 149 (1985) s. 421ff och Schmidt, Gesellschaftsrecht § 29 II Anm. 2 aa)f (s. 746ff) samt Wilhelm i Festschrift für Flume zum 70. Geburtstag, Band II, s. 383ff; samtliga med vidare hänvisningar. Vad gäller förtäckta utbetalningar i strid mot 57 § AktG se även Bommert s. 88ff. Jfr i sammanhanget beträffande äldre rätt dessutom Ballerstedt s. 128ff.

[82] Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 29.

[83] Lutter i Kölner Komm 57 § RdNr 63.

[84] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 4 och RdNr 26 samt Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 4.

[85] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 26 och Lutter i Kölner Komm 62 RdNr 29.

kan i princip bara göras gällande mot bolagets aktieägare (jfr ovan).[86] Om en utbetalning till en utomstående skall tillgodoräknas en aktieägare skall den senare anses som återbäringsskyldig enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG.[87] Vid sidan härav synes – i nämnda situation – anspråk kunna riktas mot den förra kontrahenten enligt de allmänna bestämmelserna i BGB (812 § ff och 985 § ff).[88]

11.3.4 Om bolagsborgenärernas talerätt enligt AktG

Talan om återbäring enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG kan enligt 62 § 2 st. AktG föras av bolagets enskilda borgenärer. 62 § 2 st. AktG har följande lydelse:

> "Der Anspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Konkursverwalter das Recht der Gesellschaftsgläubiger gegen die Aktionäre aus."

Bestämmelsen innebär en rätt för bolagets borgenärer att föra talan i eget namn avseende bolagets anspråk på återbäring från aktieägarna (Prozeßstandschaft).[89] Talerätten innebär att bolagets borgenärer kan kräva att återbäring skall ske till bolaget; fordringsägarna kan inte kräva att aktieägarna presterar direkt till dem.[90] Rätten att föra talan omfattar bara anspråk som grundar sig på 62 § 1 st. 1 meningen AktG.[91] 62 § 2 st. AktG innebär alltså inte någon rätt för bolagets borgenärer att t.ex. vindicera egendom i enlighet med de allmänna bestämmelserna i BGB (985 § ff BGB).[92]

En förutsättning för att en fordringsägare skall kunna föra talan om återbäring är att han inte har fått betalt för sin fordran mot bolaget, t.ex.

[86] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 7 och jfr RdNr 17 samt Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 8.

[87] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 20 och jfr om problemet Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 9 ff.

[88] Se särskilt Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 20.

[89] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 44 f och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 40. Jfr annorlunda 217 § 1 st. 1 meningen HGB och 56 § 1 st. 1 meningen AktG 1937.

[90] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 47 ff i RdNr 49 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 45. Hefermehl–Bungeroth (62 § RdNr 47 med vidare hänvisningar) anger dock den härskande meningen som att bolagets borgenärer kan kräva att aktieägarna presterar till dem och inte till bolaget. Se särskilt (obiter) BGH i BGHZ 69, 274 på s. 284. Denna uppfattning synes numera ha spelat ut sin roll. Se Lutter i Kölner Komm a.st.

[91] Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 45.

[92] Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 45.

då exekutiva åtgärder har misslyckats[93] eller då borgenärens fordran av andra orsaker inte har blivit infriad[94]. Fordringsägaren har bevisbördan för att detta villkor är uppfyllt.[95] I händelse av konkurs övergår talerätten på konkursförvaltaren och därefter saknar följaktligen bolagets borgenärer egen talerätt.[96]

11.3.5 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en översikt avseende andelsbolag

Alltsedan GmbH infördes i tysk lagstiftning 1892 gäller att andelsägarna är återbäringsskyldiga (med min terminologi) för utbetalningar som tar i anspråk tillgångar motsvarande andelskapitalet (30 § 1 st. GmbHG). Återbäringsskyldigheten är i 31 § 1 st. GmbHG uttryckt på följande vis (oförändrad sedan 1892):

> "Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 zuwider geleistet sind, müssen der Gesellschaft erstattet werden."

Sålunda är syftet med återbäringsregeln i 31 § 1 st. att skydda andelskapitalet. Bestämmelsen är tillämplig oavsett om en lagstridig utbetalning sker i öppen eller förtäckt form.[97]

En särskild fråga är om 31 § 1 st. GmbHG kan tillämpas analogt vid förtäckta utbetalningar i strid mot andra principer i GmbHG såsom likhetsgrundsatsen,[98] lojalitetsplikten (Treuepflicht)[99] och kompetensfördelningen mellan bolagsorganen i bolaget[100]. Vissa författare synes mena att så är fallet.[101] Andra synes företräda en motsatt uppfattning.[102] Den senare uppfattningen synes innebära – åtminstone sådan den beskrivs av flertalet författare[103] – att om någon av bolagets ställföreträdare har företagit en förtäckt

[93] Hefermehl–Bungeroth 62 § RdNr 56 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 43.
[94] Se närmare Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 55f och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 43.
[95] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 56 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 43.
[96] Hefermehl–Bungeroth 62 § RdNr 61f och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 50.
[97] Hueck i Baumbach–Hueck 31 § RdNr 5 jämfört med 30 § RdNr 12.
[98] Se t.ex. Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 73. Frågan behandlas utförligt av Tries s. 148ff.
[99] Se t.ex. Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 74. Se utförligt Tries s. 140ff.
[100] Se t.ex. Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 75. Se utförligt Tries s. 89ff.
[101] Jfr bl.a. Flume i ZHR 144 (1980) s. 27 och i Die juristische Person s. 294f samt Lutter–Hommelhoff 29 § RdNr 50f.
[102] Emmerich i Scholz 29 § RdNr 184f; Hueck i Baumbach–Hueck 29 § RdNr 76 och 78 och Schmidt i Gesellschaftsrecht § 37 III Anm. 2 d) (s. 947f) samt Tries s. 221. Se om frågan Goerdeler–Müller i Hachenburg 29 § RdNr 134.
[103] Se Goerdeler–Müller i Hachenburg 29 § RdNr 134 med utförliga hänvisningar.

utbetalning till en andelsägare så har ställföreträdaren företagit en rättshandling för bolaget i avsaknad av kompetens (177 § ff BGB). Bolaget kan grunda återkravsrätten på reglerna i 812 § ff BGB (och eventuellt vindicera egendomen i enlighet med bestämmelserna i 985 § ff BGB).[104] Andelsägarna kan senare ratihabera beslutet (177 § BGB och 46 § p. 1 GmbHG); dock måste de därvidlag iaktta lojalitetsprincipen och likhetsgrundsatsen.[105]

Vad som utbetalats i strid mot 57 § 1 st. 1 meningen AktG kan – som tidigare nämnts – återkrävas enligt 985 § ff BGB såvida den sakrättsliga rättshandlingen är ogiltig. Aktiebolaget kan vidare återkräva vad som olovligen utbetalats enligt 62 § 1 st. 1 meningen AktG. En återkravsrätt liknande den som stadgas i 62 § 1 st. 1 meningen AktG aktualiseras sålunda enligt 31 § 1 st. GmbHG vid utbetalningar i strid mot 30 § 1 st. GmbHG. Men skall då 30 § GmbHG ses som ett legalt förbud enligt 134 § BGB på samma sätt som 57 § AktG och kan därför bolaget vindicera egendomen enligt 985 § ff BGB?

(1) En äldre uppfattning besvarar frågan jakande.[106] Både den obligationsrättsliga rättshandlingen och den sakrättsliga rättshandlingen är ogiltig.[107] Eftersom den sakrättsliga rättshandlingen är ogiltig bör bolaget kunna grunda återkravsrätten på 985 § ff BGB.[108]
(2) En till synes tidigare härskande mening, som fortfarande företräds av flera författare, innebär att ogiltighet enligt 134 § BGB blott inträder om bolagets ställföreträdare (Geschäftsführer) och andelsägaren[109] (die Vertragsschließenden)[110] var medvetna alternativt bara andelsägaren[111] var medveten om överträdelsen av 30 § 1 st. GmbHG.[112] Under denna förutsättning är eventuellt den sakrättsliga rättshand-

[104] Se särskilt Emmerich i Scholz 29 § RdNr 185.

[105] Se särskilt Emmerich i Scholz 29 § RdNr 185.

[106] Goerdeler–Müller i Hachenburg, 7 uppl. 1979, 30 § RdNr 8 ff (men se i det följande) och jfr Röhrkasten i GmbH-Rdsch 1974 s. 37 jämte Wiedemann s. 442.

[107] Goerdeler–Müller i Hachenburg, 7 uppl. 1979, 30 § RdNr 8 ff (men se i det följande) och jfr Röhrkasten i GmbH-Rdsch 1974 s. 37 jämte Wiedemann s. 442. Röhrkasten menar dock att det obligationsrättsliga avtalet inte nödvändigtvis är ogiltigt, en åsikt vid vilken man närmar sig alternativ (2) nedan.

[108] Goerdeler–Müller i Hachenburg, 7 uppl. 1979, 30 § RdNr 6 (men se i det följande) och jfr Röhrkasten i GmbH-Rdsch 1974 s. 37 jämte Wiedemann s. 442. Goerdeler–Müller (a.st.) uppger att anspråket även kan grunda sig på 812 § ff BGB.

[109] Lutter–Hommelhoff 30 § RdNr 32.

[110] BGH i GmbH-Rdsch 1953 s. 58 på s. 59.

[111] Jfr Rowedder 30 § RdNr 16.

[112] Se BGH i GmbH-Rdsch 1953 s. 58 på s. 59 och i BGHZ 69, 274 på s. 280. Se i litteraturen Goerdeler–Müller i Hachenburg 30 § RdNr 77 f (se annorlunda i den föregående upplagan ovan) och Hueck i Baumbach–Hueck 30 § RdNr 21 (till synes alternativ 1). Se om denna fråga även Westermann i Scholz 30 § RdNr 11 f och Tries s. 37 ff, särskilt s. 40 ff.

lingen ogiltig[113] och därmed torde det vara möjligt att grunda återkravsanspråket på 985 § ff BGB.

(3) I modern litteratur, men möjligen även i viss äldre,[114] finns det författare som menar, att varken den obligationsrättsliga rättshandlingen eller den sakrättsliga rättshandlingen är ogiltig enligt 134 § BGB.[115] Det är tänkbart att dessa författare företräder den härskande meningen på området.[116] Rättsföljden skulle följaktligen vara begränsad till återbäringsskyldighet enligt 31 § 1 st. GmbHG.[117]

Återbäringsanspråk enligt 31 § 1 st. GmbHG kan omfatta såväl kontanter som annan egendom.[118] Återbäringen skall försätta bolaget i samma ekonomiska situation som om utbetalningen inte hade skett, dvs. återställa värdet av nettoförmögenheten.[119] Det är tänkbart att den återbäringsskyldige – åtminstone i viss mån – har rätt att välja prestationsform, dvs. att antingen återlämna egendomen eller att utge ersättning motsvarande värdet av denna.[120] Värdeersättning måste i varje fall komma i fråga då bolagets prestation bestått i en tjänst eller dylikt.[121] De nu anförda principerna torde också vara tillämpliga vid förtäckta utbetalningar i strid mot 30 § 1 st. GmbHG.[122]

Återbäringsanspråket utgör ett *bolagsrättsligt anspråk av egen art.*[123] Anspråket riktar sig liksom förbudet i 30 § 1 st. GmbHG i princip bara till *andelsägarna.*[124] Andelsägarna kan dock i vissa fall göras ansvariga för prestationer till utomstående (jfr ovan avseende 62 § 1 st. 1 meningen

[113] Jfr Hueck i Baumbach–Hueck 30 § RdNr 21 och Rowedder 30 § RdNr 16.

[114] Jfr i frågan Ballerstedt s. 170ff (särskilt s. 173 i fråga om 138 § BGB avseende avtal i strid mot goda seder) och se Tries s. 39.

[115] Schmidt, Gesellschaftsrecht § 37 III Anm. 2 c) (s. 946). Jfr i frågan Joost ZHR 148 (1984) s. 30ff (obligationsrättsliga rättshandlingen) och s. 34ff (sakrättsliga rättshandlingen).

[116] Schmidt, Gesellschaftsrecht § 37 III Anm. 2 c) (s. 946). Jfr i rättspraxis BGH i NJW 1988 s. 139 på s. 140 men att den sakrättsliga rättshandlingen är ogiltig vid medvetna överträdelser (alternativ 2 ovan) följer möjligen av BGH:s uttalande i BGHZ 69, 274 på s. 280.

[117] Jfr Joost ZHR 148 (1984) s. 34f och s. 39.

[118] Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 7 och Rowedder 31 § RdNr 8. Men se Tries s. 43.

[119] Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 7.

[120] Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 7 och jfr Goerdeler–Müller i Hachenburg 31 § RdNr 25 samt Schmidt, Gesellschaftsrecht § 37 III Anm. 2 a) (s. 945).

[121] Se Goerdeler–Müller i Hachenburg 31 § RdNr 25 och jfr Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 7.

[122] Jfr Lutter–Hommelhoff 29 § RdNr 50f.

[123] Se Rowedder 31 § RdNr 8 och Westermann i Scholz 31 § RdNr 1. Sålunda inte ett anspråk grundat på obehörig vinst.

[124] Jfr Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 5 och Westermann i Scholz 31 § RdNr 11.

AktG).[125] Härutöver synes bolaget kunna kräva utomstående på återbäring om denne t.ex. är närstående till andelsägaren.[126] Rätt att föra talan om återbäring enligt 31 § 1 st. GmbHG tillkommer bolagets ställföreträdare eller likvidator.[127] Bolagsborgenärerna saknar möjlighet att såsom är fallet enligt 62 § 2 st. AktG föra talan i eget namn för bolagets räkning.[128]

Bolagets återbäringsanspråk preskriberas efter 5 år (31 § 5 st. GmbHG). I rättspraxis har BGH dock uppställt en allmän princip, som innebär att återbäringsskyldigheten faller bort så snart och såvitt – "Sobald und soweit"[129] – senare uppkomna vinster eller annat återställt den genom utbetalningen uppkomna bristen i andelskapitalet (se BGH i NJW 1988 s. 139).[130]

11.3.6 Godtrosskyddet vid olovligen uppburen utbetalning av utdelning från aktiebolag och andelsbolag

11.3.6.1 Aktiebolag

Ett godtrosskydd för aktieägare som mottagit olovlig utdelning återfanns redan i HGB (217 § 1 st. 2 meningen).[131] En motsvarande godtrosregel stadgades i 56 1 st. 2 meningen och 3 st. AktG 1937. Numera återfinns godtrosregeln i 62 § 1 st. 2 meningen AktG och har följande lydelse:

> "Haben sie Beträge als Gewinnanteile bezogen, so besteht die Verpflichtung nur, wenn sie wußten oder infolge von Fahrlässigkeit nicht wußten, daß sie zum Bezuge nicht berechtigt waren."

Den nu gällande godtrosregeln grundar sig på art. 16 i det andra bolagsdirektivet. Godtrosregeln är endast tillämplig vid olovlig utbetalning av utdelning på grundval av stämmobeslut (174 §) eller olovlig utbetalning av förskottsutdelning (59 §).[132] Godtrosregeln bereder alltså inte aktie-

[125] Lutter–Hommelhoff i GmbHG 31 § RdNr 5 och Westermann i Scholz 31 § RdNr 11.

[126] Lutter–Hommelhoff i GmbHG 31 § RdNr 5 och jfr Westermann i Scholz 31 § RdNr 12. Om den sakrättsliga rättshandlingen anses som ogiltig på grund av 134 § BGB, är talan mot utbetalningsmottagaren grundad på 985 §ff BGB möjlig. Se Westermann i Scholz 31 § RdNr 9.

[127] Westermann i Scholz 31 § RdNr 8.

[128] Westermann i Scholz 31 § RdNr 8.

[129] BGH i NJW 1988 s. 139 på s. 140.

[130] Se härom bl.a. Goerdeler–Müller i Hachenburg 31 § RdNr 24, Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 11f (annan mening) och Tries s. 54ff samt Westermann i Scholz 31 § RdNr 6f. Se ock om avgörandet Hommelhoff i Festschrift für Alfred Kellermann s. 165ff (kritisk med en annan mening).

[131] Jfr 218 § ADHGB.

[132] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 37 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 32.

ägarna något skydd vid förtäckta utbetalningar i strid mot 57 § 1 st. 1 meningen AktG[133] och inte heller vid olovliga utbetalningar i samband med förvärv av egna aktier, nedsättning av aktiekapitalet eller likvidation (olovlig utskiftning)[134]. Huruvida utbetalningen har betecknats som utdelning är dock inte av avgörande betydelse.[135] Det är tillräckligt att aktieägaren uppfattat utbetalningen som sin tillkommande andel av vinstutdelningen.[136]

I äldre rätt krävdes för godtrosskydd att aktieägaren inte insåg eller måste ha insett att utbetalningen av utdelning var olovlig (jfr 62 § 1 st. 2 meningen AktG i äldre lydelse: "/.../ wußten oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußten /.../"; kände till eller av grov oaktsamhet inte kände till). Med det andra bolagsdirektivet har godtrosregeln erhållit sin nuvarande utformning, där ett godtrosskydd även saknas vid enkel oaktsamhet, dvs. vad aktieägaren bort inse ("einfacher Fahrlässigkeit").[137]

Vad som grundar ond tro – dvs. vad aktieägaren insett eller bort inse – måste bedömas mot bakgrund av allmänna civilrättsliga principer (jfr 276 § 1 st. 2 meningen BGB[138]).[139] I bedömningen skall man fästa vikt vid bl.a. aktieägarens insikt i fråga om årsredovisningen och stämmobeslutet.[140] I likhet med vad som är fallet i Sverige[141] ställs det större krav på aktieägare med betydande aktieinnehav.[142]

En i äldre tysk rätt omstridd fråga var vem som hade bevisbördan för ond respektive god tro. Skulle bolaget visa att aktieägaren uppbar utbetalningen i ond tro? Eller skulle aktieägaren visa att han var i god tro när han uppbar utbetalningen? Det är sannolikt att rättsläget före AktG var sådant, att bolaget hade bevisbördan för att aktieägaren var i ond tro när han uppbar den olovliga utbetalningen.[143] Med AktG infördes en omkastad bevisbörderegel (62 § 1 st. 3 meningen). Genom implementeringen av art. 16 i det andra bolagsdirektivet har dock bolaget återigen fått bevisbördan. Bolaget måste närmare bestämt visa, att aktieägaren insett

[133] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 36 och jfr Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 32.
[134] Barz i Grosskomm 62 § Anm. 6 och Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 36.
[135] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 37 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 32.
[136] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 36f.
[137] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 2 och 38 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 1 och 33.
[138] "Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt."
[139] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 39 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 33.
[140] Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 33.
[141] Se avsnitt 13.3.3 nedan.
[142] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 39 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 33.
[143] Se Barz i Grosskomm, 2 uppl. 1961, 56 § Anm. 13 med vidare hänvisningar.

eller bort inse att han inte var berättigad till någon utdelning (das Fehlen seiner Bezugsberechtigung).[144] Däremot gäller att bevisbördan för att aktieägaren mottagit *utbetalningen som utdelning* åvilar aktieägaren ("Beträge als Gewinnanteil").[145] Det bör framhållas att aktieägaren måste vara i god tro vid den tidpunkt han uppbär utbetalningen.[146]

11.3.6.2 Andelsbolag

Det godtrosskydd som gäller vid utbetalningar i strid mot 30 § 1 st. GmbHG är annorlunda utformat än det i 62 § 1 st. 2 meningen AktG. Vidare gäller att GmbHG innehåller två olika godtrosregler. Den första godtrosregeln återfinns i 31 § 2 st. GmbHG och lyder på följande vis:

> "War der Empfänger in gutem Glauben, so kann die Erstattung nur insoweit verlangt werden, als sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist."

Återbäringsskyldigheten enligt 31 § 1 st. GmbHG omfattar, som tidigare nämnts, vad som uppburits i strid mot 30 §. Om andelsägarna uppburit en olovlig utbetalning i god tro begränsas återbäringsskyldigheten enligt godtrosregeln till vad som krävs för att tillgodose bolagsborgenärernas behov. Vad som avses med begreppet "gutem Glauben" är osäkert. Enligt en äldre uppfattning skall mottagaren anses vara i god tro såvida han inte var medveten om överträdelsen ("Kenntnis"; dvs. vad bolagsmannen insett).[147] Ond tro skall enligt en annan uppfattning anses föreligga om mottagaren bort inse överträdelsen ("einfache Fahrlässigkeit"; dvs. enkel oaktsamhet).[148] Godtrosrekvisitet skall enligt gällande rätt troligtvis tolkas som vad andelsägaren varken insett eller måste ha insett ("grober Fahrlässigkeit"; dvs. grov oaktsamhet).[149] Andelsägaren är i god tro, om han varken insett eller måste ha insett att utbetalningen stred mot 30 § 1 st. GmbHG,[150] dvs. att utbetalningen tog i anspråk tillgångar motsvarande andelskapitalet[151]. Det är andelsägaren som – i vart fall enligt den härskande meningen – har bevisbördan för god tro.[152] Bolaget måste

[144] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 RdNr 42 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 34.
[145] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 42 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 34.
[146] Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 41 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 33.
[147] Brodmann 31 § Anm. 2 a). Jfr Goerdeler–Müller i Hachenburg, 7 uppl. 1979, 31 § RdNr 14, vars systematik jag använder mig av här.
[148] Se Schmidt i Hachenburg, 6 uppl. 1956, 31 § Anm. 4a.
[149] Jfr 932 § 2 st. BGB. Se t.ex. Hueck i Baumbach–Hueck 31 § RdNr 14 och Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 15.
[150] Jfr Hueck i Baumbach–Hueck 31 § RdNr 14.
[151] Jfr Hueck i Baumbach–Hueck 31 § RdNr 14 och Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 15.
[152] Hueck i Baumbach–Hueck 31 § RdNr 14 och Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 15.

dock visa att återbäringsskyldighet föreligger och att återbäring är nödvändig för att tillgodose bolagsborgenärerna.[153] Godtrosskyddet förutsätter att andelsägaren var i god tro när han uppbar utbetalningen.[154]

Även om en utbetalning inte strider mot 30 § GmbHG kan denna vara otillåten (jfr ovan avsnitt 11.3.5); t.ex. om utbetalningen grundar sig på ett ogiltigt stämmobeslut[155]. Ersättningsskyldigheten följer i sådana fall av de allmänna principerna i BGB (i regel 812 §ff BGB).[156] En andelsägare som i god tro uppburit utbetalning av utdelning undgår ändock ersättningsskyldighet enligt 32 § GmbHG:

> "Liegt die in § 31 Abs. 1 bezeichnete Voraussetzung nicht vor, so sind die Gesellschafter in keinem Fall verpflichtet, Beträge, welche sie in gutem Glauben als Gewinnanteile bezogen haben, zurückzuzahlen."

Godtrosregeln i 32 § omfattar endast utbetalning av vinstutdelning. Lagrummet ger inte något skydd vid förtäckt vinstutdelning[157] och skulle utbetalningen stå i strid mot 30 § skall 31 § 2 st. tillämpas. Vad som omfattas är utbetalning av utdelning i enlighet med ett felaktigt stämmobeslut eller motsvarande avseende användning av bolagets vinst.[158]

Begreppet "gutem Glauben" i 32 § har förmodligen samma innebörd som i 31 § 2 st. GmbHG, dvs. som vad andelsägaren varken insåg eller måste ha insett.[159] Andelsägaren måste vara i god tro om hela vinstutdelningsförfarandet.[160] Sålunda synes krävas att han är i god tro om dels de omständigheter på vilka stämman beslutar fastställa årsredovisningen och på vilka stämman fattar beslut om användning av bolagets vinst, dels det förfarande varigenom utdelningen verkställs.[161] Den för godtrosbedömningen avgörande tidpunkten är då andelsägaren mottog utbetalningen[162] och andelsägaren har också i detta fall bevisbördan för att han uppbar utbetalningen i god tro[163].

[153] Hueck i Baumbach–Hueck 31 § RdNr 14 och Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 17.
[154] Hueck i Baumbach–Huech 31 § RdNr 14
[155] Lutter–Hommelhoff 32 § RdNr 1.
[156] Se härom Goerdeler–Müller i Hachenburg 32 § RdNr 4f och Westermann i Scholz 32 § RdNr 3ff samt Hueck i Baumbach–Hueck 32 § RdNr 7.
[157] Hueck i Baumbach–Hueck 32 § RdNr 3, Lutter–Hommelhoff 32 § RdNr 2 och Westermann i Scholz 32 § RdNr 6.
[158] Lutter–Hommelhoff i 32 § RdNr 2 och Rowedder 32 § RdNr 4.
[159] Hueck i Baumbach–Hueck 32 § RdNr 6 och Goerdeler–Müller i Hachenburg 32 § RdNr 13.
[160] Lutter–Hommelhoff 32 § RdNr 4.
[161] Jfr Lutter–Hommelhoff 32 § RdNr 4 och Hueck i Baumbach–Hueck 32 § RdNr 6.
[162] Hueck i Baumbach–Hueck 32 § RdNr 6 och Lutter–Hommelhoff 32 § RdNr 4.
[163] Hueck i Baumbach–Hueck 32 § RdNr 6 och Lutter–Hommelhoff 32 § RdNr 8.

11.3.7 Ersättningsskyldighet (annan än återbäringsskyldighet) för aktieägare i aktiebolag och andelsägare i andelsbolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning

11.3.7.1 Aktiebolag

Inom ramen för GmbHG, vilket jag återkommer till i följande avsnitt, stadgas subsidiär ersättningsskyldighet för andra andelsägare, när en andelsägare som uppburit en olovlig utbetalning inte kan fullgöra bolagets krav på återbäring. En liknande bestämmelse saknas i 62 § AktG. Det kan dock ifrågasättas, om inte en dylik ersättningsskyldighet för aktieägare skulle kunna följa av de allmänna bestämmelserna i BGB (823 § 2 st. eller i vart fall 826 §).[164]

11.3.7.2 Andelsbolag

Andra andelsägare än de som mottagit utbetalningar i strid mot 30 § GmbHG kan alltså åläggas ersättningsskyldighet. Under vilka förutsättningar så är fallet framgår av 31 § 3 st:

> "Ist die Erstattung von dem Empfänger nicht zu erlangen, so haften für den zu erstattenden Betrag, soweit er zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist, die übrigen Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. Beiträge, welche von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, werden nach dem bezeichneten Verhältnis auf die übrigen verteilt."

Ersättningsskyldighet enligt 31 § 3 st. förutsätter att bolaget har ett giltigt anspråk på återbäring och att detta inte kan fullgöras av den återbäringsskyldige.[165] Att någon återbäring inte kommer till stånd kan t.ex. bero på konkurs eller misslyckat exekutivt förfarande.[166] Vidare måste ersättningsskyldigheten vara nödvändig för att tillgodose bolagsborgenärernas behov, varmed avses att bolaget inte kan fullgöra sina förpliktelser på grund av t.ex. insufficiens och illikviditet.[167] Bolaget har bevisbördan för att nu nämnda villkor är uppfyllda.[168]

Andelsägarna är skyldiga att utge ersättning med ett så pass stort belopp att bolaget kan fullgöra sin förpliktelser gentemot fordringsägarna; varje andelsägare ansvarar proportionellt i förhållande till sin andel

[164] Jfr Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 27 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 30. Jfr därtill 117 § 3 st. AktG och Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 28.
[165] Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 18.
[166] Hueck i Baumbach–Hueck 31 § RdNr 16 och Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 18.
[167] Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 18 jämfört med RdNr 17.
[168] Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 18 och jfr Rowedder 31 § RdNr 16.

("Verhältnis ihrer Geschäftsanteile"). Bolaget kan maximalt kräva andelsägarna på ett belopp motsvarande totala andelskapitalet.[169] Om en andelsägare inte kan fullgöra sin subsidiära ersättningsskyldighet ansvarar övriga delägare proportionellt för hans andel.

11.3.8 Ersättningsskyldighet för styrelseledamöter och medlemmar i förvaltningsrådet i aktiebolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning[170]

Ansvarsreglerna för styrelseledamöter m.fl. vid olovliga utbetalningar är i tysk rätt utformade på ett annat sätt än i svensk rätt (jfr 12:5 2 st. ABL). Det legala förbudet i 57 § AktG m.fl. bestämmelser är sanktionerat med ett skadeståndsansvar i 93 § AktG.

> Medlemmar av förvaltningsrådet omfattas på grund av en uttrycklig hänvisning i 116 § av 93 §. Detta är underförstått i det följande.

Vilken grad av aktsamhet som bolagets styrelseledamöter har att iaktta framgår av 93 § 1 st. 1 meningen AktG:

> "Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden."

En styrelseledamot skall i förvaltningen av bolagets angelägenheter visa den omsorg som motsvarar vad en "ordentlig och samvetsgrann" företagsledare visar. Skadeståndsskyldighet inträder i princip vid varje – uppsåtlig eller oaktsam – avvikelse från denna omsorgsplikt förutsatt bolaget åsamkas skada (93 § 2 st. 1 meningen AktG).[171] Styrelseledamoten har bevisbördan för att han har fullgjort omsorgsplikten (93 § 2 st. 2 meningen AktG).

Vid utbetalningar i strid mot AktG gäller ett strängt utformat skadeståndsansvar enligt 93 § 3 st. AktG:

> "Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Gesetz
> 1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt werden,
> 2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt werden, /.../
> 5. Gesellschaftsvermögen verteilt wird, /.../."[172]

[169] Hueck i Baumbach–Hueck 31 § RdNr 17 och Lutter–Hommelhoff 31 § RdNr 20.

[170] Jfr i förevarande sammanhang även Dotevall s. 160ff.

[171] Jfr Mertens i Kölner Komm 93 § RdNr 98.

[172] Vad beträffar punkt 1 jfr 57 § 1 st. och 230 §; beträffande p. 2 jfr 57, 60, 86 och 233 §§ och i fråga om p. 5 jfr 57, 61, 230, 233, 237, 271 och 272 §§ AktG.

Bestämmelsen innebär att man presumerar att bolaget åsamkats skada genom överträdelsen[173] och att styrelseledamoten åsidosatt sin omsorgsplikt[174]. Bolaget har rätt till ersättning för den skada som det åsamkats (skadan kan vara mer omfattande än storleken på utbetalningen).[175] Styrelseledamoten undgår skadeståndsskyldighet om han lyckas visa, att bolaget trots allt inte lidit någon skada.[176] Talan enligt 93 § AktG kan föras av bolaget och dess borgenärer[177].

11.3.9 Ersättningsskyldighet för "Geschäftsführer" i andelsbolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning

"Die Geschäftsführer haben" enligt 43 § 1 st. GmbHG "in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden". Åsidosätter han denna omsorgsplikt samtidigt som bolaget åsamkas skada uppkommer skadeståndsskyldighet enligt 43 § 2 st. GmbHG. I 43 § 3 st. 1 meningen GmbHG anges särskilt att utbetalningar i strid mot 30 § GmbHG är skadeståndsgrundande. Företagsledaren skall minst utge ersättning med ett belopp som motsvarar vad som olovligen betalats ut till andelsägarna.[178] Bolaget kan till synes kräva skadestånd oavsett om det har fattats beslut om ansvarsfrihet och till synes oavsett om det har träffats en uppgörelse beträffande företagsledarens skadeståndsskyldighet varigenom denna har reducerats eller bortfallit, dock förutsatt att det krävs för att tillgodose bolagsborgenärerna.[179]

Förutom det i 43 § GmbHG angivna skadeståndsansvaret är en företagsledare enligt 31 § 6 st. skyldig att utge ersättning till de andelsägare som på grund av bestämmelsen i 31 § 3 st. GmbHG (se ovan) har tvingats utge ersättning till bolaget. Följaktligen har andelsägarna regressrätt mot företagsledaren. Regressrätten förutsätter dock att företagsledaren brustit i den omsorgsplikt som åvilar honom enligt 43 § 1 st. GmbHG (se 31 § 6 st. GmbHG).[180]

[173] Hefermehl i AktG 93 § RdNr 36 och Mertens i Kölner Komm 93 § RdNr 96.
[174] Jfr Mertens i Kölner Komm 93 § RdNr 87.
[175] Hefermehl i AktG 93 § RdNr 46 och jfr Mertens i Kölner Komm 93 § RdNr 96.
[176] Hefermehl i AktG 93 § RdNr 36.
[177] Se särskilt 93 § 5 st. AktG.
[178] Zöllner i Baumbach–Hueck 43 § RdNr 28.
[179] Jfr Zöllner i Baumbach–Hueck 43 § RdNr 30.
[180] Hueck i Baumbach–Hueck 31 § RdNr 22.

11.4 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av olovliga utbetalningar i dansk rätt

11.4.1 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en översikt avseende aktiebolag

Återbäringsskyldighet vid olovliga utbetalningar från aktiebolag är i dansk rätt stadgad i 113 § 1 st. 1 meningen AL. Språkligt sett ger regeln uttryck åt samma rättsföljd som i Norge och Sverige:[181]

> "Er udbetaling til aktionærerne sket i strid med bestemmelserne i denne lov, skal disse tilbagebetale, hvad de har oppebåret, tillige med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat efter § 5, stk 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling mv, med et tillæg af 2 pct."

Aktieägare är i princip återbäringsskyldiga för varje lagstridig utbetalning vare sig det är fråga om olovlig utbetalning av vinstutdelning eller någon annan olovlig utbetalning såsom en utbetalning i strid mot bestämmelserna om kapitalnedsättning eller likvidation.[182] Det saknar för regelns tillämpning betydelse huruvida utbetalningen sker i öppen eller förtäckt form.[183] Innebörden av återbäringsskyldigheten är inte en värdeersättningsskyldighet utan att aktieägaren måste återbära – återlämna – vad han uppburit (jfr 115 § 4 st. AL i not 181 ovan).[184]

Werlauff synes mena att om ett materiellt oberättigat internt beslut i bolaget externt kommit till uttryck i avtal eller annan rättshandling med någon medkontrahent som tillhör "kontrolgruppen",[185] är rättshandlingen ogiltig på objektiva grunder; jfr principen i 113 § 1 st. 1 meningen, 115 § 4 st. AL sammantaget med DL 5-1-2, 2 meningen ("/.../ som icke er imod Loven, eller Ærbarhed /.../"), och 33 § och 36 § i den danska avtalslagen (jfr 33 § och 36 § i den svenska avtalslagen).[186] Skulle det oriktiga

[181] Jfr 115 § 4 st. AL: "Udbetalinger fra selskabet, der er foretaget i forbindelse med dispositioner i strid med stk 1 og 2, skal tilbageføres tillige med en årlig rente af beløbet svarende till den rente, der er /.../."

[182] Andersen s. 162; Sneholt–Thomsen s. 353; Werlauff 1989 s. 211 och jfr Gomard III s. 383.

[183] Se Sneholt–Thomsen s. 353 och Werlauff 1989 s. 211 samt jfr Andersen s. 162.

[184] Gomard III s. 383 och jfr Andersen s. 279 not 22.

[185] Med begreppet avses i det närmaste en aktieägarmajoritet eller annan grupp eller enskild person, som kan bestämma vilka personer som skall tillsättas till flertalet styrelseplatser. Se avsnitt 6.4.3 not 103 ovan.

[186] Werlauff 1991 s. 471.

beslutet ha kommit till uttryck i ett avtal eller annan rättshandling med någon medkontrahent utanför "kontrolgruppen" förefaller ogiltigheten vara beroende av *ond tro i avtalslagens mening* (enligt – efter vad jag kan förstå[187] – generalklausulerna i 63 § och 80 § AL sammantagna med behörighetsregeln i 61 § 1 st. p. 1 AL men modifierat genom 33 § AvtL; 61 § 1 st. bygger på art. 9 p. 1 och 2 i det första bolagsdirektivet).[188]

Skall rättshandlingen betraktas som ogiltig är det tänkbart att allmänna principer om rättsverkan av ogiltighet gäller gentemot den återbäringsskyldiges borgenärer respektive den som förvärvat egendomen från honom.[189] Mig veterligen finns denna fråga inte behandlad i litteraturen.[190]

[187] Werlauff (s. 471) hänvisar till *hela* 63 § AL (ändrad 1991) som motsvarar 8:13 ABL (jag bortser från regeln i 63 § 2 st. AL). I första stycket andra meningen av nämnda bestämmelse återfinns en regel som motsvarar den i 8:13 2 st. ABL, och varav följer att bolagets ställföreträdare inte får efterkomma föreskrift av bolagsstämman eller annat bolagsorgan, om föreskriften måste anses som ogiltig som varande i strid mot AL eller bolagsordning. Genom att Werlauff även hänvisar till 80 § AL, vilken motsvarar generalklausulen i 9:16 ABL, torde det emellertid stå klart, att det är generalklausulen i 63 § 1 st. 1 meningen AL som avses.

[188] Se Werlauff 1991 s. 471f. Enligt Werlauff rimmar en ovillkorlig återbäringsplikt i förevarande fall illa med intentionerna med första bolagsdirektivets firmateckningsregler. Huvudregeln om bolagets bundenhet utgår från "organteorien – være at anse dispositionens manglende materielle berettigelse som *et forhold, der alene begrænser den interne bemyndigelse uden at påvirke den externe legitimation*". Vidare: "Herefter bliver medkontrahentens gode tro (i aftalelovens, ikke i AL's forstand) afgørende. /.../ Det kan ikke stride mod bestemmelserne i EF's 1. selskabsdirektiv at forstå tegningsreglerne således; direktivets bestemmelser er tyskinspirerede, og tysk ret tillader selv de selskabsretlige tegningsregler suppleret med visse ugyldighedsregler, herunder med regler svarende til aftl. § 33". (Not utelämnad.) Se Werlauff 1991 s. 472.

Någon kompetens att bedöma rättsläget Danmark har jag i och för sig inte. Men att man skulle grunda ogiltigheten på generalklausulerna, *om inte utbetalningen enbart* strider mot aktieägarskyddet, synes mig vara en främmande lösning. Vad beträffar tysk rätt, organteorin och de avtalsrättsliga konsekvenserna bör det framhållas att bolagsorganen saknar förmåga att binda bolaget enligt 82 § AktG vid rättshandlingar som strider mot legala förbud (134 § BGB) såsom 57 § AktG, vilken är sanktionerad genom bl.a. 62 § AktG, eller goda seder (138 § BGB). Se ovan avsnitt 11.3.2. Bestämmelsen i 62 § AktG motsvaras av 113 § 1 st. AL och 57 § AktG väl närmast av 109–110 § AL. Werlauffs beskrivning av organteorin är därmed inte i alla delar rättvisande. Vad angår direktivens regler måste väl teckningsrätten i art. 9 i det första bolagsdirektivet anses inskränkt (och) eller modifierad av bestämmelserna i det andra bolagsdirektivet såsom art. 15–16; organteorin skulle därmed materiellt sett förstås som i Tyskland. Jag kan inte heller förstå varför man skall använda sig av ett ondtrosrekvisit härrörande från (om jag förstår Werlauff rätt) 33 § i den danska avtalslagen när åtminstone en dansk författare (se Andersen s. 162; se dock not 193 nedan) synes mena att godtrosregeln i 113 § 1 st. 2 meningen AL åtminstone *i princip kan tillämpas* vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning.

[189] Jfr beträffande avtalsrättsliga ogiltighetsgrunder Andersen–Madsen–Nørgaard, Aftaler og mellanmænd, 1991, s. 180ff. Muntligen har Gomard bekräftat det sagda.

[190] Enligt Andersen s. 163 är emellertid återbäringsskyldigheten underkastad allmänna preskriptionsregler.

11.4.2 Godtrosskyddet vid olovligen uppburen utbetalning av utdelning från aktiebolag

Ett på art. 16 i det andra bolagsdirektivet grundat godtrosskydd vid olovlig utbetalning av utdelning stadgas i 113 § 1 st. 2 meningen AL (se beträffande första meningen föregående avsnitt):

> "For udbetaling af udbytte gælder dette dog kun, hvis aktionæren indså eller burde have indset, at udbetalingen var ulovlig."

Aktieägare som uppburit öppen utbetalning av utdelning i strid mot AL är alltså inte återbäringsskyldiga om de varken *insåg eller borde ha insett* att utbetalningen var olaglig.[191] Huruvida godtrosregeln kan tillämpas vid förtäckt utbetalning av utdelning är osäkert. Lagtextens språkliga utformning tyder på att så inte är fallet (jfr "udbetaling af udbytte").[192] Åtminstone en författare synes dock mena att godtrosregeln i princip kan tillämpas på dylika förfoganden.[193] Olovliga utbetalningar i samband med kapitalnedsättning, likvidation eller eljest till aktieägare kan i varje fall krävas tillbaka oavsett god tro.[194]

Godtrosregeln innebär att en i princip återbäringsskyldig aktieägare undgår ansvar, om han inte insåg eller borde ha insett att utbetalningen var olovlig. Ondtrosrekvisitet "burde have indset" torde innebära att såväl enkel oaktsamhet som grov oaktsamhet konstituerar ond tro.[195] Werlauff har mot bakgrund av art. 16 i det andra bolagsdirektivet kritiserat utformningen av 113 § 1 st. 2 meningen AL. Werlauff menar att det för ond tro enligt art. 16 krävs vetskap, som i bevishänseende kan styrkas mer eller mindre säkert.[196] En aktieägare som krävs på egendom som han uppburit som olovlig utdelning skulle i följd härav kunna åberopa det bättre skydd som påstås följa av art. 16 (t.ex. att han av enkel oaktsamhet, men inte av grov oaktsamhet, inte förstått att utbetalningen stred mot AL).[197]

[191] Jfr Sneholt–Thomsen s. 353f och Werlauff 1989 s. 211 ("egentlige udbytteudbetalinger").
[192] Jfr i litteraturen Sneholt–Thomsen s. 353f och Werlauff 1989 s. 211, men se Werlauff i not 188 ovan.
[193] Andersen s. 162. (Det bör emellertid framhållas, att Andersen synes kunna förstås annorlunda.) Jfr i sammanhanget Werlauff i föregående not och i not 188 ovan.
[194] Sneholt–Thomsen s. 353.
[195] Jfr indirekt Werlauff 1990 s. 28 och 1992 s. 149 samt ytterligare avsnitt 11.2 ovan.
[196] Werlauff 1990 s. 28 och se avsnitt 11.2 ovan.
[197] Werlauff 1990 s. 28.

11.4.3 Bristtäckningsskyldigheten för aktieägare och styrelseledamöter m.fl. vid olovliga utbetalningar

AL innehåller liksom ABL en regel om ansvar för brist som uppkommit i aktieägares återbäring. Bristtäckningsansvaret är i 113 § 2 st. konstruerat på följande vis:

> "Viser beløbet sig at være uerholdeligt, eller kan søgsmål mod en aktionær om tilbagebetaling ikke gennemføres, er de, som har medvirket til beslutningen om udbetalingen eller gennemførelsen af denne eller til opstillingen eller godkendelsen af den urigtige regnskabsopgørelse, ansvarlige efter reglerne i §§ 140–143."

Ersättningsskyldigheten förutsätter att det belopp (eller annan egendom får man förmoda) som skall återbäras inte kommer bolaget till godo eller att bolaget inte kan föra talan om återbäring.[198] Med rekvisitet "uerholdeligt" avses t.ex. att den återbäringsskyldige aktieägaren är insolvent eller att han uppbar utbetalningen i god tro.[199] Att bolaget inte kan föra talan om återbäring kan t.ex. bero på bevissvårigheter.[200] Genom att 113 § 2 st. AL hänvisar till 140–143 § AL begränsas den personkrets som kan åläggas bristtäckningsansvar. Sådant ansvar kan komma i fråga för styrelseledamot, direktör, revisor och aktieägare samt likvidator (se beträffande sistnämnda hänvisningen i 121 § 1 st. 2 meningen AL).[201] Av hänvisningen följer också att culparegeln är tillämplig.[202] Vad beträffar styrelseledamot, direktör och revisor förutsätts uppsåt eller enkel oaktsamhet och i fråga om aktieägare uppsåt eller grov oaktsamhet. 113 § 2 st. AL innehåller även en hänvisning till 143 § AL, vilket innebär att reglerna om jämkning och solidariskt ansvar är tillämpliga (jfr hänvisningen i 12:5 2 st. ABL till 15:4 ABL).

[198] Andersen (s. 162) beskriver regeln som att den bara skall ses som en understrykning av att de allmänna ersättningsreglerna är tillämpliga och kan användas på situationen.

[199] Sneholt–Thomsen s. 354 och beträffande god tro Andersen s. 162.

[200] Sneholt–Thomsen s. 354.

[201] I litteraturen har det sagts, att andra än medlemmar av styrelsen och direktionen, som medverkar till olovlig utdelning av bolagets medel, efter omständigheterna kan träffas av ansvar, t.ex. en majoritetsaktieägare som säljer sina aktier med vetskap om att köparen kommer att betala dem med bolagets medel. Se Gomard III s. 378 not 7 med hänvisning till svensk rätt.

[202] Gomard III s. 378 not 7.

11.4.4 Om ogiltighet och återbäringsskyldighet; godtrosskydd och bristtäckningsskyldighet i andelsbolag

Reglerna om återbäringsskyldighet, godtrosskydd m.m. vid utbetalningar i strid mot ApL är utformade på samma vis som i AL (se 82 § ApL). Jag får därför hänvisa läsaren till vad som anförts i föregående avsnitt.[203]

11.5 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av olovliga utbetalningar i engelsk rätt

11.5.1 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en översikt avseende aktiebolag

Rättsläget i England rörande rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning följer av dels principer som utvecklats i common law, dels s. 277 (1) CA 1985. Att de principer som utvecklats i common law fortfarande är tillämpliga framgår av s. 277 (2) CA 1985.[204]

> Jag bortser i det följande från skillnaden mellan plc och ltd då denna i stort sett saknar betydelse i hithörande frågor. Notera dock de skillnader mellan plc och ltd som gäller i fråga om utdelningsbart belopp. Se härom avsnitt 3.5.4.2 ovan.

Redan rättsutvecklingen i rättspraxis under 1800-talet ledde dithän, att utbetalningar som tog i anspråk tillgångar motsvarande aktiekapitalet ansågs olovliga. Sådana utbetalningar var "beyond the powers of the company"[205] och "ultra vires"[206].

Traditionellt brukar man med "ultra vires" förstå rättshandlingar som ligger (i vid mening) utanför bolagets "verksamhetsföremål" sådant det angivits i stiftelseurkunden.[207] I Aveling Barford Ltd v Perion Ltd[208] – se

[203] Se om bestämmelsen t.ex. Thomsen s. 282f. Märk väl att godtrosregeln *i och för sig* inte bygger på art. 16 i det andra bolagsdirektivet.

[204] Den i s. 277 (1) CA 1985 stadgade återbäringsskyldigheten "is without prejudice to any obligation imposed apart from this section on a member of a company to repay a distribution unlawfully made to him /.../".

[205] Jfr t.ex. Re Exchange Banking Co, Flitcrofts case (1882) 21 ChD 519 och Re Sharpe [1892] 1 Ch 154 med Gore–Browne, V 1, 1986, § 3.1 (s. 3.001).

[206] Jfr t.ex. Re Sharpe i föregående not och Precision Dippings Ltd v Precision Dippings Marketing Ltd [1985] 3 WLR 812. Jfr ock Charlesworth–Morse s. 626.

[207] Gore–Browne, V 1, 1986, § 3.1 (s. 3.001).

[208] [1989] BCLC 626 i avsnitt 6.5.3 ovan. Jfr ock där berörda Re Halt Garage (1964) Ltd [1982] 3 All ER 1016.

närmare om målet avsnitt 6.5.3 ovan – synes domstolen ha utnyttjat denna princip tillsammans med rättsgrundsatsen om att utbetalningar inte får inkräkta på aktiekapitalet för att underkänna en olovlig förtäckt utbetalning, vilken bestod i en fastighetsöverlåtelse till underpris, som "ultra vires":[209] (1) Det rörde sig inte om en "genuine exercise of the company's power" enligt "verksamhetsföremålet" att avyttra tillgångar[210] och (2) fastigheten överläts till uppenbart underpris.[211]

Utbetalningar som inkräktar på aktiekapitalet torde i regel dock inte anses som "ultra vires" i den betydelsen att de ligger utanför verksamhetsföremålet. Rättshandlingar som strider mot bestämmelserna i CA 1985 kan närmare bestämt vara "beyond the power's of the company" och "ultra vires" i den betydelsen att de strider mot tvingande lag ("unlawful" eller "illegal").[212] Jag vill mena att detta också måste vara förklaringen till att utbetalningar av nämnt slag i vart fall tidigare, och såvitt jag kan tolka rättspraxis på området, beskrivits som "ultra vires".[213]

> En annan förklaringsmodell skulle kunna tänkas vara att bolagets styrelse enligt en allmän rättsgrundsats i common law saknar kompetens att företa utbetalningar som inkräktar på aktiekapitalet.[214] Bolagets styrelse har i och för sig och i princip en "implied power"[215] att företa utbetalning av utdelning till aktieägarna men denna omfattar inte utbetalningar som tar i anspråk tillgångar motsvarande aktiekapitalet. Jfr därtill nedan om att aktieägare som "constructive trustees"[216] innehar egendom som de olovligen mottagit från ett aktiebolag. Se beträffande denna teori i USA avsnitt 11.7.1 nedan.

[209] Se i referatet s. 632f.

[210] Märk väl att verksamhetsföremålet åtminstone före CA 1989 bestod i en lång uppräkning av vad bolagen kunde göra snarare än ett eller flera generellt angivna verksamhetsföremål, som fallet är i svensk rätt

[211] Se utförligare i avsnitt 6.5.3 ovan och därtill ytterligare nedan.

[212] Jfr Gore–Browne, V 1, 1986, § 3.1 (s. 3.001) och se Gower II s. 167, s. 169 not 19a och s. 259 not 3.

[213] Se föregående not. Jfr t.ex. Re Exchange Banking Co, Flitcrofts Case (1882) 21 ChD 519 på s. 533; Re Sharpe [1892] Ch 154 på s. 170. Möjligen hade domstolen i ovannämnda Aveling Perion Ltd v Perion Ltd det i texten sagda i åtanke; jfr referatet på s. 631f. Jfr ock Buckley on the Companies Acts, 13 uppl. 1957, på s. 137f och Gore–Browne, V 1, 1986, § 3.3 not 1 (s. 3.012A) beträffande Aveling Barford Ltd v Perion Ltd. Gore–Browne förstår möjligen ett förfogande av berört slag som relaterat till en rättsgrundsats i common law. Jfr § 3.3 (s. 3. 012A) och § 13.15 (s. 13.049).

[214] Jfr i viss mån Gore–Browne i föregående not.

[215] Jfr Charlesworth–Morse s. 626.

[216] Moxham v Grant [1900] 1 QB 88 och Re Cleveland Trust [1991] BCLC 424.

Sammanfattningsvis kan det konstateras, att utbetalning av utdelning som inkräktar på aktiekapitalet skall anses som "beyond the powers of the company" och "ultra vires".[217]

> Att så är fallet framgår inte minst av nyss nämnda Aveling Barford Ltd v Perion Ltd [1989] BCLC 626. Domstolen yttrade beträffande utbetalningar som inkräktar på aktiekapitalet följande:[218]
>
> "The general rule is that any act which falls within the express or implied powers of a company conferred by its memorandum of association, whether or not a breach of duty on the part of the directors, will be binding on the company if it is approved or subsequently ratified by the shareholders /.../. But this rule is subject to exceptions created by the general law and one such exception is that a company cannot without the leave of the court or the adoption of a special procedure return its capital to its shareholders. It follows that a transaction which amounts to an unauthorised return of capital is ultra vires and cannot be validated by shareholder ratification or approval."

Rättsgrundsatsen synes dock inte bara omfatta utbetalningar som inkräktar på aktiekapitalet utan även utbetalningar som sker samtidigt som bestämmelserna om årsredovisning m.m. har åsidosatts (s. 270–273 CA 1985);[219] i allt fall om bolaget vid tidpunkten för förfogandet är insolvent.[220]

> I Precision Dippings Ltd v Precision Dippings Marketing Ltd[221] hade käranden, ett helägt dotterbolag till svaranden, företagit en utbetalning av utdelning om £60000 till moderbolaget. Bolagets revisorer hade före utbetalningen inte avgivit något yttrande i enlighet med s. 43 (3) CA 1980[222] om huruvida utdelningen var laglig eller ej. Utbetalningen ansågs vara en "ultra vires act by the company".[223] Målets prejudikatvärde begränsas emellertid av att bolaget vid en senare tidpunkt, då aktieägarna godkände ett i efterhand upprättat yttrande av revisorerna, var insolvent. Det är därför oklart, om samtliga aktieägare – på grundval av ett senare tillkommet yttrande av revisorerna – hade kunnat ratihabera utbetalningen förutsatt att bolaget vid denna tidpunkt var solvent.[224]

[217] Detta är en inte i alla delar lyckad användning av termen "ultra vires"; se särskilt Gower II s. 167.
[218] Referatet s. 630f.
[219] Jfr s. 270 (5) CA 1985 och Charlesworth–Morse s. 639.
[220] Precision Dippings Ltd v Precision Dippings Marketing Ltd [1985] 3 WLR 812 på s. 816f och Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.14.1 (s. 13.042).
[221] Se föregående not.
[222] Se i gällande rätt s. 271 (4) CA 1985.
[223] Referatet s. 817.
[224] Jfr referatet s. 816f.

En aktieägare som olovligen uppbär en olovlig utbetalning innehar den olovligen mottagna egendomen som en s.k. constructive trustee för bolaget.[225] Detta torde innebära att bolagets styrelse eller lividator kan kräva att utfå ifrågavarande tillgång från aktieägaren. Anspråket synes utgöra en s.k. proprietary right och torde vara förenat med "sakrättsliga" rättsverkningar.[226] Bolaget bör kunna göra gällande anspråket gentemot aktieägarens borgenärer i händelse av hans konkurs.[227] Det omfattar till synes i princip eventuellt surrogat (i tämligen stor omfattning) och förefaller därtill kunna omvandlas till ett prioriterat krav motsvarande värdet av egendomen (s.k. conversion).[228]

> Jfr t.ex. förhållandena i Aveling Barford Ltd v Perion Ltd. Aveling Barford Ltd avyttrade fastigheten till underpris till Perion Ltd. Perion Ltd avyttrade egendomen i sin tur till en utomstående för £1526000. Till förmån för Aveling Barford Ltd ansågs Perion Ltd inneha den uppburna köpeskillingen som en s.k. constructive trustee. Jfr därtill Re Cleveland Trust plc [1991] BCLC 424.

Den i s. 277 (1) CA 1985 stadgade återbäringsskyldigheten lyder på följande vis:

> "Where a distribution, or part of one, made by a company to one of its members is made in contravention of this Part /.../ he is liable to repay it (or that part of it, as the case may be) to the company or (in the case of a distribution made otherwise than in cash) to pay the company a sum equal to the value of the distribution (or part) at that time." Se om det utelämnade godtrosskyddet följande avsnitt.

Återbäringsskyldighet enligt s. 277 (1) CA 1985 förefaller uppkomma vid alla typer av utbetalningar i strid mot Part VIII CA 1985 (s. 263–281).[229] Återbäringsskyldig aktieägare skall ersätta bolaget för värdet av den mottagna egendomen; återbäringsskyldigheten är en *värdeersättningsskyldighet*. Om en aktieägare t.ex. har mottagit en bolaget tillhörig bil som olovlig utbetalning av utdelning är det tillräckligt att han erlägger ersättning med ett belopp som motsvarar marknadsvärdet av denna.[230]

[225] Se t.ex. Moxham v Grant [1900] 1 QB 88 och nyss nämnda Aveling Barford Ltd v Perion Ltd samt särskilt Re Cleveland Trust plc [1991] BCLC 424. Se ock Gower II s. 259 not 3.
[226] Jfr Moudsley & Burns s. 238.
[227] Jfr Moudsley & Burns s. 238.
[228] Jfr närmare Moudsley & Burns s. 844ff och Aveling Barford Ltd v Perion Ltd ovan.
[229] Jfr avsnitt 3.5.4.2 ovan och Precision Dippings Ltd v Precision Dippings Marketing Ltd ovan.
[230] Jfr avsnitt 6.5.2 ovan. Marknadsvärdet skall förmodligen användas med undantag för den situationen som täcks av s. 276 CA 1985.

Av lagtextens ordalydelse synes följa att om en utbetalning blott delvis är olovlig är aktieägarens återbäringsskyldighet i motsvarande mån begränsad.[231] Det tycks för tillämpningen av s. 277 (1) CA 1985 sakna betydelse om utbetalningen sker i öppen eller förtäckt form.

> En aktieägare kan få till stånd ett av domstol utfärdat beslut (injunction) mot vinstutdelning eller annan utbetalning som kommer att stå i strid mot CA 1985. Jfr s. 35 (2) CA 1985 ändrad genom CA 1989 och se Gower II s. 259 not 7 samt Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.15 (s. 13.049).

11.5.2 Godtrosskyddet vid olovligen uppburen utbetalning av utdelning

Enligt allmänna principer rörande s.k. constructive trusts är en person skyldig att återställa egendom blott om han mottagit denna i ond tro.[232] Ett ondtroskrav av liknande slag är troligtvis tillämpligt vid utbetalning av utdelning som inkräktar på aktiekapitalet. En *förutsättning* för att en aktieägare skall inneha mottagen egendom som en "constructive trustee" för bolaget synes därför vara att han var i ond tro om att utbetalningen inkräktade på aktiekapitalet.[233]

> Moxham v Grant[234] rörde den ersättningsskyldighet som kan komma i fråga för styrelseledamöter vid olovliga utbetalningar. Vad angår aktieägare som olovligen mottagit utbetalning av utdelning uttalades följande:[235] "It seems to me that the position of a shareholder who receives part of the capital of a company with notice /.../ cannot say that he is not a constructive trustee for the company of the money so received". Se härvidlag också Re Cleveland Trust plc [1991] BCLC 424 på s. 431: "They knew, or ought to have known of the impropriety of the Gunnergate dividend."

Med art. 16 i det andra bolagsdirektivet infördes en godtrosregel i s. 44 CA 1980, vilken numera återfinns i s. 277 (1) CA 1985:[236]

[231] Detsamma synes gälla om ansvaret följer av att utbetalningsmottagaren innehar vad som olovligen utbetalats som s.k. constructive trustee. Se Re Cleveland Trust [1991] BCLC 424 på s. 429f.

[232] Jfr Moudsley & Burns s. 240ff.

[233] Moxham v Grant [1900] 1 QB 88 särskilt på s. 91f (se nedan) och Re Cleveland Trust [1991] BCLC 424 på s. 431 (se nedan) samt Buckley on the Companies Acts, 14 uppl. 1981, s. 781.

[234] Se föregående not.

[235] Referatet s. 92.

[236] Jfr ordalydelsen i art. 16 i den engelska översättningen: "/.../ knew of the irregularity of the distributions made to them, or could not in view of the cirumstances have been unaware of it."

"Where a distribution, or part of one, made by a company to one of its members is made in contravention of this Part and, at the time of the distribution, he knows or has reasonable grounds for believing that it is so made, he is liable /.../" Bestämmelsen är i övriga delar citerad i föregående avsnitt.

Godtrosregeln omfattar alla situationer vid vilken återbäringsskyldighet kan komma i fråga. Det är mig obekant om formuleringen "has reasonable grounds for believing that it is so made" skall tolkas (ungefärligen)[237] som vad aktieägaren "måste inse" (grov oaktsamhet för ond tro) eller som vad aktieägaren "bort inse" (enkel oaktsamhet tillräckligt för ond tro).Uttrycket "reasonable grounds" tyder dock – enligt min mening – på att godtrosregeln har samma innebörd som i tysk rätt och att god tro förutsätter, att aktieägaren varken insett eller bort inse de faktiska omständigheter som gjorde utbetalningen olaglig. Bolaget har bevisbördan för att aktieägaren var i ond tro vid den tidpunkt han uppbar utbetalningen.

11.5.3 Ersättningsskyldighet (annan än återbäringsskyldighet) för aktieägare i aktiebolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning

Det saknas för bolagets aktieägare en bristtäckningsregel liknande den i 12:5 2 st. ABL. Det är mig obekant om och i så fall i vilken utsträckning ett aktiebolag kan utkräva ersättning enligt andra aktiebolagsrättsliga bestämmelser[238] eller allmänna skadeståndsrättsliga principer.

11.5.4 Ersättningsskyldighet för styrelseledamöter i aktiebolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning

CA 1985 saknar särskilda regler om styrelseledamöters ersättningsskyldighet vid olovliga utbetalningar. Under vilka förutsättningar styrelseledamöter kan åläggas ersättningsskyldighet måste därför avgöras i enlighet med principer som har utvecklats i rättspraxis.[239] Härvidlag gäller för det första att en styrelseledamot i princip är ersättningsskyldig om han medvetet medverkar till att ett bolag företar en utbetalning som inkräktar på aktiekapitalet.[240] Detsamma gäller – för det andra – om bolaget företar

[237] Det torde inte vara möjligt att *direkt* likställa detta med vad aktieägaren "måste inse" eller "bort inse".

[238] Jfr beträffande skyddet för minoritetsaktieägare s. 459–461 CA 1985.

[239] Jfr Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.15 (s. 13.049) och Charlesworth–Morse s. 639.

[240] Se t.ex. Re Exchange Banking Co, Flitcrofts Case (1882) 21 ChD 519 och Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.15 (s. 13.049) med vidare hänvisningar.

en utbetalning på grundval av felaktiga räkenskaper och utbetalningen inkräktar på aktiekapitalet samtidigt som styrelseledamoten underlåtit att undersöka bolagets bokföring och inte gett annan i uppdrag att företa en sådan undersökning.[241] För det tredje kan en styrelseledamot förpliktas utge ersättning då han medverkat till att ett bolag företar en utbetalning som inkräktar på aktiekapitalet i *tron* att dispositionen står i överensstämmelse med stiftelseurkund, bolagsordning eller lag.[242] Det är vidare sannolikt att ersättningsskyldighet kan komma i fråga vid en utbetalning i strid mot reglerna i Part VIII CA 1985 (vinstutdelningsreglerna); det förutsätts då inte att utbetalningen inkräktar på aktiekapitalet.[243] Ersättningsskyldigheten synes i principiellt hänseende kunna förklaras av styrelseledamöters skyldigheter gentemot bolaget; i äldre rättspraxis uttrycks detta stundom som att de är "trustees or *quasi* trustees of the capital of the company".[244] En styrelseledamot som tvingats utge ersättning har regressrätt mot den eller de aktieägare som i ond tro uppburit en olovlig utbetalning från bolaget.[245]

Det bör framhållas att även bolagets revisorer kan förpliktas utge ersättning vid olovliga utbetalningar. Se t.ex. Leeds Estates Building & Investment Co Ltd v Shepherd (1887) 36 ChD 787.

11.6 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av olovliga utbetalningar i norsk rätt

11.6.1 Restitution och återbäringsskyldighet – en översikt avseende aktiebolag

Rättsföljderna vid olovliga utbetalningar från aktiebolag kommer i norsk rätt till uttryck i § 12-8 ASL. I § 12-8 1 st. 1 meningen stadgas återbä-

[241] Se t.ex. Leeds Estates Building & Investment Co Ltd v Shepherd (1887) 36 ChD 787 och jfr Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.15 (s. 13.049) med vidare hänvisningar. Däremot undgår styrelseledamöter ansvar om de i god tro övervärderat bolagets egendom. Se Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.15 (s. 13.050) med vidare hänvisningar.

[242] Se Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.15 (s. 13.050) och jfr Re Sharpe [1892] 1 Ch 154.

[243] Jfr Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.15 (s. 13.049).

[244] Leeds Estate Building & Investment Co Ltd v Shepherd ovan i not 241 på s. 798 i referatet. Jfr ock Re Exchange Banking Co, Flitcrofts Case ovan i not 240 på s. 534 i referatet.

[245] Moxham v Grant [1900] 1 QB 88 jämfört med Re Denham & Co (1883) 25 ChD 752 och se Gore–Browne, V 1, 1986, § 13.15 (s. 13.050).

ringsskyldighet för den aktieägare som mottagit en olovlig utbetalning:[246]

> "Er utbetaling til aksjeeier skjedd i strid med bestemmelsene i denne lov, skal aksjeeieren tilbakebetale det han har mottatt."
>
> I NOU 1992:29 föreslås bestämmelsen med en något ändrad lydelse bli flyttad till § 3-18 1 st. 1 meningen, varav det tydligare skall framgå att återbäringsplikten är ett uttryck för restitutionsprincipen ("/.../ skal den som har mottatt utdelingen, tilbakeføre det han eller hun har mottatt /.../"). Enligt förslaget (§ 3-18 1 st. 2 meningen) skall godtrosregeln – utan att det följer av art. 16 i det andra bolagsdirektivet – tillämpas på de flesta typer av olovliga utbetalningar:
>
> "Dette gjelder likevel ikke dersom utdelingen skjedde som utdeling av utbytte, tilbakebetaling etter oppløsning, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon, og mottakeren da han eller hun mottok utdelingen, icke forsto eller burde ha forstått at utdelingen var ulovlig."
>
> Ovanstående regler återfinns utan ändringar i § 3-20 1 st. i den i Ot.prp. 1993–94 nr 36 föreslagna aktiebolagslagen.

Den i § 12-8 1 st. 1 meningen ASL stadgade återbäringsskyldigheten aktualiseras alltså vid utbetalningar *i strid mot bestämmelserna i ASL*. Ett bolag kan till synes återkräva vad som olovligen utbetalats oavsett om dispositionen företogs i strid mot en bestämmelse uppställd i aktieägarnas intresse eller bolagsborgenärernas intresse.[247] En utbetalning som grundar sig på ett felaktigt stämmobeslut strider dock inte mot ASL, om felet är utan betydelse för stämmobeslutets giltighet eller om rätten att klandra beslutet har förfallit enligt § 9-17 2 st. ASL (jfr 9:17 2 st. ABL) och beslutet därför är giltigt eller om stämman har fattat ett nytt giltigt bolagsstämmobeslut.[248] Skulle felet blott bestå i att utbetalningen har skett i förskott torde återbäringsskyldigheten falla bort när och under förutsättning av att den senare upprättade årsredovisningen visar att utdelningen hade täckning i utdelningsbart belopp.[249]

Återbäringsregeln är tillämplig på utbetalningar som inte har företagits i enlighet med bestämmelserna om likvidation i 13 kapitlet, kapitalnedsättning i 6 kapitlet eller bestämmelserna om vinstutdelning i 12 kapitlet

[246] Jfr ock i sammanhanget den i bolagsborgenärernas intresse uppställda regeln i § 13–15 om ersättningsskyldighet för medel som utbetalats till aktieägare som olovlig utskiftning vid likvidation.

[247] Jfr Innstilling s. 173 och Andenæs s. 350.

[248] Andenæs s. 350.

[249] Se Andenæs s. 350 och jfr Rt 1929 s. 503 på s. 506f och Marthinussen–Aarbakke s. 448f. Jfr beträffande motsvarande fråga i svensk rätt avsnitt 12.3.2.3.3 nedan.

ASL.[250] § 12-8 1 st. 1 meningen skall ock tillämpas när årsredovisningen inte är upprättad enligt bestämmelserna i 11 kapitlet ASL och detta har resulterat i vinstutdelning med ett större belopp än vad ASL tillåter.[251] Skyddet för aktieägarna tillgodoses på så sätt att en utbetalning i strid mot § 9-16 ASL[252] (jfr § 8-14 1 st. ASL; jfr beträffande svensk rätt 9:16 och 8:13 1 st. ABL) ger upphov till återbäringsskyldighet för mottagaren liksom är fallet när en utbetalning strider mot bolagsordningen eller ett tidigare fattat bolagsstämmobeslut (jfr dock ovan)[253]. Det saknar betydelse om utbetalningen sker i öppen eller förtäckt form.[254]

§ 12-8 1 st. 1 meningen ASL riktar sig i princip till den eller de aktieägare som uppburit en olovlig utbetalning. Det bör emellertid framhållas att återbäringsskyldigheten tillika kan göras gällande mot aktieägarna när bolaget har företagit olovliga utbetalningar till dem närstående fysiska eller juridiska personer (se definitionen av begreppet "utdeling av utbytte" i § 12-4 1 st. 2 meningen och härom avsnitt 6.6.4 ovan).[255] Vad angår de direkta mottagarna torde det vara möjligt att återkräva vad som utbetalats enligt allmänna principer om obehörig vinst.[256] Den senare lösningen skall enligt Andenæs dock inte upprätthållas, om aktieägaren är ett bolag och utbetalningen företas till aktieägarna i detta senare bolag (t.ex. att aktieägarna i ett moderbolag mottar utbetalningar från ett dotterbolag).[257] I stället skulle det vara mer naturligt att återbäringsskyldigheten anses åvila de direkta mottagarna, och att bolaget kan rikta återkrav mot aktieägaren (t.ex. nämnda moderbolag) enligt principerna om obehörig vinst.[258]

Återbäringsskyldigheten skall som sådan ses som ett uttryck för restitutionsprincipen.[259] Vad aktieägaren har uppburit skall återgå till bolaget oavsett om prestationen bestod i pengar eller annan egendom (naturaprestation).[260] § 12-8 1 st. 1 meningen anses dock inte ge uttryck åt en "ren-

[250] Se Instilling s. 173, Andenæs s. 350, Skåre–Knudsen s. 315f och jfr Marthinussen–Aarbakke s. 453.
[251] Skåre–Knudsen s. 316.
[252] Skåre–Knudsen s. 316 och jfr Marthinussen–Aarbakke s. 453.
[253] Marthinussen–Aarbakke s. 453 och delvis Andenæs s. 350.
[254] Innstilling s. 173 och jfr § 12-4 1 st. 2 meningen ASL och i litteraturen Marthinussen–Aarbakke s. 454 (maskert utbytte) och Skåre–Knudsen s. 315 (enhver utbetaling).
[255] Andenæs s. 350f och Marthinussen–Aarbakke s. 453.
[256] Andenæs s. 351.
[257] Andenæs s. 351.
[258] Andenæs s. 351.
[259] Innstilling s. 173; Ot.prp. 1974–1975 nr 19 s. 190; Marthinussen–Aarbakke s. 453 och jfr Andenæs s. 350.
[260] Andenæs s. 350 och Marthinussen–Aarbakke s. 453.

odlad" restitutionsskyldighet.[261] Om det mottagna inte kan restitueras övergår återbäringsskyldigheten till en värdeersättningsskyldighet; i allt fall när det mottagna är förbrukat eller på annat vis har använts av mottagaren.[262] Och detta är troligtvis också fallet, när restitution är omöjligt på grund av prestationens art, t.ex. då bolagets prestation bestod i en vederlagsfri tjänst.[263] Det får – såvitt jag kan bedöma – betraktas som tveksamt, om restitutionsskyldigheten – som en följd av den olovliga utbetalningen – har några rättsverkningar gentemot den återbäringsskyldige aktieägarens borgenärer eller den som förvärvat egendomen från aktieägaren (sakrättsliga rättsverkningar).[264] Bolagets krav på restitution preskriberas enligt lov om foreldelse av fordringer av den 18 mai 1979 (§ 12 nr 1 b) efter tre år.[265]

Enligt Marthinussen–Aarbakke (s. 454) kan den i svensk rätt ofta hävdade ståndpunkten, att återbäringsskyldigheten inte kan göras gällande när alla aktierna i bolaget är överlåtna till en person som kände till den olovliga utbetalningen (jfr NJA 1935 s. 357), inte antas gälla i norsk rätt (jfr Rt 1930 s. 533).[266]

11.6.2 Godtrosskyddet vid olovligen uppburen utbetalning av utdelning från aktiebolag

Ett godtrosskydd vid utbetalning av utdelning i strid mot ASL finns föreskrivet i § 12-8 1 st. 2 meningen ASL. Godtrosregeln har följande lydelse:

"Dette gjelder dog ikke dersom utbetalingen skjedde som utdeling av utbytte og aksjeeieren, da han mottok beløpet, ikke forsto og heller ikke burde ha innsett at utdelingen var ulovlig." Se om § 12-8 1 st. 1 meningen föregående avsnitt.

Som tidigare har nämnts har det i både NOU 1992:29 och Ot.prp. 1993–94 nr 36 föreslagits att godtrosregeln skall vara tillämplig på fler typer av olovliga utbetalningar än vad som för närvarande är fallet. Därtill framgår det av utredningen att uttrycket "ikke forsto og heller ikke burde ha innsett" antas stå i överensstämmelse med art. 16 i det andra bolagsdirektivet trots att bestämmelserna är olika utformade. Se NOU 1992:29 s. 171 och Ot.prp. 1993–94 nr 36 s. 18.

[261] Marthinussen–Aarbakke s. 453.

[262] Marthinussen–Aarbakke s. 453 med vidare hänvisning till Krokeide i TfR 1982 s. 353ff på s. 399ff och s. 415ff. Jfr dessutom Andenæs s. 350.

[263] Marthinussen–Aarbakke s. 453 och jfr Innstilling s. 173.

[264] Jfr Krokeide i TfR 1982 s. 353ff på s. 414 om restitutionskrav till skillnad från vindikationskrav.

[265] Andenæs s. 351 och Marthinussen–Aarbakke s. 454.

[266] Se om rättsläget i Sverige avsnitt 12.3.2.1.

Aktieägare som i god tro uppburit *öppen* utbetalning av utdelning i strid mot ASL kan följaktligen inte tvingas återbära vad de mottagit. Regeln är inte tillämplig vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning.[267] Olovlig förtäckt utbetalning av utdelning liksom andra olovliga utbetalningar ger upphov till en ovillkorlig restitutionsskyldighet oavsett om mottagaren uppbar utbetalningen i god tro.[268]

Godtrosskyddet förutsätter att aktieägaren var *aktsamt ovetande* om olovligheten vad gäller den lagstridiga utbetalningen.[269] Aktieägaren måste ha varit i god tro vid den tidpunkt han uppbar utbetalningen; det räcker inte med att aktieägaren var i god tro när bolagsstämman fattade beslut om vinstutdelning.[270] Skulle en olovlig utbetalning av utdelning har uppburits genom representant så krävs det att både representanten *och* aktieägaren var i god tro.[271]

11.6.3 Bristtäckningsskyldigheten för aktieägare och styrelseledamöter m.fl. vid olovliga utbetalningar

Aktieägare och styrelseledamöter samt andra som ingår i bolagets organ ansvarar för brist som uppstår i återbäringen enligt § 12-8 2 st. ASL:[272]

> "Den som forsettlig eller uaktsomt medvirker til beslutningen om eller gjennomføringen av utbetalingen er ansvarlig for tap selskapet lider ved at uriktig utbetalte beløp ikke blir tilbakebetalt. Bestemmelsen i § 15-3 gjelder tilsvarende."

Bristtäckningsskyldigheten aktualiseras om och när en aktieägare inte är skyldig att fullgöra sin restitutionsskyldighet enligt 1 st. eller inte förmår att fullgöra denna och är begränsad till den förlust bolaget gör genom att återbäringsplikten inte blir fullgjord.[273] Ersättningsskyldighet kan komma ifråga för styrelseledamot, verkställande direktör och revisor, som uppsåtligen eller av oaktsamhet medverkar till en olovlig utbetalning.[274] Vad särskilt angår aktieägare gäller enligt § 12-8 2 st. ASL att de

[267] Jfr Innstilling s. 173 och se Andenæs s. 350 och Marthinussen–Aarbakke s. 454.

[268] Marthinussen–Aarbakke s. 454. Jfr Andenæs s. 350 och Skåre–Knudsen s. 316.

[269] Marthinussen–Aarbakke s. 454 och jfr Andenæs s. 350. Jfr Rt 1929 s. 503 på s. 507, där god tro förstods som om aktieägaren "hatt rimelig grunn til at gaa ut fra at regnskapet efter de derom gjeldende bestemmelser berettiget til utdeling av utbyttet".

[270] Marthinussen–Aarbakke s. 454.

[271] Marthinussen–Aarbakke s. 454 och jfr Andenæs s. 350.

[272] Se om bestämmelsen enligt förslaget till ny aktiebolagslag i NOU 1992:29 och Ot.prp. 1993–94 nr 36. Se härom ovan avsnitt 3.5.5.2.

[273] Jfr Marthinussen–Aarbakke s. 454.

[274] Marthinussen–Aarbakke s. 454 och jfr Skåre–Knudsen s. 316 samt se särskilt angående aktieägare Innstilling s. 173.

kan krävas på ersättning så snart de har handlat oaktsamt; i svensk och dansk rätt förutsätts grov oaktsamhet. Det belopp varmed ersättning i princip skall utgå kan bli föremål för jämkning enligt § 15-3 ASL.[275]

Till skillnad från vad som är fallet i svensk rätt innebär ett beslut om ansvarsfrihet att bristtäckningsskyldigheten bortfaller.[276] I annat fall preskriberas denna enligt samma regler som gäller för restitutionsskyldigheten (se ovan).[277]

11.7 Rättsföljderna vid olovlig utbetalning av utdelning och andra typer av olovliga utbetalningar i amerikansk rätt

11.7.1 Ogiltighet och återbäringsskyldighet – en översikt avseende aktiebolag

Rättsläget i USA vad avser aktieägares återbäringsskyldighet kännetecknas av ett antal sinsemellan olika regler och en omfattande rättspraxis. Enligt common law gäller att aktieägare vilka uppbär utbetalning av utdelning som inkräktar på aktiekapitalet är återbäringsskyldiga för mottaget belopp.[278] Denna princip förefaller dock vara beroende av vad som i delstatlig lagstiftning stadgas beträffande vinstutdelning. Om reglerna i en enskild delstat korresponderar mot reglerna i § 6.40 (c) (1)–(2) RMBCA 1984 torde något ansvar inte komma i fråga (jfr avsnitt 3.5.6.3.2 ovan);[279] möjligen är läget ett annat när bolaget har utgivit preferensaktier[280]. Skulle bolaget vid tidpunkten för utbetalningen vara insolvent eller därigenom bli insolvent[281] gäller i allt fall, som en absolut *minimumregel*, en ovillkorlig återbäringsskyldighet.[282]

[275] Och skulle flera vara ansvariga gäller solidariskt ansvar.

[276] Konsekvensen blir densamma om aktieägarna bestämmer sig för att inte föra talan om någon ersättning till bolaget. Se Marthinussen–Aarbakke s. 454f och jfr Andenæs s. 351. Jfr § 15-4 och § 15-5 ASL, som i huvudsak motsvaras av 15:5 ABL. Restitutionskrav enligt § 12-8 1 st. ASL faller under styrelsens ansvar; se Marthinussen–Aarbakke s. 455.

[277] Andenæs s. 351 och Marthinussen–Aarbakke s. 454.

[278] Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5422 (s. 91).

[279] Jfr § 8.33 RMBCA 1984 varom mer nedan.

[280] Jfr nedan.

[281] Jfr § 6.40 (c) (1) RMBCA 1984.

[282] Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5422 (s. 92) och t.ex. Hayden v Thompson 71 F.60 (Circuit Court of Appeals, Eight Circuit) nedan. Se ock Ballantine s. 599.

> Ett intressant avgörande rörande denna sistnämnda princip är Hayden v Thompson (1895).[283] Styrelsen i en bank hade betalat ut stora belopp som utdelning till aktieägarna samtidigt som banken var insolvent. Domstolen anförde följande: "It is a suit to execute a trust, for the capital of a bank or other moneyed corporation constitutes a trust fund pledged to secure the payment of its creditors. It is a breach of that trust to divert any portion of this fund from the creditors of the corporation to pay dividends to its shareholders, when it is insolvent, and any funds so diverted may be followed by the creditors, or by their proper representative, and recovered from any one, but a bona fide purchaser or a creditor, who has received them. /.../ It is a suit to undo a fraud, for it is a fraud upon the creditors of a corporation for its officers to commit such a breach of trust, and to divert a portion of the fund pledged for its creditors to the payment of dividends to its shareholders, when no profits have been earned, and the corporation is insolvent."[284]

Enligt en äldre teori, som dock numera synes ha övergivits i sin ursprungliga form,[285] grundar sig återbäringsskyldigheten (i förhållande till bolagets borgenärer) på principerna om s.k. constructive trust (jfr beträffande engelsk rätt ovan);[286] i allt fall om bolaget var insolvent vid tidpunkten för den olovliga utbetalningen.[287] Återbäringsskyldigheten anses enligt en annan teori, även den av äldre datum, grunda sig på principerna om s.k. fraudulent conveyances, dvs. utbetalningen skall återgå som varande "bedräglig" mot bolagets borgenärer; denna teori är relevant om bolaget var insolvent vid tidpunkten för utbetalningen.[288] Det förekommer dessutom andra förklaringsmodeller, vilka är relevanta (främst) när bolaget inte är insolvent vid tidpunkten för utbetalningen; t.ex. om utbetalningen blott inkräktar på aktiekapitalet[289].[290]

Innebörden av återbäringsskyldigheten är att aktieägaren måste betala tillbaka uppburet belopp.[291] Jag känner inte till huruvida återbäringsskyldigheten enligt common law innebär att ett bolag kan återkräva – dvs. att rättshandlingen skall återgå – annan egendom än kontanter; återbärings-

[283] Se hänvisning i föregående not.

[284] Referatet s. 62f.

[285] Se t.ex. Wood v National City Bank 24 F.(2d) 661 (Circuit Court of Appeals, Second Circuit) och Ballantine s. 600f samt Gary–Eisenberg s. 1357ff.

[286] Se närmare om "trust"-teorin Fletcher Cyc Corp, V 15A, 1990, § 7369ff (s. 45ff).

[287] Se Ballantine s. 599 och Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5423 (s. 101f).

[288] Se Ballantine s. 599 och Gary–Eisenberg s. 1357.

[289] Se Gary–Eisenberg s. 1357.

[290] Se Gary–Eisenberg s. 1357 med vidare hänvisningar. Gary–Eisenberg nämner bl.a. "either on a theory of unjust enrichment or on the theory that he was privy to the directors' wrong and had no equities in his favour". Se a.st. Jfr Ballantine s. 600f i fråga om bolagsborgenärernas "rätt att följa en olaglig utbetalning till utbetalningsmottagande aktieägare".

[291] Jfr Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5422 (s. 91ff) och § 5428 (s. 108f).

skyldigheten skulle alltså inte innebära blott en *värdeersättningsskyldighet*. Grundar man återbäringsskyldigheten på teorierna om constructive trust[292] eller fraudulent conveyances synes denna dock kunna innebära att bolagets prestation som sådan skall återgå.

RMBCA 1984 liksom bolagslagarna i Delaware och New York saknar bestämmelser om återbäringsskyldighet för aktieägare vid olovliga utbetalningar.[293] Den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen i ett inte obetydligt antal delstater innehåller emellertid bestämmelser av berört slag;[294] t.ex. må nämnas Kalifornien,[295] och Michigan[296]. I dessa fall synes det röra sig om en *värdeåterbäringsskyldighet*, som vanligen innebär att aktieägaren skall erlägga ersättning med ett belopp som motsvarar värdet av vad han uppburit (ej endast den del som är olovlig).[297] Talan om återbäring av en olovlig utbetalning kan föras av bolaget, aktieägare och borgenär samt konkursförvaltare.[298]

11.7.2 Godtrosskyddet vid olovligen uppburen utbetalning av utdelning från aktiebolag

Det är i common law osäkert om aktieägare som i god tro uppburit olovlig utbetalning av utdelning undgår återbäringsskyldighet.[299] En aktieägare som i god tro ("good faith" eller "bona fide"[300]) uppburit olovlig utbetalning av utdelning – dvs. i tron att utbetalningen tog i anspråk vinstmedel i bolaget – har dock i ett välkänt avgörande ansetts skyddad mot återbäringsanspråk, då bolaget vid tidpunkten för utbetalningen var solvent.[301]

> "The shareholder takes the fact that a dividend has been declared as an assurance that it was declared out of profits and not out of capital, because he knows that the statute prohibits any declaration of a dividend out of capital. Knowing that a dividend from capital would be illegal, he would receive the dividend as an assurance that the bank was in a prosperous condition and with unimpaired capital. Under such circumstances we cannot think that

[292] Jfr konstruktionen av Ballantine s. 599.

[293] Jfr dock § 8.33 (b) (2) RMBCA 1984 avseende styrelseledamöters regressrätt mot aktieägare som olovligen uppburit utdelning och på delstatlig nivå nedan.

[294] Se härom RMBCA-annotated, V 2, § 8.33 under "Statutory Comparison" p. 2 (s. 1028).

[295] Se California General Corporations Code § 506.

[296] Michigan Business Corporation Act § 21.200 (551).

[297] Se föregående not.

[298] Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5422 (s. 91ff) och § 5429 (s. 109ff).

[299] Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5423 (s. 101f).

[300] Terminologin varierar något.

[301] Se McDonald v Williams 174 U.S. 397 (Supreme Court of the United States 1899) på s. 406 och jfr Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5423 (s. 101).

> Congress intended by the use of the expression 'withdraw or permit to be withdrawn, either in the form of dividends, or otherwise,' any portion of its capital, to include the case of the passive receipt of a dividend by a shareholder in the *bona fide* belief that the dividend was paid out of profits, while the bank was in fact solvent."[302]

Enligt common law är det antagligt att en godtrosregel av ovan nämnt slag är tillämplig.[303] Samtidigt synes ett återbäringsanspråk kunna riktas gentemot en aktieägare oavsett god tro, om bolaget vid tidpunkten för utbetalningen var insolvent eller genom utbetalningen blev insolvent[304] (jfr föregående avsnitt rörande teorierna om constructive trust och fraudulent conveyances[305]). Till synes ställs det relativt sett inte särskilt stora krav för att en aktieägare skall anses vara i god tro enligt nyssnämnda godtrosregel.[306]

Bland de delstater som i sin aktiebolagsrättsliga lagstiftning har bestämmelser om återbäringsskyldighet vid olovlig utbetalning av utdelning gäller även ett godtrosskydd; t.ex. är så fallet i Kalifornien[307]. Språkligt sett är godtrosskyddet utformat något olika i dessa delstater men tycks i huvudsak överensstämma med vad som sannolikt gäller enligt common law: I god tro är inte den aktieägare "who receives any distribution prohibited by this chapter with knowledge of facts indicating the impropriety thereof"[308].

11.7.3 Ersättningsskyldighet (annan än återbäringsskyldighet) för aktieägare i aktiebolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning

Mig veterligen finns det inte några regler i USA, varav följer ett bristtäckningsansvar liknande det i 12:5 2 st. ABL.[309]

[302] Referatet s. 406.

[303] Jfr Ballantine s. 598ff och Flecher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5423 (s. 101) samt Gary–Eisenberg s. 1358. Jfr i rättspraxis t.ex. Barr & Creeman Mill & Plumbing Supply Co v Zollner 109 F.(2d) 924 (Circuit Court of Appeals, Second Circuit).

[304] Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5423 (s. 101f) och Gary–Eisenberg s. 1357 samt jfr Wood v National City Bank ovan i not 285.

[305] Se Ballantine s. 599, Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5423 (s. 101f) och Gary–Eisenberg s. 1357.

[306] Jfr McDonald v Williams 174 U.S. 397, s. 406 ovan not 301.

[307] California Corporations Code § 506 (a) och se t.ex. Michigan Business Corporation Act § 21.200 (551) (c) (3). Jfr dock om strikt ansvar för regressanspråk i t.ex. Indiana Business Corporation Law § 23-1-35-4 (b) (2).

[308] California Corporations Code § 506 (a).

[309] Jfr dock i viss mån t.ex. California General Corporations Code § 506 (c) och beträffande RMBCA 1984 i avsnitt 11.7.4 nedan.

11.7.4 Ersättningsskyldighet för styrelseledamöter i aktiebolag vid olika typer av olovliga utbetalningar, företrädesvis olovlig utbetalning av utdelning

Bolagets styrelse anses i USA ha det primära ansvaret för att utbetalning av utdelning inte inkräktar på aktiekapitalet utan enbart tar i anspråk utdelningsbara medel.[310] Detta är en direkt följd av att styrelsen har att fatta beslut om vinstutdelning[311] och medför att det primära ersättningsansvaret vid olovliga utbetalningar är placerat på styrelseledamöterna; ansvaret *kompletteras* med aktieägarnas återbäringsskyldighet.[312] Enligt common law kan en styrelseledamot åläggas ersättningsskyldighet såvitt han handlat i "bad faith" eller om hans handlande kan beskrivas som "gross negligent" (det senare begreppet motsvarar väl närmast – såvitt det går att översätta juridiskt-tekniskt – grov oaktsamhet).[313] Ersättningsskyldighet kommer inte i fråga om styrelsen handlat i god tro och med tillbörlig aktsamhet[314] – styrelsen har begått misstag som kan betecknas som "errors of judgement"[315] – t.ex. när styrelsen har förlitat sig på tillgänglig balansräkning och annat material rörande bolagets ekonomiska ställning[316].

I gällande rätt synes principerna i common law i stort sett ha förlorat sin praktiska betydelse, eftersom det i samtliga delstaters bolagslagar finns bestämmelser om ersättningsskyldighet för styrelseledamöter vid olovliga utbetalningar.[317] Ersättningsansvaret är i § 8.33 (a) RMBCA 1984 utformat på följande vis:

> "A director who votes for or assents to a distribution made in violation of section 6.40 or the articles of incorporation is personally liable to the corporation for the amount of the distribution that exceeds what could have been distributed without violating section 6.40 or the articles of incorporation if it is established that he did not perform his duties in compliance with section 8.30. In any proceeding commenced under this section, a director has all of the defenses ordinarily available to a director."
>
> En styrelseledamot skall enligt § 8.30 (a) "discharge his duties as a director, including his duties as a member of a committee:

[310] Ballantine s. 591.

[311] Jfr Ballantine s. 591 och ovan avsnitt 3.5.6.3.3.

[312] Ballantine s. 591. En annan sak är att styrelseledamöterna har regressrätt mot aktieägarna. Se nedan.

[313] Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5431 (s. 116f) och RMBCA-annotated, V 2, § 8.33 under "Historical background" p. 1 (s. 1024).

[314] Ballantine s. 592 och Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5431 (s. 117).

[315] Se föregående not.

[316] Ballantine s. 592 och se s. 594f samt Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985, § 5435.1 (s. 134f).

[317] Enligt RMBCA-annotated, V 2, § 8.33 under "Statutory comparison" p. 1 (s. 1027f).

(1) in good faith

(2) with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and

(3) in a manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation."[318]

Enligt § 8.33 (a) RMBCA 1984 kan en styrelseledamot krävas på ersättning då en utbetalning har skett i strid mot § 6.40 RMBCA 1984 under förutsättning att han dels åsidosatt sina skyldigheter enligt § 8.30 RMBCA 1984 (finstilta partiet ovan), dels röstat för eller samtyckt till utbetalningen, dels ock inte åtnjuter skydd enligt andra principer såsom "the business judgement rule" i common law.[319] Ersättning skall utgå med ett belopp som motsvarar vad som utbetalats i strid mot § 6.40 RMBCA 1984; t.ex. en utbetalning som har resulterat i insufficiens med $20000. § 8.33 (a) RMBCA 1984 har antagits i ett inte obetydligt antal delstater;[320] i vissa fall med marginella avvikelser. Några delstater med språkligt och systematiskt, men kanske inte i materiellt hänseende, annorlunda utformade regler är Delaware,[321] Kalifornien[322] och New York[323].

En styrelseledamot som tvingas utge ersättning på grund av en otillåten utbetalning har i nästan samtliga delstater regressrätt mot andra ersättningsskyldiga styrelseledamöter och återbäringsskyldiga aktieägare.[324] Regressrätten är i § 8.33 (b) RMBCA 1984 utformad på följande vis:

"A director held liable under subsection (a) for an unlawful distribution is entitled to contribution:

(1) from every other director who could be held liable under subsection (a) for the unlawful distribution; and

(2) from each shareholder for the amount the shareholder accepted knowing the distribution was made in violation of section 6.40 or the articles of incorporation."

På delstatlig nivå bygger bestämmelserna i flera fall på den i § 8.33 (b)

[318] Se närmare § 8.30 och härom i RMBCA-annotated, V 2, § 8.30 (s. 927ff).

[319] RMBCA-annotated, V 2, § 8.33 under "Official Comment" (s. 1023).

[320] RMBCA-annotated, V 2, § 8.33 under "Statutory Comparison" p. 1 (s. 1027f) med vidare hänvisningar. Se närmare t.ex. Georgia Business Corporation Code § 22-832 (a); South Carolina Business Corporation Act of 1988 § 33-8-330 (a) och Washington Business Corporation Act § 23 B.08.310 (1).

[321] Delaware General Corporation Law § 174 (a).

[322] California Corporations Code § 316 (a) (1).

[323] Business Corporation Law § 719 (a) (1).

[324] Se RMBCA-annotated, V 2, § 8.33 under "Statutory Comparison" p. 2 (s. 1028).

RMBCA 1984.[325] Två delstater medger regressrätt mot aktieägarna oberoende av om de i god tro uppbar utbetalningen (av utdelning).[326] Motsvarande bestämmelser i Delaware,[327] Kalifornien[328] och New York[329] är *språkligt sett* utformade på ett annat sätt.

[325] Se t.ex. Georgia Business Corporation Code § 22-832 (b); South Carolina Business Corporation Act of 1988 § 33-8-330 (b) och Washington Business Corporation Act § 23B.08.310 (2).

[326] Indiana Business Corporation law § 23-1-35-4 (b) (2) och Virginia Stock Corporation Act § 13.1-692 (B) (2).

[327] Delaware General Corporation Law § 174 (b) och (c).

[328] California Corporations Code § 316 (e) och (f).

[329] Business Corporation Law § 719 (c) och (d).

KAPITEL 12

Om ogiltighet och återbärings-skyldighet vid utbetalning av utdelning och andra typer av utbetalningar i strid mot ABL

12.1 Inledande anmärkningar och kapitlets uppläggning

Av utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL följer att utbetalningar till aktieägarna endast får ske enligt bestämmelserna i ABL om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation. Utbetalningsförbudets närmare innehåll måste bestämmas mot bakgrund av övriga normer i ABL rörande dessa tre utbetalningstyper. Efterlevnaden av utbetalningsförbudet garanteras genom att aktieägare som uppburit utbetalningar i strid mot ABL enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL skall återbära vad de mottagit. 12:5 1 st. 1 meningen ABL har följande lydelse:

> "Sker utbetalning till aktieägare i strid mot denna lag, skall mottagaren *återbära* vad han uppburit med ränta beräknad enligt 5 § räntelagen (1975:635) från det att utdelningen uppburits intill dess ränta skall utgå enligt 6 § räntelagen till följd av 3 § eller 4 § samma lag." (Min kursivering.)

Syftet med förevarande kapitel är att närmare fastställa innehållet i denna regel. Jag kommer i huvudsak att ägna framställningen åt två övergripande frågeställningar: 1) På vilka typer av överträdelser är 12:5 1 st. 1 meningen ABL tillämplig? 2) Vad innebär återbäringsskyldigheten?

Den förra frågan avser jag att försöka besvara i dels ett generellt avsnitt, dels genom att presentera ett antal olika typfall vid vilka återbäringsskyldighet kan komma i fråga. De typfall jag begagnar mig av hänför sig till tredjemansskyddet, funktionsfördelningen mellan bolagsorganen och aktieägarskyddet. Varje typfall knyter an till kapitel 5 ovan, där

det finns en utförligare beskrivning av gränserna för utbetalning av vinst och andra typer av utbetalningar.

Den senare frågan kan preciseras som huruvida bolagets anspråk på återbäring är ett anspråk med sakrättsliga rättsverkningar (ogiltighet), ett anspråk av egen aktiebolagsrättslig art med enbart obligationsrättsliga rättsverkningar eller ett värdeersättningsanspråk ("skadeståndsanspråk").

Jag inleder undersökningen med att redogöra för tillämpningsområdet för 12:5 1 st. 1 meningen ABL i avsnitt 12:2. I avsnitt 12.3.2.1 till 12.3.2.7 analyserar jag ett antal typfall som samtliga innefattar utbetalningar i strid mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse. Avsnitt 12.3.2.1 rör tillämpningen av 12:5 1 st. 1 meningen ABL på utbetalningar i strid mot 12:2 ABL om utdelningsbart fritt eget kapital respektive 12:3 1 st. 2 meningen ABL avseende styrelsens vetorätt. Jag diskuterar i detta avsnitt även frågan om "läkning" kan ske vid utbetalningar i strid mot 12:2 ABL och vissa andra spörsmål som aktualiseras vid dylika överträdelser, särskilt med avseende på sakvärdesutbetalningar. Kravet på fastställd resultaträkning och fastställd balansräkning behandlar jag i avsnitt 12.3.2.2. Avsnitt 12.3.2.3 ägnar jag åt utbetalning av förskottsutdelning, utbetalning av efterskottsutdelning och utbetalning av s.k. interim utdelning. Koncernbidrag synes av många betraktas som ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet som företas före det att den ordinarie bolagsstämman har fattat beslut om vinstutdelning och behandlas därför i följande avsnitt 12.3.2.4. Förbudet mot vinstutdelning efter nedsättning presenteras i avsnitt 12.3.2.5 och utbetalningar till aktieägarna i samband med olovlig nedsättning av aktiekapital, reservfond och uppskrivningsfond i avsnitt 12.3.2.6. I avsnitt 12.3.2.7 undersöker jag olovlig utbetalning i samband med likvidation. Jag avslutar analysen av tillämpningsområdet för 12:5 1 st. 1 meningen ABL med att diskutera utbetalning av utdelning i strid mot funktionsfördelningen mellan bolagsorganen i avsnitt 12.3.3 respektive utbetalning av utdelning i strid mot likhetsprincipen eller bolagsordningen i avsnitt 12.3.4.

Hur återbäringsanspråk enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL förhåller sig till anspråk som grundar sig på andra bestämmelser i ABL eller regler i annan lagstiftning är en fråga av stor principiell betydelse, som jag återkommer till i avsnitt 12.4. Avsnitt 12.5.1–12.5.2 syftar till att fastställa återbäringsskyldighetens innebörd och omfattning. Eftersom det i praktiken ofta gäller att tillämpa 12:5 1 st. 1 meningen ABL på utbetalningar i strid mot 12:2 ABL har jag valt att i två typfall – i avsnitt 12.5.3 – undersöka innebörden och omfattningen av återbäringsskyldigheten vid överträdelser av detta lagrum. I avsnitt 12.6 diskuterar jag spörsmålet om återbäringsregeln är analogt tillämplig vid olovliga utbetalningar till *utomstående*. Jag avslutar kapitlet med att i avsnitt 12.7 försöka fastställa den

tidpunkt som är bestämmande för bedömningen huruvida utbetalningen är olovlig och att i avsnitt 12.8 behandla vissa processuella frågor, bl.a. om bolaget (och) eller den återbäringsskyldige har rätt att välja i vilken form återbäring skall ske och vem som har bevisbördan för att en utbetalning står i strid med ABL.

Jag utgår i det följande från utbetalningsbegreppet sådant det bestämts i avdelning II ovan. Vad som konstituerar en utbetalning och storleken på denna enligt det föregående är sålunda bestämmande vid tillämpningen av utbetalningsreglerna.

12.2 Vilka utbetalningar i strid mot ABL ger upphov till återbäringsskyldighet?

Återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL inträder alltså vid utbetalningar till aktieägare *"i strid mot denna lag"*. Formuleringen "i strid mot denna lag" torde åtminstone syfta på utbetalningar i strid mot utbetalningsförbudet: Utbetalningar till bolagets aktieägare i strid mot bestämmelserna i 6, 12 och 13 kapitlet ABL om vinstutdelning, nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation.

Återbäringsregeln kan dock ge läsaren intrycket av att inte ens alla utbetalningar i strid mot bestämmelserna i 6, 12 och 13 kapitlet ABL ger upphov till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Visserligen uppkommer enligt den förra delen av första meningen återbäringsskyldighet för en aktieägare då han uppbär en *utbetalning i strid mot ABL*. Men enligt den senare delen av första meningen skall aktieägaren återbära vad han uppburit med ränta från det att *utdelningen uppbars* och detta senare begrepp syftar på utbetalning av utdelning (av vinst). Det är därmed möjligt att hävda att formuleringen "i strid mot denna lag" i 12:5 1 st. 1 meningen ABL skall tolkas som utbetalningar i strid mot 12 kapitlet.

Jag vill mena att den senare tolkningen får betraktas som oriktig. Återbäringsregeln utformades med tanke på att i en ordning reglera rättsföljden vid utbetalningar i strid mot ABL[1] och bör i allt fall anses tillämplig vid utbetalningar i strid mot utbetalningsförbudet i 12:1 1 st. ABL.[2]

[1] Jfr SOU 1971:15 s. 320. 1944 års lag stadgade en återbäringsskyldighet i fyra olika stadganden. Olovlig vinstutdelning skulle återbäras enligt 73 § 2 mom. Olovlig utdelning från moderbolag gav upphov till återbäringsskyldighet enligt 74 § 2 st. Vid olovlig utbetalning i samband med nedsättning av aktiekapitalet var aktieägare återbäringsskyldiga enligt 73 § 3 mom. Återbäringsskyldighet vid olovlig utskiftning i samband med likvidation stadgades i 163 § 2 st.

[2] SOU 1971:15 s. 320 och prop. 1975:103 s. 484. I litteraturen se Bökmark–Svensson s. 132, Grosskopf, Vinstbolag s. 52 och Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 253).

Att ordet "utdelningen" förekommer i lagtexten får betraktas som ett språkligt misstag. Jfr för övrigt 9:5 1 st. 1 meningen bankaktiebolagslagen (1987:618), 10:7 1 st. 1 meningen lagen om ekonomiska föreningar (1987:667) och 8:7 1 st. 1 meningen föreningsbankslagen (1987:620).

Därmed är det ändock inte definitivt avgjort vilka överträdelser av ABL som ger upphov till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Återbäringsskyldighet uppkommer vid utbetalningar *i strid mot ABL* och av utbetalningsförbudet följer att utbetalningar till aktieägare endast får ske enligt bestämmelserna i ABL om de tre utbetalningstyperna. Utbetalningsförbudet 12:1 1 st. ABL bör emellertid tolkas som att utbetalningar till aktieägare måste ske med iakttagande av *varje regel* i ABL som är tillämplig vid vinstutdelning, nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid likvidation.[3] Detta framgår ännu tydligare av 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Vid utbetalningar till aktieägare *i strid mot ABL* – ej blott bestämmelserna i 6, 12 och 13 kapitlet – uppkommer återbäringsskyldighet.

Slutsatsen av det anförda skulle vara att 12:5 1 st. 1 meningen ABL inte endast reglerar rättsföljden vid utbetalningar i strid mot bestämmelserna i 6, 12 och 13 kapitlet ABL utan även utbetalningar i strid mot t.ex. likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL och reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen (jfr bl.a. 9:5 ABL).

Vilket är då tillämpningsområdet för 12:5 1 st. 1 meningen ABL? Uppkommer återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL vid utbetalningar i strid mot vilken som helst bestämmelse i ABL (som är relevant beträffande ifrågavarande utbetalningstyp)? Att döma av lagtextens ordalydelse måste så vara fallet. Övriga rättskällor ger inte något bestämt besked. Uttalanden i förarbetena[4] till ABL och i litteraturen[5] tyder dock på att återbäringsregeln skall tolkas efter denna senare modell. För egen del anser jag att det är en fördel, om samtliga typer av utbetalningar i strid mot reglerna i ABL är sanktionerade i en ordning och på ett och samma vis. En sådan lösning leder dessutom till att man på ett likartat sätt kan tillgodose tredjemansskyddet respektive aktieägarskyddet.

Sammantaget torde 12:5 1 st. 1 meningen ABL omfatta alla typer av

[3] Se härom avsnitt 5.2.1.

[4] "En lagstridig utbetalning kan innebära en kränkning av viss eller vissa aktieägares rätt, såsom om vinstutdelning sker med större belopp till vissa aktieägare än till andra utan att detta beror på att deras aktier enligt bolagsordningen har olika rätt till utdelning." Se SOU 1971.15 s. 320 och jfr prop. 1975:103 s. 484. Tydligen en tillämpning av likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL.

[5] Med återgivande av föregående not berörda uttalanden i förarbetena till ABL, se Kedner–Roos II 12:5.01 (s. 253) och Lind s. 267.

olovliga utbetalningar: Utbetalningar som står i strid mot vilken som helst bestämmelse i ABL. Till spörsmålet om 12:5 1 st. 1 meningen ABL innefattar en *exklusiv reglering* av återbäringsskyldigheten – *rättsföljden av den olovliga utbetalningen i relation till mottagaren* – återkommer jag till i avsnitt 12.4 nedan.

12.3 Olovliga utbetalningar och återbäringsskyldighet – några typfall

12.3.1 Inledning

ABL kan sägas innehålla tre olika typer av normer som begränsar aktieägarnas möjligheter att vederlagsfritt tillgodogöra sig bolagets förmögenhet. Den första typen utgörs av bestämmelser som är uppställda i tredje mans intresse. Hit hör bl.a. 12:2 ABL om utdelningsbart fritt eget kapital. Den andra typen reglerar funktionsfördelningen mellan bolagsorganen. Den tredje typen är bestämmelser såsom 3:1 1 st. ABL avseende likhetsprincipen. Till det närmare innehållet i berörda bestämmelser får jag hänvisa till kap. 5 ovan.

Jag avser att i följande avsnitt översiktligt presentera några typfall av utbetalningar i strid mot ABL vilka *i princip* ger upphov till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.

12.3.2 Tredjemansskyddet

12.3.2.1 Om utbetalning av utdelning, utdelningsbart fritt eget kapital och styrelsens vetorätt

Huruvida en utbetalning av bolagets kontanta medel eller annan egendom till aktieägare är tillåten eller ej måste bedömas mot bakgrund av om utbetalningen strider mot en bestämmelse som i tredje mans intresse är absolut tvingande eller som i aktieägarnas intresse är dispositiv; en bestämmelse av det senare slaget kan i motsats till en absolut tvingande bestämmelse åsidosättas med samtliga aktieägares samtycke. Ett flertal av bestämmelserna i 12 kapitlet ABL om vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom är absolut tvingande (se härom avsnitt 5.2.2.2 ovan). Utbetalningar i strid mot sådana bestämmelser ger upphov till en ovillkorlig återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. (Jag bortser härvidlag och i det följande från godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL.)

Utbetalningar i strid mot 12:2 ABL

En central bestämmelse rörande vinstutdelning är 12:2 ABL, vilken är uppställd i tredje mans intresse och absolut tvingande. Bolagets aktieägare får aldrig förfoga över bolagets förmögenhet så att dispositionen tar i anspråk mer än fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL – vilket även kan uttryckas[6] som att dispositionen inte får inkräkta på det bundna egna kapitalet inklusive vad som skall avsättas till reservfonden såvida bolaget är skyldigt därtill jämlikt 12:4 1 st. p. 1 ABL – eller vad som är utdelningsbart enligt försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Sker en utbetalning i strid mot 12:2 ABL uppkommer återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[7]

> Vissa författare har på senare tid gjort gällande att det skulle existera en skillnad mellan, å ena sidan, vad som är fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL och, å andra sidan, principen om skyddet för det bundna egna kapitalet (däri inbegripet vad som skall avsättas till reservfonden enligt 12:4 1 st. p. 1 ABL), vilken också anses komma till uttryck i 12:2 1 st. ABL.[8] Förklaringen till *varför* vissa författare påstår att en dylik distinktion existerar synes vara att det på så sätt blir betydligt lättare att motivera nettometoden.[9] Enligt min mening kan det emellertid ifrågasättas, om inte ovanstående distinktion är "konstruerad"[10].[11] (Jfr dock ovan avsnitt 3.6.3 om den s.k. balance sheet surplus test med avsnitt 3.6.4 om den s.k. earned surplus test.)
>
> Ett exempel får belysa min ståndpunkt. Vid ordinär utbetalning av vinstutdelning verkställs vinstutdelningsbeslutet på så sätt att bolaget betalar ut ett belopp i kontanter, t.ex. 100000 kr. Det utbetalade beloppet skall motsvaras av fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL och vad som är utdelningsbart enligt 12:2 2 st. 1 meningen ABL; i vårt fall 100000 kr. Skulle ifrågavarande bolag inte i erforderlig omfattning disponera över fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL kommer utbetalningen att ta i anspråk mer än vad som är fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL med ett visst belopp (jag förutsätter att reservfonden är vederbörligen fylld jämlikt 12:4 1 st. p. 1 ABL[12] och

[6] Jfr dock i det följande.

[7] Se närmare om 12:2 ABL i avsnitt 5.4.3 och 5.4.4 ovan.

[8] Se Lindskog JT 1992–93 s. 86ff och JFK 12:2-5.3.1 (s. 49f) samt Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 377ff. Jfr ock utlåtande av Thorell (citerat som Thorell, Utlåtande), s. 7, i den av Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 1, meddelade domen 1993-12-16 DT 38 (mål nr T 616/91), vilken har överklagats till HD.

[9] Jfr hänvisningar i föregående not.

[10] Annorlunda Danielsson, SvJT 1954 s. 571ff.

[11] Se ock ovan avsnitt 5.4.3.1 (finstilta partiet i slutet).

[12] Skulle detta inte vara fallet kan utbetalningen ändå sägas inkräkta på det bundna egna kapitalet – motsvarande det belopp som skall avsättas till reservfonden eller mer – i den meningen att vad som inte är utdelningsbart enligt 12:2 1 st. ABL *tillhör det bundna egna kapitalet* oavsett om årets avsättning till reservfonden ännu inte manifisterats i en balansräkning.

bortser från 12:2 1 st. p. 3 ABL) *och* samtidigt inkräkta på det bundna egna kapitalet sådant detta skyddas av 12:2 1 st. ABL med exakt samma belopp. Nämnda exempel kan ändras så att bolaget disponerar över 50000 kr som fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL (reservfonden[13] är fylld). Utbetalningen tar i anspråk 50000 kr mer än vad som är fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL och inkräktar på det bundna egna kapitalet sådant detta skyddas av 12:2 ABL med precis 50000 kr.

Men även om det reellt sett existerar en skillnad mellan dessa två olika sätt att se på 12:2 1 st. ABL följer (numera) av art. 15 p. 1 (c) i det andra bolagsdirektivet[14] (på samma sätt som 12:2 1 st. ABL är konstruerad) att endast det förra kan vara riktigt. Art. 15 p. 1 (c) stadgar närmare bestämt att det belopp som delas ut till aktieägarna inte får överstiga vinsten för det senaste avslutade räkenskapsåret med tillägg för balanserad vinst och belopp från reserver som får användas för detta ändamål samt med avdrag för balanserad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning har avsatts till reserver. Denna punkt skall jämföras med art. 15 p. 1 (a). Art. 15 p. 1 (a) stadgar att med undantag för det fallet att det tecknade kapitalet sätts ned får någon utdelning inte ske till aktieägarna, om enligt bolagets årsredovisning nettotillgångarna på bokslutsdagen för det senaste räkenskapsåret understiger eller till följd av utdelningen skulle komma att understiga det tecknade kapitalet och de reserver som enligt lag eller bolagsordning inte får delas ut. Den senare regeln ger uttryck åt en "äkta" princip om skyddet för det bundna egna kapitalet.

Vid både öppna och förtäckta utbetalningar av sakvärden skall enligt min uppfattning marknadsvärdet av tillgången (reducerat med värdet av eventuell motprestation) *jämföras med och avräknas från*[15] utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL.[16] Bruttometoden skall följaktligen tillämpas så att marknadsvärdet (i kr räknat) av sakvärdet skall jämföras med och avräknas från[17] vad som såväl är fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL som utdelningsbart enligt 12:2 2 st. 1 meningen ABL. På samma sätt bör marknadsvärdet av bolagets prestation (reducerat med värdet av eventuell motprestation) jämföras med utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL, om bolaget vederlagsfritt tillhandahåller aktieägarna egendom med begränsad rätt såsom nyttjanderätt eller vederlagsfritt låter aktieägarna tillgodogöra sig bolagets tjänster.[18] Enligt min upp-

[13] Se föregående not.

[14] Se avsnitt 3.5.1.3 och jfr rättsläget i England i avsnitt 3.5.4.2.

[15] Se dock beträffande redovisningsproblemet nedan.

[16] Se härom avsnitt 7.4.3.2.1 till 7.4.3.2.7 ovan.

[17] Se not 15 ovan.

[18] Se härom avsnitt 7.4.4 ovan. Jfr ock den situationen att aktieägarna – oavsett vad som följer av 12:7 ABL – lånar pengar från bolaget utan att någon ränta skall utgå eller att räntan understiger marknadsmässig ränta.

fattning saknar det för tillämpningen av utbetalningsreglerna i ABL såsom 12:2 betydelse, att de överförda tillgångarna i bolagets räkenskaper är upptagna till ett annat och lägre värde eller att bolagets balansmässiga ställning (eventuellt) inte *direkt försämras* av att aktieägarna mottar sakvärden från bolaget eller att aktieägarna får utnyttja företagets tillgångar med begränsad rätt eller tillgodogöra sig bolagets tjänster.[19] Rättsläget får dock betraktas som osäkert.

> Flera författare har en annan utgångspunkt. Jfr beträffande s.k. vinsteliminering Danielsson, SvJT 1954 s. 578ff (som emellertid förespråkar en bruttometod i fråga om sakvärdesutbetalningar); Lindskog, JT 1992–93 s. 93ff och JFK 12:2-6 (s. 55ff) samt Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 404ff.

Det sagda kan sammanfattas i en övergripande princip om *förmögenhetsmässig effekt*, vars innebörd är att varje avtal eller annan rättshandling som direkt eller indirekt innefattar ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet skall motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. Saknar den vederlagsfria dispositionen täckning i utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL uppkommer återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. En motsatt ståndpunkt bygger på principen om avtalets eller rättshandlingens *balansmässiga effekt*, och innebär att endast den vederlagsfria dispositionens redovisade balansmässiga effekt (utbetalningens eller kapitalanvändningens redovisade värde) skall beaktas vid tillämpningen av 12:2 ABL.[20] Återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL uppkommer i detta fall endast, om den vederlagsfria dispositionens redovisade balansmässiga effekt inte motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL (med vissa modifikationer; se närmare avsnitt 7.4.3.2.3 ovan).

Den prövning av utbetalningens lovlighet som skall företas enligt 12:2 ABL skall enligt min uppfattning i metodologiskt hänseende genomföras så att i ett första steg fastställs utbetalningsvärdet (i kr räknat). I nästa steg skall det fastställda utbetalningsvärdet jämföras med vad som är utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL enligt den fastställda balansräkningen för det senaste räkenskapsåret.[21] Om utbetalningsvärdet inte motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL är utbetalningen olovlig.[22] Det är således fråga om en slags *förprövning*.[23]

[19] Se härom avsnitt 7.4.3.2.1 till 7.4.3.2.7 samt 7.4.4 ovan.

[20] Se särskilt Lindskog JT 1992–93 s. 93 och JFK 12:2-5.3.1 (s. 50ff) samt jfr Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 392ff.

[21] Se dock om utbetalning av förskottsutdelning i avsnitt 12.3.2.3.3.

[22] Jfr Lindskog, Utlåtande s. 8. Lindskog företräder en annan uppfattning. Se nedan.

[23] Jfr härvidlag beträffande terminologin Lindskog, Utlåtande s. 8.

Lindskog tycks mena att spörsmålet huruvida en utbetalning är tillåten eller ej enligt 12:2 ABL skall besvaras med utgångspunkt i en slags *efterprövning*.[24] Detta skulle innebära att den kritiska frågan är huruvida den tilltänkta vinstutdelningen, om den genomförs, kommer att konsumera fribeloppet. Denna fråga skall besvaras genom att den styrande balansräkningen korrigeras med redovisningseffekten av den tilltänkta vinstutdelningen. Skulle efter en sådan korrigering någon del av fribeloppet återstå måste slutsatsen bli, att vinstutdelningen inte överstiger fribeloppet.

En efterprövning skall således göras på grundval av den styrande balansräkningen med korrigering endast för dispositionens redovisningsmässiga effekter. Efterprövningen uppges innebära upprättande av en "särskild balansräkning", vilken inte får blandas samman med en efterföljande av bolagsstämman fastställd balansräkning. Observeras bör att en helt annan sak är om en efterföljande av bolagsstämman fastställd balansräkning utvisar full täckning för de bundna posterna (inklusive en reservfond som uppgår till 20% av aktiekapitalet), bolagsstämman vid fastställandet av den balansräkningen (enligt Lindskog) bör kunna läka en under året företagen olovlig utbetalning.

Lindskogs uppfattning kan inte vara riktig. Både lagtextens ordalydelse och det åsyftade borgenärsskyddet (jfr förmögenhetsmässig effekt i motsats till balansmässig effekt) talar för att en förprövning skall ske. Inte heller är det de lege lata möjligt att i efterhand upprätta en "särskild balansräkning" (jfr 12:2 1 st. ABL: "/.../ fastställd balansräkning /.../ för det senaste räkenskapsåret /.../"; jfr däremot vad som gäller vid tillämpningen av 13:2 ABL).

Till stöd för sin ståndpunkt åberopar Lindskog även tre andra "beloppsspärrar", närmare bestämt 6:1 2 st., 6:8 3 st. och 6:9 2 meningen p. 1 ABL.[25] I t.ex. 6:1 2 st. 1 meningen ABL stadgas att nedsättning ej får avse "större belopp än att full täckning finns för det bundna egna kapitalet efter nedsättningen". Beräkningen härav skall jämlikt 6:1 2 st. 2 meningen ABL ske enligt balansräkning för nästföregående räkenskapsår, om denna fastställes vid stämman. Ingen av dessa bestämmelser ger emellertid uttryck för någon slags efterprövning (i fråga om de två första menar Lindskog att så är fallet). Tvärtom är det fråga om en slags förprövning (jfr kravet att prövningen skall ske enligt balansräkning för nästföregående räkenskapsår).

Särskilt om s.k. läkning – såväl vid sakvärdesutbetalningar som vid andra typer av utbetalningar i strid mot 12:2 ABL

Det har i litteraturen hävdats att en utbetalning som inkräktar på bundet eget kapital enligt senast fastställda balansräkning är olovlig och skall återbäras, men att återbäringsskyldigheten kanhända aldrig aktualiseras om det vid en efterföljande ordinarie bolagsstämma befinns, att mellan-

[24] Se Lindskog, Utlåtande s. 8ff återgivet i avsnitt 7.4.3.2.3 ovan.
[25] Lindskog, Utlåtande s. 10.

kommande vinster återställt det bundna egna kapitalet. Det ändamål som skulle tala för denna lösning uppges vara att om det bundna egna kapitalet väl återställts lider borgenärerna ingen skada.[26]

Nerep har pläderat för denna princip i anslutning till nettometoden.[27] Man kan möjligen tänka sig att Nerep har inspirerats av ett rättsfall i tysk rätt rörande återbäringsskyldigheten enligt 31 § 1 st. GmbHG vid utbetalningar i strid mot 30 § 1 st. GmbHG (BGH i NJW 1988 s. 139). Återbäringsskyldigheten bortfaller så snart och såvitt en balansräkning sedermera utvisar att det bundna egna kapitalet – *andelskapitalet* – återställts genom vinstmedel eller annat.

Det bör nämnas att Nerep synes utgå från att bruttometoden inte går att förena med någon "läkning" av ovan nämnt slag.[28] Däremot skulle detta vara fallet beträffande nettometoden. Enligt min uppfattning gäller dock att en dylik "läkning" är lika förenlig med bruttometoden som med nettometoden. Antag att ett aktiebolag för över en tillgång till en aktieägare och att utbetalningen anses ha inkräktat på bundet eget kapital (icke utdelningsbara medel) motsvarande marknadsvärdet av denna. Aktieägaren är återbäringsskyldig med ett belopp, som motsvarar utbetalningens värde i sin helhet. Vad är det som hindrar att återbäringsskyldigheten bortfaller om bolaget senare får tillgång till fritt eget kapital i erforderlig omfattning och eventuellt (vilket jag anser skall krävas) fattar beslut om vinstutdelning med ett belopp, som motsvarar det belopp varmed aktieägaren är återbäringsskyldig (se härom närmare nedan)? (Hur utbetalningen redovisas är en annan fråga.) Således måste spörsmålet om någon "läkning" kan komma i fråga enligt gällande rätt skiljas från frågan om man skall tillämpa nettometoden eller bruttometoden.[29]

Lindskog företräder den åsikten, att om bolaget enligt den styrande balansräkningen har ett behållet MBK (minimalt bundet eget kapital, varmed avses aktiekapital jämte "fylld" reservfond) är en disposition som innebär kapitalanvändning (utbetalning) lovlig, om den redovisningsmässiga balanseffekten av dispositionen – dvs. redovisningsvärdet – ryms inom det utdelningsbara beloppet. Saknar det ett behållet MBK är dispositionen olovlig.[30]

Den omständigheten att det saknas ett behållet MBK, t.ex. att endast ett marginellt belopp felas med avseende på bolagets MBK, behöver dock inte få till effekt att hela dispositionen blir ogiltig. Vad beträffar säkerställande genom pantsättning anges att rättsverkningarna lär begränsas till att panten är ogiltig intill ett belopp svarande mot vad som hade erfordrats för att bola-

[26] Se särskilt Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 392f och jfr s. 407. Jfr därtill Lindskog i JT 1992–93 s. 91ff och JFK 12:2–9 (s. 66f) samt Sacklén, SvJT 1994 s. 174 not 108 men modifierat SvJT 1994 s. 738 och JT 1994–95 s. 89.

[27] Svensk skattetidning 1993 s. 353ff och härom avsnitt 7.4.3.2.1.

[28] Se Svensk skattetidning 1993 s. 393. Se ock SvJT 1994 s. 557f.

[29] Se samma Sacklén, SvJT 1994 s. 736.

[30] Se härom avsnitt 7.4.3.2.3 ovan med utförliga hänvisningar.

get skulle ha ett behållet MBK.[31] I fråga om andra dispositioner än pantsättning synes Lindskog likaså anta att partiell ogiltighet kan inträda, om fråga är om penningbelopp eller annan generiskt bestämd egendom.[32] Vad beträffar odelbart sakvärde förefaller Lindskog argumentera för att återbäring skall ske in species, dock att mottagaren möjligen har rätt till kompensation svarande mot utdelningsbart belopp.[33] Se härom avsnitt 12.5.2 och 12.5.3 nedan.

Ett spörsmål som ogiltigheten aktualiserar är om en s.k. fyllnadsbetalning kan "läka" denna. Lindskog menar att så är fallet vid utbetalningar som har formen av ett avtal, där utbetalningsvärdet inte ryms inom ramen för vad som är utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. Dispositionen skulle bli lovlig om medkontrahenten genom betalning reducerar utbetalningsvärdet så mycket att det kvarvarande utbetalningsvärdet ryms inom ramen för vad som är utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. Denna möjlighet (vilken skulle vara en slags "rättighet") sägs stå medkontrahenten till buds under en viss skälig tid efter transaktionen. Däremot inte sedan bolaget hävdat olovligheten och därmed ogiltigheten[34].[35]

För egen del är jag skeptisk till att medkontrahenten skulle ha en dylik rätt att företa en fyllnadsbetalning och därigenom kunna "läka" ogiltigheten, låt vara att det inte kan uteslutas att en sådan rätt existerar. Mot att "läkning" kan ske genom fyllnadsbetalning talar det i 12:2 ABL åsyftade tredjemansskyddet och att detta är hänförligt till bolagets sfär – inte medkontrahentens. Tredjemansskyddet måste enligt min uppfattning bygga på principen att bolagets organ, som är skyldiga att tillse att bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse respekteras, skall sörja för att den genom den olovliga utbetalningen uppkomna bristen i bolagets förmögenhetsmassa återställs och på vilket sätt så sker. En motsatt princip kan helt enkelt inte anses förenlig med det i 12:2 ABL åsyftade tredjemansskyddet, eftersom denna princip innebär att den som olovligen tillgodogjort sig bolagets egendom – inte det drabbade bolagets företrädare – själv äger råda över föremålet för ogiltigheten på så sätt att han kan välja när och hur bristen i bolagets förmögenhetsmassa skall repareras genom en fyllnadsbetalning.[36] Ett skäl som i linje med

[31] Se Lindskog, JT 1992–93 s. 96 och JFK 12:5-5.1.3 not 64 (s. 108) samt jfr not 66 (s. 109).

[32] Se JFK 12:5-4.3.3 (s. 105f) och jfr (beträffande 8:14 ABL) 12:5-5.1.3 (s. 108f). Jfr i sammanhanget därtill JT 1992–93 s. 99ff, särskilt s. 100f.

[33] Lindskog, JFK 12:5-4.3.3 (s. 106f) och jfr (beträffande 8:14 ABL) 12:5-5.1.3 (s. 108). Jfr i sammanhanget därtill JT 1992–93 s. 99ff, särskilt s. 100f.

[34] Möjligen modifierat såtillvida att medkontrahenten äger fyllnadsbetala omedelbart efter bolagets påpekande. Se Lindskog, JFK 12:5-8.2 not 119 (s. 118).

[35] Se JT 1992–93 s. 101 vid not 65 och vad som anförs i noten samt utförligare JFK 12:5-8.2 (s. 117f). Observera Lindskogs annorlunda terminologi.

[36] Lindskogs restriktion i tiden ("viss skälig tid efter transaktionen") är inte i principiellt hänseende meningsfull på grund av att restriktionen i praktiken torde lämna utrymme för vitt skilda tolkningar. Jfr ock spekulationsmöjligheten i det följande.

det anförda talar för att fyllnadsbetalning som "rättighet" *inte* bör godtas är att medkontrahenten får en obefogad spekulationsmöjlighet såtillvida att fyllnadsbetalning görs såvida någon intressent (av relevans) uppmärksammar det olovliga förfogandet – eljest inte (preventionssynpunkten).[37] Vad nu sagts utgör inget hinder mot att fyllnadsbetalning sker efter en frivillig överenskommelse mellan bolagets företrädare och medkontrahenten. Inte heller hindrar det att återbäringsskyldigheten enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL begränsas till en värdeersättningsskyldighet.[38]

De lege lata synes det saknas stöd för Lindskogs ståndpunkt. Lindskog hänvisar visserligen till allmänna avtalsrättsliga principer.[39] Men jag kan inte i fråga om ogiltiga[40] dispositioner av här berört slag se att så är fallet. Av allmänna avtalsrättsliga principer synes snarare följa att dispositionen måste företagas på nytt.[41]

Lindskog nöjer sig inte med att argumentera för att "läkning" skulle kunna ske på ovan angivet vis. Vid sidan härav[42] skulle ett efterföljande godkännande kunna ske, om t.ex. utbetalningsvärdet vid beslutstillfället inte ryms inom fribeloppet enligt 12:2 1 st. ABL.[43] Ett efterföljande godkännande kan ske uttryckligt genom ett bolagsstämmobeslut eller konkludent på så sätt att t.ex. utbetalningen inbegrips i årsredovisningen.[44] Om utbetalningen har

[37] Annorlunda Lindskog, JFK 12:5-8.2 (s. 118).

[38] Se avsnitt 12.5.2 och 12.5.3 nedan.

[39] JFK 12:5-8.2 (s. 118).

[40] Se härom avsnitt 12.5.2 nedan.

[41] Jfr Karlgren, Festskrift till Ussing s. 258ff och vad jag anför i det följande (bl.a. rörande NJA 1980 s. 311).

[42] Jfr därtill ovan avsnitt 7.4.3.2.3 och i det föregående angående den separata frågan om s.k. efterprövning. Om en efterföljande av bolagsstämman fastställd balansräkning utvisar full täckning för de bundna posterna (inklusive en reservfond som uppgår till 20% av aktiekapitalet), bör enligt Lindskog bolagsstämman vid fastställandet av den balansräkningen kunna läka en under året företagen olovlig utbetalning. Se Lindskog, Utlåtande s. 9. Se ock JFK 12:3-4.8.2 (s. 80).

[43] Se närmare JFK 12:2-9.1f (s. 66f).

[44] Se JFK 12:2-9.2 (s. 67) och 12:3-4.8 (s. 78ff). Jfr i sammanhanget Lindskog, JT 1992–93 s. 96. Lindskog framåller även här, att om årsredovisningen för det år dispositionen gjordes visar ett intakt MBK läks ogiltigheten genom ett vederbörligt godkännande från bolaget. Jfr ock not 42 ovan. Det kan enligt Lindskog dock sättas i fråga om inte de aktieägare som tagit befattning med dispositionen i vissa fall måste anses ha åtagit sig att ombesörja ett sådant godkännande. Vidare hävdas att bolagsstämmans fastställande av årsredovisningen i förening med offentliggörande och viss tids passivitet kan leda till att bolaget ej längre äger angripa dispositionen. Resonemanget kan visserligen tyckas stå i strid mot ett uttalande av HD i NJA 1980 s. 311, varav framgår att en pantförskrivning som innefattar en olovlig utbetalning inte blir olovlig endast därför att pantegendomen senare ryms inom utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL (i målet tillämpades 73 § 1 mom. 1944 års lag); härför krävs en ny pantförskrivning. Detta förklarar Lindskog emellertid med att säkerställanden – åtminstone vederlagsfria sådana – torde inta en särställning i förevarande avseende, bl.a. därför att dessa sällan redovisas så att bolagets egna kapital reduceras. Se beträffande NJA 1980 s. 311 närmare nedan.

formen av ett avtal kräver till synes Lindskog för "läkning" därtill en överenskommelse – uttrycklig eller konkludent – mellan bolaget och medkontrahenten.[45]

Oberoende av hur godkännandet yttrar sig skall det ses som ett nytt beslut, vilket sägs betyda att prövningen skall ske på basis av de nya förutsättningar som gäller vid godkännandetillfället.[46] Står det vid godkännandetillfället klart att bolaget har ett intakt aktiekapital och att tvångssparandet har fullgjorts, uppges från "spärrsynpunkt" inte längre några invändningar föreligga mot "kapitalanvändningen".[47]

För egen del är jag kritisk mot en lösning av angivet slag. Utgångspunkten för resonemanget synes vara att borgenärsskyddet i ABL enbart vilar på en slags princip om intakt bundet eget kapital (jfr 30 § 1 st. GmbHG). Frågan är om detta inte är ett alltför förenklat sätt att se på tredjemansskyddet. En annan sak är att lösningen framstår som fullkomligt logisk: Den "skada" som en utbetalning i strid mot 12:2 1 st. ABL åsamkar bolagets borgenärer är *beloppsmässigt* "läkt" då en fastställd balansräkning vid en senare tidpunkt, och på grund av uppkomna vinster eller av andra orsaker, utvisar ett intakt bundet eget kapital i enlighet med 12:2 1 st. ABL.

Jag vill emellertid mena att man måste hålla isär utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL, bolagets förmögenhet och aktieägarnas förmögenhet. Förfogar aktieägarna vederlagsfritt över bolagets förmögenhet i strid mot 12:2 ABL skall bolaget försättas i samma situation som om dispositionen inte hade ägt rum. Bolagets förmögenhet uppvisar en brist jämfört med vad som hade varit fallet, om bolaget inte hade företagit utbetalningen.

Varför är då denna brist inte "läkt" när bolaget vid en senare tidpunkt disponerar över ett intakt bundet eget kapital enligt 12:2 ABL? Svaret på denna fråga är att bolagets anspråk på återbäring är en del av bolagets förmögenhet och det är denna förmögenhet som egentligen ligger till grund för tredjemansskyddet. Vad som garanterar skyddet för bolagets

[45] Se JFK 12:5-8.1 (s. 117).

[46] JFK 12:2-9.2 (s. 67) Lindskog hänvisar i not 151 ("Jfr") till Marthinussen–Aarbakke § 12-6 p. 1 (s. 448). Marthinussen–Aarbakke behandlar dock närmast den situationen att bolagsledningen har företagit en förtäckt utdelning i strid mot § 12-6 1 st. ASL om bolagsorganens "kompetens" (behörighet) och möjligen då förtäckt utdelning i form av s.k. förskottsutdelning.

[47] Se Lindskog JFK 12:2-9.2 (s. 67) med vidare hänvisningar i not 152 ("Jfr") till Lindskog JT 1992–93 s. 91ff och Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 407 ävensom beträffande koncernbidrag Blomberg, Balans 1993:2 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 89f. Det synes tveksamt om de båda senare – som framgår av hänvisningen – kan åberopas till stöd för en så pass generell regel och för den behandlade frågan är hänvisningen i det följande till Thomsen § 110 p. 4 ("Se också") enligt min mening inte relevant.

borgenärer och andra utanförstående intressenter är sålunda bolagets förmögenhet som sådan – dvs. samtliga tillgångar i detta – och inte det bundna egna kapitalet (noga taget icke utdelningsbara medel enligt hela 12:2 ABL) som sådant. Principen om skyddet för det bundna egna kapitalet har blott till syfte att begränsa storleken på vad som kan utbetalas till aktieägarna. Denna princip kan inte i ett annat och senare led åberopas till stöd för att den brist som uppstod i bolagets förmögenhet i samband med den olovliga utbetalningen skulle vara återställd och att skyddet för tredje man såsom bolagets borgenärer därmed skulle vara tillgodosett. Det förhåller sig ju otvivelaktigt på så vis att bristen i bolagets förmögenhet består, och det är denna brist som skall "läkas".

> Noteras bör för övrigt att *återbäringsskyldigheten* enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL inte kan jämkas enligt 15:4 1 st. ABL.

Tredjemansskyddet måste enligt min uppfattning vila på principen att utbetalningar som strider mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse skall återgå eller ersättas – alltså *återbäras* – av mottagaren. Bolaget har ett anspråk på att bristen i förmögenheten återställs och en återbäringsskyldig aktieägare kan först undgå ett sådant anspråk när han har ett giltigt motanspråk gentemot bolaget. Ett giltigt motanspråk uppkommer om och när bolaget har en fastställd balansräkning som utvisar såväl att bristen i det bundna egna kapitalet – vad som rätteligen bör förstås som bristen i icke utdelningsbart eget kapital enligt *hela 12:2 ABL* – är "läkt" som att det finns utdelningsbart fritt eget kapital tillgängligt (jfr art. 15 p. 1 (a) och (c) i det andra bolagsdirektivet) och under förutsättning att bolagsstämman eller samtliga aktieägare har fattat beslut om vinstutdelning (eventuellt konkludent),[48] som helt eller delvis motsvarar det värde varmed aktieägaren är återbäringsskyldig.[49] (Jag förutsätter härvidlag att bolaget accepterar att aktieägaren "kvittar" sitt anspråk mot bolagets återbäringsanspråk.)[50]

> Skulle den olovliga utbetalningen bestå i att bolaget har företagit en förtäckt utbetalning i strid mot 12:2 ABL bör återbäringsskyldigheten kunna innebära en värdeersättningsskyldighet. Se härom avsnitt 12.5.3.3 nedan. Ovanstående princip om "läkning" omfattar i så fall denna återbäringsskyldighet.

[48] Måhända kan ett dylikt beslut om vinstutdelning avfattas så att "återbäringsskyldigheten för aktieägaren X skall överföras på aktieägaren X". I så fall kommer utbetalningen bestå i "överförandet" av återbäringsskyldigheten. I och med verkställandet av stämmobeslutet upphör denna.

[49] Se nedan beträffande redovisning av bolags anspråk på återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL respektive bristtäckning enligt 12:5 2 st. ABL.

[50] Jfr Lindskog, Kvittning s. 303f med vidare hänvisningar och JFK 12:2-4.3.1 (s. 105).

Härutöver torde dock återbäringsskyldigheten kunna upphöra på så vis att aktieägaren kommer överens med bolaget om att ett honom tillkommande anspråk av annat slag – t.ex. en fordran i anledning av ett köp – skall avräknas mot vad han olovligen har uppburit.[51] Självfallet upphör också återbäringsskyldigheten, om aktieägaren återbär vad han olovligen har mottagit från bolaget.

Ett visst stöd för det av mig företrädda synsättet är NJA 1980 s. 311.[52] Målet har jag refererat utförligt i avsnitt 9.6.2.1 ovan. Ett bolag hade vederlagsfritt fått ställa viss sin egendom som säkerhet för aktieförvärvarnas skuld till säljaren av aktier på grund av köpet av dessa. Enligt HD var pantsättningen underkastad samma begränsningar som gäller beträffande utbetalningar. Ett bolags pantsättning för en fordran av aktuellt slag blir giltig i den mån pantsatt egendom svarar mot vid tidpunkten för pantsättningen utdelningsbart belopp. I övrigt blir pantsättningen ogiltig. HD framhåller särskilt att ogiltigheten måste anses bestå, även om bolaget senare skulle få ytterligare belopp till förfogande för vinstutdelning. Om bolaget vill att panthavaren skall kunna ta i anspråk däremot svarande, ytterligare del av pantegendomen, måste en ny pantförskrivningen äga rum.[53]

Enligt min mening ger domskälen uttryck åt en allmän princip, vars innebörd är att återbäringsskyldigheten eller ogiltigheten vid utbetalningar i strid mot 12:2 ABL består, även om bolaget senare skulle få ytterligare belopp till förfogande för vinstutdelning; det är sålunda inte tillräckligt att mellankommande vinster återställt bristen i icke utdelningsbart eget kapital. Återbäringsskyldigheten eller ogiltigheten "läks" bara om och i den utsträckning bolagsstämman eller samtliga aktieägare senare, och på grundval av en fastställd balansräkning vilken utvisar både att bristen i icke utdelningsbart eget kapital enligt 12:2 ABL har återställts och ett utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL, fattar beslut om vinstutdelning, som helt eller delvis motsvarar det värde varmed aktieägaren är återbäringsskyldig. (Jag utgår från att bolaget accepterar att aktieägaren "kvittar" sitt anspråk mot bolagets återbäringsanspråk.) Att återbäringsskyldigheten eller ogiltigheten på berört vis kan "läkas" framgår av målet såtillvida att HD utgår från följande: Om bolaget senare skulle få ytterligare belopp till förfogande för vinstutdelning kan panthavaren ta i anspråk en häremot svarande, ytterligare del av pantegendomen, genom en ny pantförskrivning (konkludent utbetalning av vinst). Observeras bör dock att den omständigheten att en *delvis* "läkning" på berört vis hade kunnat komma i fråga var en följd av att bolagets prestation också var "delbar" (pant). Jfr om "partiell" ogiltighet nedan avsnitt 12.5.3.2 och 12.5.3.3.

Mot vad som nu anförts kan det invändas att HD:s uttalanden i NJA 1980

[51] Jfr ovan om s.k. fyllnadsbetalning.

[52] Annorlunda Lindskog i JT 1992–93 s. 96 och jfr JFK 12:5-8.1 (s. 117). Se ovan.

[53] Se referatet s. 319.

s. 311 beträffande vederlagsfri pant inte går att generalisera.[54] Målet måste betraktas som särpräglat på grund av det rörde sig om en vederlagsfri pant.[55]

Invändningen kan tyckas ha gott fog för sig. Ändock framstår det som märkligt att HD enbart för vederlagsfri pant skulle kräva att bolaget företar en ny pantförskrivning, varigenom man helt eller delvis "läker" den tidigare ogiltigheten. Enligt min mening måste HD:s utgångspunkt vara att en olovlig utbetalning inte blir lovlig på grund av att bolaget sedermera "läker" bristen i icke utdelningsbart eget kapital (dvs. bristen i bundet eget kapital inklusive vad som skulle ha avsatts till reservfonden och vad som eventuellt följer av försiktighetsregeln). Vad som krävs är något annat och mer. Bolaget skall närmare bestämt också disponera över utdelningsbart fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning *och* ha företagit en ny och giltig vederlagsfri disposition (jag förutsätter samtliga aktieägares samtycke). Se härom närmare ovan.

Däremot kan NJA 1988 s. 620 (jfr NJA 1993 s. 484), som rörde tillämpningen av 13:2 ABL, åberopas till stöd för att ABL enbart vilar på en princip om intakt bundet eget kapital och att återbäringsskyldighet aldrig aktualiseras om mellankommande vinster återställer det bundna egna kapitalet. Ett personligt betalningsansvar för (bl.a.) styrelseledamöter enligt 13:2 4 st. ABL förutsätter inte bara att de underlåter att vidta åtgärder i enlighet med vad som föreskrivs i 1 st. utan dessutom att bolagets egna kapital *faktiskt* underskridit den kritiska gränsen. Om ett bolags egna kapital underskridit den kritiska gränsen men ställningen därefter, fram till dess att kontrollbalansräkningen enligt 13:2 1 st. 1 meningen ABL har upprättats, har förbättrats så att kapitalet överstiger gränsen, anses styrelsen inte rimligen vara skyldig att vidta någon i samma stycke angiven åtgärd för att undgå ansvar för bolagets förbindelser.[56]

Det kan emellertid ifrågasättas, om NJA 1988 s. 620 är relevant i förhållande till 12:2 och 12:5 ABL. Tvångslikvidationsregeln i 13:2 ABL syftar till en handlingsplikt för i första hand styrelsen, då bolagets rörelse går dåligt och bolaget närmare sig insufficiens. Bestämmelsen syftar i ett vidare perspektiv till att förhindra insolvens, dvs. ett bolag förväntas bli "insuffient" enligt 13:2 ABL före det att insolvens uppstår, och tar främst sikte på den situationen att ett bolag helt enkelt gör "dåliga" affärer. 13:2 ABL förutsätter att bristen kan *"läkas"* genom "goda" affärer, nedsättning av aktiekapitalet, nyemission till överkurs eller aktieägartillskott.

Utbetalningsbestämmelsen i 12:2 ABL har ett annat syfte. Syftet är att i bl.a fordringsägarnas intresse garantera att varje aktiebolag har en förmö-

[54] Jfr Lindskog i JT 1992–93 s. 96 berört ovan.

[55] Den omständigheten att vederlagsfri pant sällan redovisas så att det egna kapitalet minskar kan dock inte vara ett argument mot min tolkning av NJA 1980 s. 311. Vederlagsfri pant *bör väl* redovisas så att eget kapital reduceras; jfr NJA 1980 s. 311 på s. 318 och se härom avsnitt 12.7 finstilta partiet i slutet. Annorlunda Lindskog i JT 1992–93 s. 96 omnämnt ovan.

[56] Se referatet s. 644 med vidare hänvisningar.

genhet som minst motsvarar skulderna, det bundna egna kapitalet och eventuellt en viss del av fritt eget kapital (se avsnitt 4.3.3.2 ovan). Bestämmelsen förbjuder aktiebolagsrättsliga utbetalningar till aktieägarna (eller utomstående) som tar i anspråk en motsvarande del av förmögenheten. 12:2 ABL förutsätter att den olovliga utbetalning *återbäres* enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL eller *ersätts* enligt 12:5 2 st. ABL.

En principiell skillnad mellan 12:2 och 13:2 ABL består således i att 12:2 ABL skall förhindra att aktieägarna vederlagsfritt tillgodogör sig bolagsförmögenheten och att 13:2 ABL skall förhindra "dåliga" affärer. 13:2 ABL tar alltså – i motsats till 12:2 ABL – inte i första hand sikte på aktiebolagsrättsliga utbetalningar. En annan sak är att 13:2 ABL kan tillämpas om aktieägarna disponerar över bolagsförmögenheten så att det egna kapitalet faktiskt kommer att understiga hälften av aktiekapitalet.[57]

En annan och väsentlig skillnad mellan 12:2 och 13:2 ABL är, som framgått, att den förra bestämmelsen förutsätter att bolagets prestation vid aktiebolagsrättsliga utbetalningar i strid mot 12:2 ABL skall *återbäras* enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL eller *ersättas* enligt 12:5 2 st. ABL. Utgångspunkten är *inte* att den genom den olovliga utbetalningen uppkomna bristen kan *"läkas"* genom "goda" affärer, nedsättning av aktiekapitalet, nyemission till överkurs eller aktieägartillskott. Förklaringen till detta måste vara att 12:2 ABL grundar sig på en princip om att bristen i bolagsförmögenheten – vilket är något annat än bristen i det bundna egna kapitalet (egentligen icke utdelningsbart eget kapital enligt 12:2 ABL i sin helhet) – skall bringas att upphöra. Och denna brist i bolagsförmögenheten "läks" genom att mottagaren återbär vad han har mottagit enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL eller ersätts av annan enligt 12:5 2 st. ABL; se närmare ovan.

Innebär detta då inte blott ett *formellt* skydd för bl.a. bolagets borgenärer? Varför skall man upprätthålla återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL eller bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL, när bristen i det bundna egna kapitalet (icke utdelningsbart eget kapital enligt 12:2 ABL) väl är "läkt" och sålunda borgenärsskyddet till synes är tillgodosett?

Enligt min uppfattning är det inte fråga om ett formellt skydd. Det är snarare så att bolagets fordringsägare blott bereds ett formellt skydd, om det avgörande är om bristen i det bundna egna kapitalet är "läkt". Den av mig företrädda lösningen syftar till att bereda bolagsborgenärerna ett materiellt skydd. Den fyller också till skillnad från vad en motsatt lösning gör en preventiv funktion såtillvida att den motverkar – inte uppmuntrar – vederlagsfria förfoganden varigenom bolagsförmögenheten och det åsyftade borgenärsskyddet riskeras.

Att man vid tillämpningen av 13:2 ABL kan "läka" bristen i det egna kapitalet förklaras av bestämmelsens historiska bakgrund, utformning och

[57] Jag förutsätter då att bolagets återbäringsanspråk eller bristtäckningsanspråk enligt 12:5 ABL saknar värde.

funktion. *12:2 ABL* har – i motsats till 13:2 ABL – till syfte att i bl.a. bolagsborgenärernas intresse garantera att *bolagsförmögenheten* förblir *intakt*. Vad som olovligen utbetalas skall återbäras eller ersättas enligt 12:5 ABL. Vad *12:2 och 12:5 ABL säkerställer* är därmed inte det bundna egna kapitalet (icke utdelningsbart belopp enligt 12:2) utan bolagsförmögenheten, och det är *bolagsförmögenheten* som *bereder tredje man såsom fordringsägarna* någon form av *materiellt skydd*. Ett sådant skydd kan aldrig redovisat bundet eget kapital (icke utdelningsbart eget kapital enligt 12:2 ABL) enligt fastställd balansräkning i och för sig åstadkomma.

En annan princip, vilken tangerar problematiken rörande "läkning", är följande:[58] Antag att ägaren av ett enmansbolag gjort ett uttag som inkräktar på bundet eget kapital. Därefter överlåter han aktierna i bolaget på grundval av en värdering avseende den bolagsförmögenhet som kvarstår efter det olovliga uttaget. Aktieköparen skulle i detta läge inte kunna riva upp köpeavtalet genom att beordra bolagsledningen att från säljaren återkräva det olovliga uttaget.[59]

Till stöd för en princip av nämnt slag åberopas inte sällan NJA 1935 s. 357.[60] Ett konsortium bestående av tre personer hade förvärvat samtliga aktier i ett *danskt aktiebolag* och betalat köpeskillingen för aktierna genom att låta bolaget utfärda skuldebrev, som intecknades i bolagets fastighet och överlämnades till säljaren. Några år efter aktieförvärvet överlät två av aktieägarna – Brunnström och Ljungqvist – sina aktier. Nästan fem år senare kom bolaget att föra talan mot de två tidigare aktieägarna om att de var skyldiga att gottgöra bolaget vad som frånhänts detta genom inteckningsåtgärden. Aktieägarna bestred bifall till bolagets talan med den motiveringen, att konsortiets åtgärd att vid förvärvet av aktierna erlägga en del av likviden genom att låta bolaget utfärda skuldebrev, som intecknades i dess fastighet, var att anse såsom ett kapitaluttag ur bolaget. Kapitaluttaget var befogat med hänsyn till att konsortiet ägde hela aktiestocken och att bolaget inte hade andra skulder än sådana, för vilka inteckningar i fastigheten låg som säkerhet. HD fann att konsortiets medlemmar i och för sig hade låtit bolaget skuldsätta sig för att betala en skuld som åvilade dem personligen. Vid tidpunkten för bolagets skuldsättning var konsortiets medlemmar dock ägare till samtliga aktier i bolaget. "Vid sådant förhållande och med hänsyn till ej mindre vad i målet blivit upplyst rörande omständigheterna vid aktieförvärvet och den sedermera skedda försäljningen av Brunnströms och Ljungqvists aktier än även vad om bolaget i övrigt förekommit kan berörda förfogande över bolagets egendom icke i och för sig för Brunnström och Ljungqvist medföra ersättningsskyldighet till bolaget. Ej heller hava Brunnström

[58] Se första gången Danielsson i SvJT 1954 s. 575 not 1 (jfr Aktiekapitalet s. 211f) och senare Rodhe, Förtäckt vinstutdelning s. 10. Se ock Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 112; Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 254) och Grosskopf, Vinstbolag s. 53.

[59] Exemplet hämtat från Rodhe, Förtäckt vinstutdelning s. 10.

[60] Se Danielsson i SvJT 1954 s. 575 not 1 ("jfr") och Rodhe, Förtäckt vinstutdelning s. 10.

och Ljungqvist, såvitt visats, åtagit sig betalningsansvar för någon del av skuldbeloppet."[61]

Att NJA 1935 s. 357 skulle vara ett stöd för ovan nämnda princip torde inte vara riktigt. Såsom framhållits i litteraturen,[62] var frågan om skyddet för det bundna egna kapitalet inte uppe till prövning i 1935 års avgörande.[63] Ett aktiebolag är skyddat mot utbetalningar som inkräktar på det bundna egna kapitalet (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden) enligt 12:2 1 st. ABL eller som tar i anspråk icke utdelningsbara medel enligt försiktighetsregeln i 12:2 2 st. ABL. Skulle en utbetalning ha företagits i strid mot 12:2 ABL är aktieägaren återbäringsskyldig enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Denna princip gäller oavsett samtliga aktieägares samtycke.[64]

Bestämmelsen i 12:2 ABL syftar till att bereda bl.a. fordringsägarna ett kontinuerligt skydd i bolagsförmögenheten och bolagets styrelse torde, som en följd av vårdplikten, vara skyldig att kräva åter vad som olovligen utbetalats. Med hänsyn till att återbäringsskyldigheten gäller oavsett samtliga aktieägares samtycke kan det härvidlag inte ha någon betydelse att en aktieägare förvärvat aktier med vetskap om att aktieöverlåtaren gjort ett olovligt uttag.[65] Bolaget har en självständig rätt till återbäring, som måste hållas isär från rättsförhållandet mellan aktieförvärvaren och aktieöverlåtaren. Att aktieköparen måhända inte kan riva upp köpeavtalet är en separat fråga. Vad aktieöverlåtaren tvingas återbära till bolaget bör han enligt min mening – förutsatt aktieförvärvaren kände till det olovliga uttaget[66] – kunna kräva åter från aktieköparen;[67] i annat fall blir det *faktiska resultatet* att aktieförvärva-

[61] Referatet s. 360 och se kortfattat om målet Nial i SvJT 1937 s. 475.

[62] Jfr Bramsjö i SvJT 1953 s. 245 och se Müllern i JT 1990–91 s. 87f samt Lindskog, JT 1992–93 s. 90 not 30 och JFK 12:3-4.8.1 not 53 (s. 79).

[63] Se särskilt Müllern, JT 1990–91 s. 88 och Lindskog i JT 1992–93 s. 90 not 30 samt Johansson, Bolagsstämma s. 167.

[64] Se särskilt NJA 1951 s. 6 I på s. 25 och II på s. 37. Jfr ock NJA 1948 s. 651 på s. 666f.

[65] Jfr Müllern, JT 1990–91 s. 87f och se Lindskog, JT 1992–93 s. 90 not 30 och JFK 12:3-4.8.1 not 53 (s. 79). Jfr i sammanhanget NJA 1990 s. 343 på s. 351. Konkursförvaltaren gjorde i målet gällande att dotterbolaget var förhindrat att kräva återbetalning från moderbolaget, eftersom de som av moderbolaget förvärvat aktierna i dotterbolaget kände till ifrågavarande transaktioner. Någon närmare utredning härom hade dock inte förebragts i målet. HD fann därför att invändningen "redan med hänsyn härtill" inte kunna vinna beaktande. Jfr därtill NJA 1930 s. 590, där borgenärsskyddet dock inte aktualiserades.

[66] Jfr dock Lindskog i JT 1992–93 not 30, vilken synes förutsätta att köparen har utfäst att inte driva en återbäringstalan och han ändå senare låter bolaget göra detta. Vad angår det fallet att frågan om återbäring inte diskuterats mellan parterna, dock att köparen vet att säljaren uppburit värdet från bolaget på ett sätt som innebär en olovlig kapitalanvändning, får man enligt Lindskog efter omständigheterna pröva om köparen ådragit sig en täckningsskuld mot säljaren i den mån han genom bolaget tvingar denne att återbära vad han uppburit.

[67] Se liknande Lindskog i JT 1992–93 s. 90 not 30. Lindskog synes företräda den uppfattningen att köparen inte har något ansvar mot säljaren, om det är bolagets borgenärer som för talan mot honom. Det kan nog ifrågasättas, om inte en bättre lösning är att tillerkänna säljaren samma rätt i förevarande fall. En motsatt lösning skulle väl närmast innebära att aktieköparen kan förvärva aktierna på aktieöverlåtarens risk.

ren betalar ett lägre pris för aktierna än vad som avtalats. Om aktieförvärvaren känner till det olovliga uttaget får man helt enkelt förutsätta att han i förhållande till aktieöverlåtaren skall täcka den brist som har uppstått i bolagets förmögenhet.[68]

Rodhe synes mena att bolaget kan återkräva vad som olovligen utbetalats, när borgenärsskyddet kräver detta såsom är fallet vid bolagets konkurs.[69] För mig framstår en sådan lösning som inkonsekvent.[70] Varför skall borgenärsskyddet vara sämre beskaffat under bolagets bestånd än i händelse av konkurs? I själva verket skulle en dylik lösning leda till att det i 12:2 ABL åsyftade borgenärsskyddet blott vore effektivt vid bolagets konkurs och att det då skulle förutsätta att aktieägaren var solvent för återbäringsanspråket. Riskerna för bolagets borgenärer blir därmed större: 12:2 ABL kommer inte att bereda fordringsägarna ett kontinuerligt skydd i bolagsförmögenheten. Jag vill mena att det i 12:2 ABL åsyftade borgenärsskyddet måste upprätthållas konsekvent såväl under bolagets bestånd som vid konkurs. Utbetalningar i strid mot 12:2 ABL ger upphov till ovillkorlig återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL, om inte mottagaren uppbar utbetalningen i god tro.

Särskilt om skattekostnader för bolag i anledning av sakvärdesutbetalningar

Ytterligare ett spörsmål som i anslutning till 12:2 ABL bör uppmärksammas, är om utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL inte bara måste täcka marknadsvärdet av den utbetalade egendomen utan därtill den skattekostnad som kan uppstå för bolaget på grund av utbetalningen (se t.ex. 22 § anv.p. 1 4 och 5 st. kommunalskattelagen). Många författare synes besvara frågan jakande oavsett att de i övrigt är oense vad gäller valet mellan bruttometoden och nettometoden.[71]

Kedner har identifierat tre tänkbara lösningar på problemet.[72] Utdelning (utbetalning) av sakvärden skall enligt den första lösningen uppfattas som en strikt civilrättsliga fråga, vilken utesluter skatterättsliga överväganden med avseende på det utdelande bolaget. Med denna uppfattning får man en okomplicerad tillämpning av ABL:s utdelningsbegränsningsregel.

En annan lösning innebär att eventuella skatteeffekter skall beaktas i civilrättsliga sammanhang, men att de vid sakvärdesutdelning (sakvär-

[68] Jfr i sammanhanget ock Lindskog, JFK 12:3-4.8.1 (s. 79), särskilt not 55.

[69] Rodhe, Förtäckt vinstutdelning s. 10.

[70] Jfr Lindskog i JT 1992–93 s. 90 not 30.

[71] Se t.ex. Kedner, Balans 1983:9 s. 19 och Former för koncerninterna vinstöverföringar s. 45; Lindskog, JT 1992–93 s. 93 och JFK 12:2-5.3.3 (s. 52) samt Pehrson, JT 1992–93 s. 971.

[72] Se Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar, s. 44f.

desutbetalning) inte bör påverka storleken av det utdelningsbara beloppet. Konsolidering skall betraktas som en fråga för företaget i sin helhet. Visserligen har konsolidering historiskt knutits till olika slags värderingsbara tillgångar, men syftet har ändå varit att ge företaget som sådant möjlighet att räntefritt "låna en latent skuld" och undgå den likviditetsavtappning, som följer av beskattning. Sammantaget leder denna syn på konsolidering till att upplösning av en redovisningsreserv och en uppkommen vinst inte har någon skattemässig betydelse för storleken av det utdelningsbara beloppet. Utdelningsförhållandena skulle alltså här bli samma som i föregående fall.

Den tredje lösningen, vilken beskrivs som "sannolikt förhärskande", är att man urskiljer en samling fristående skattesubjekt inom inkomstslaget näringsverksamhet.[73] Detta skulle – enligt Kedner – i förevarande fall innebära, att om utdelning (utbetalning) av ett sakvärde medför skatteplikt för det utdelande företaget denna skattekostnad bör knytas till utdelningstransaktionen. Kedner ansluter sig till den tredje lösningen med den motiveringen, att i och med att man fattar ett utdelningsbeslut, som medför vissa skattekonsekvenser, bör dessa beaktas redan i det bokslut, som föregår utdelningsåret. Följaktligen skall det utdelningsbara beloppet inrymma såväl det utdelade (utbetalade) sakvärdets marknadsvärde som beräknad skatt på den utdelade egendomen.

Även enligt min uppfattning bör en skattekostnad – såvida och i den mån skattekostnaden över huvud taget kan beräknas[74] – som orsakas av en öppen eller förtäckt, direkt eller indirekt, utbetalning från ett bolag beaktas vid prövningen huruvida utbetalningen är tillåten eller ej enligt 12:2 ABL. När ett företag eljest avhänder sig egendom sker detta till marknadspris i bolagets rörelse. Den skatt som avyttringen ger upphov till motsvaras av en intäkt för bolaget (sammanlagda värdet av bolagets försäljning). Vid en sakvärdesutbetalning saknas det en intäkt – i allt fall uppgår den inte till marknadsvärdet av bolagets prestation – som motsvarar bolagets skattekostnad. Bolaget kommer därför inte sällan att sakna täckning för den skattekostnad som sakvärdesutbetalningen ger upphov till. Sett ur tredjemansskyddssynpunkt framstår det inte som särskilt välgenomtänkt att kräva, att värdet av utbetalningen skall inrymmas inom utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL och samtidigt bortse från den förmögenhetsminskning som blir följden av att sakvärdesutbetalningen leder till skattekostnader för bolaget. Jag vill mena att tredjemansskyddet förutsätter, att det sammanlagda värde som försvinner ur eller kommer att försvinna ur bolaget vid utbetalningar till aktieägare

[73] Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar s. 45.
[74] Jfr i någon mån Lindskog, JFK 12:2-5.3.3 (s. 52).

(eller utomstående) skall motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. Marknadsvärdet av sakvärdesutbetalningen och den för bolaget uppkomna skattekostnaden bör därför ha täckning i utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL.[75]

Det bör i sammanhanget dessutom uppmärksammas, att tredjemansskyddet riktar sig till hela borgenärskollektivet, vari staten ingår som en av flera borgenärer. Med en lösning, som inte kräver att skatt på utbetalade sakvärden skall motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL, finns det enligt min mening en risk för att sakvärdesutbetalningar i många fall kommer att inkräkta på det bundna egna kapitalet sådant det skyddas av 12:2 1 st. ABL eller omfatta en större del av fritt eget kapital än vad som är tillåtet enligt försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Därmed kommer sakvärdesutbetalningar att kunna stå i strid mot det skydd för hela *borgenärskollektivet* som är syftet med 12:2 ABL samtidigt som *staten har allmän förmånsrätt för sin fordran enligt 11 § FRL.*

Särskilt om de redovisningstekniska problemen vid sakvärdesutbetalningar ävensom vilken betydelse redovisningen har för lovligheten av sakvärdesutbetalningar

Jag har så här långt undvikit att ta ställning till hur marknadsvärdet och eventuell skattekostnad skall belasta balansräkningen. Hur och till vilket värde skall tillgångar på balansräkningens aktivsida, vilka används för utbetalningar och som är upptagna till ett värde som understiger marknadsvärdet, kunna föras ut om och när fritt eget kapital på balansräkningens passivsida skall reduceras med marknadsvärdet av de utbetalade tillgångarna och eventuell skattekostnad? Det går logiskt sett inte att förena de båda värdena: Det värde till vilket tillgångarna förs ut ur balansräkningen på aktivsidan är lägre än marknadsvärdet av ifrågavarande tillgångar och eventuell skattekostnad, som skall reducera fritt eget kapital. Det kan tyckas vara ett ovillkorligt krav, att det värde som förs ut ur balansräkningen på aktivsidan måste motsvara det värde varmed passivsidan minskar (utbetalningen synes inte kunna föras över resultaträkningen; men jfr nedan).[76]

Nu berörda svårigheter och andra betraktas av många som ett argument mot marknadsvärdemetoden.[77] Enligt min uppfattning är problemen till sin karaktär inte civilrättsliga utan redovisningstekniska. En annan sak är att de är av betydelse vid tillämpningen av 12:2 ABL: Hur stort belopp får bolaget dela ut nästa år (jag förutsätter härvid att marknadsvärdet av utbetalningen och eventuella skattekostnader skall motsvaras av utdelningsbart fritt eget

[75] Jfr Andersson, SvJT 1993 s. 568 not 6.

[76] Se härom bl.a. Andersson, SvJT 1993 s. 581 och Sacklén, JT 1994–95 s. 91ff.

[77] Jfr t.ex. Gometz–Huldén 1992:12 s. 37 och Leffler, JT 1992–93 s. 739ff samt Margulies–Roos, Balans 1981:8 s. 28ff.

kapital enligt 12:2 ABL och att fritt eget kapital skall reduceras med samma utbetalningsvärde)? För övrigt synes redovisningstekniska problem av ovan nämnt slag också aktualiseras vid tillämpningen av nettometoden, om sådana skattekostnader som en sakvärdesutbetalning ger upphov till för bolaget skall motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL.

De redovisningstekniska problemen måste enligt min mening lösas med utgångspunkt i vad som gäller aktiebolagsrättsligt (de lege lata synes dock reglerna kollidera med varandra; jfr nedan). Utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL bör således motsvaras av marknadsvärdet av ifrågavarande tillgång och eventuell skattekostnad för bolaget. Härav måste följa,[78] att fritt eget kapital redovisningstekniskt och i princip bör minska med motsvarande belopp.[79] Vad som därefter återstår att bestämma är hur värdena på balansräkningens aktivsida skall fås att överensstämma med det belopp varmed fritt eget kapital har minskat på balansräkningens passivsida (jag förutsätter att upplösning av dolda reserver inte vållar några svårigheter). Någon given lösning på detta problem finns mig veterligen inte och kan förmodligen inte heller anses följa av BFL.

Ett *tänkbart* alternativ är att företa en nedskrivning av bolagets anläggningstillgångar med ett belopp som motsvarar skillnaden mellan det belopp till vilket det utbetalade sakvärdet var upptaget i balansräkningen och det belopp varmed man har minskat fritt eget kapital (nedskrivning av angivet slag ter sig främmande då bolaget vederlagsfritt tillhandahåller aktieägarna egendom med begränsad rätt eller låter aktieägarna vederlagsfritt tillgodogöra sig bolagets tjänster).

Ett annat *tänkbart* alternativ, som kanske är något mer praktiskt, är att föra ut ett negativt belopp på aktivsidan (betecknat som värdeavdrag i anledning av sakvärdesutbetalning eller dylikt), vilket får skrivas av mot det belopp varmed en anläggningstillgång senare skrivs upp.

Ett tredje *tänkbart* alternativ, vilket enligt min mening är det som bör tillämpas, är följande: Av 12:2 ABL följer att utdelningsbart fritt eget kapital enligt samma bestämmelse skall motsvaras av marknadsvärdet av ifrågavarande tillgång och eventuell skattekostnad för bolaget och att fritt eget kapital skall reduceras med motsvarande belopp (jfr NJA 1980 s. 311 på s. 318f berört i avsnitt 12.7 nedan).[80] Dock följer sannolikt av BFL eller i allt fall redovisningstekniska principer att fritt eget kapital enbart får reduceras med det bokförda värdet av tillgången (i detta led kan man inte heller beakta eventuell skattekostnad för bolaget; jfr nedan). Om man redovisar en sak-

[78] Till stöd härför kan åberopas både det åsyftade tredjemansskyddet och informationsaspekten (som berör flera olika intressenter; se SOU 1994:17 Del 1 s. 121f).

[79] Annorlunda Sacklén, SvJT 1994 s. 92. Nettometodsföreträdare synes emellertid ofta, och på oklara grunder, anta att så inte är fallet ens enligt bruttometoden. Jfr t.ex. Nerep, Svensk Skattetidning 1993 s. 400 (argument nr 2) och härom avsnitt 7.4.3.2.2 ovan. Jfr ock Lindskog, JFK 12:2-5.3.1 (s. 50f). Enligt min uppfattning är det inte heller möjligt att se en sakvärdesutbetalning som att bolaget har realiserat en vinst. Se härom nedan.

[80] Jag antar i det följande att det inte förekommer någon motprestation.

värdesutbetalning enligt sistnämnda princip, vilket man förmodligen skall,[81] kommer sakvärdesutbetalningen i regel att vara olovlig enligt förstnämnda princip, dvs. stå i strid med 12:2 ABL. En sakvärdesutbetalning som sålunda står i strid med 12:2 ABL ger upphov till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL[82] eller (och) bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL[83] med ett belopp som motsvarar dels det värde varmed marknadsvärdet för tillgången överstiger det bokförda värdet, dels eventuell skattekostnad för bolaget (det bokförda värdet av det utbetalade sakvärdet reducerar fritt eget kapital).[84] Ett bolags anspråk på återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL eller (och) anspråk på bristtäckning enligt 12:5 2 st. ABL skall troligtvis redovisas som en tillgång i balansräkningen (jfr 16 § BFL).[85] Detta borde i så fall medföra att fritt eget kapital ökar med motsvarande belopp.[86] Med hänsyn till att bolaget får tillgång till fritt eget kapital motsvarande nämnda anspråk skulle man möjligen kunna tro att aktieägarna omedelbart kan godkänna den olovliga sakvärdesutbetalningen. Enligt min uppfattning är detta emellertid inte fallet. I stället synes det i enlighet med 12:2 1 st. ABL få krävas, att bolaget jämlikt BFL och ABL upprättar en (ny) balansräkning inför nästa års ordinarie bolagsstämma, vari bolagets anspråk enligt 12:5 ABL är upptaget som en tillgång, och att aktieägarna på stämman fastställer balansräkningen samt fattar beslut om vinstutdelning som åtminstone motsvarar bolagets anspråk på återbäring (lösningen får modifieras vid otillåten utbetalning av förskottsutdelning; se avsnitt 12.3.2.3.3 nedan). Därefter torde de återbäringsskyldiga aktieägarna – i allmänhet – kunna "kvitta" sin fordran avseende utdelning mot bolagets anspråk på återbäring (jfr ovan om "läkning").[87]

[81] Eljest måste på något sätt värdena på aktivsidan reduceras med det belopp varmed fritt eget kapital skall reduceras. Se ovannämnda alternativ. Huruvida så är möjligt enligt gällande rätt får betraktas som osäkert. Se beträffande den i texten behandlade frågan dock vad andra företrädare för bruttometoden har hävdat, vilket kommenteras nedan.

[82] Jag utgår från att aktieägaren inte är i god tro enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL.

[83] Jag antar att de subjektiva rekvisiteten i 12:5 2 st. ABL är uppfyllda; se hänvisningen till 15:1-3 ABL.

[84] Jag förutsätter att återbäringsskyldigheten kan betraktas som en värdeersättningsskyldighet. Se härom avsnitt 12.5.2–12.5.3.

[85] Jfr i tysk rätt rörande GmbH Tries s. 56ff och s. 250ff. Jfr i viss mån i svensk rätt Sacklén, SvJT 1994 s. 738 och JT 1994–95 s. 89 (men jfr SvJT 1994 s. 174 not 108). Märk väl att denna lösning förmodligen förutsätter att återbäringsanspråket betraktas (och redovisas) som en fordran och inte som ett sakrättsligt anspråk (bolaget har äganderätten till ifrågavarande tillgång). Se om denna fråga avsnitt 12.5.2 nedan.

[86] Jag förutsätter, som framgått, att det bokförda värdet av det utbetalade sakvärdet motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL.

[87] Det bör noteras att bolagets återkrav inte torde kunna betraktas som ett "penninglån" i strid mot 12:7 ABL. (Jfr "Aktiebolag får ej *lämna penninglån /.../*". Min kursivering.) Möjligen bör så undantagsvis vara fallet, nämligen om en sakvärdesutbetalning sker avsiktligen eller åtminstone medvetet under antagande av att återbäringsskyldigheten kommer att fungera som en icke kommersiell kredit ("penninglån"). Jfr prop. 1973:93 s. 133.

Det sistnämnda alternativet kan framstå som ett formellt upprätthållande av aktiebolagens regler, som inte är till fördel för bolagsborgenärerna och andra intressenter. För egen del vill jag mena, att alternativet – låt vara att det är något omständligt och de lege ferenda måhända bör ändras till något av de förstnämnda – bereder tredje man ett både betydande och meningsfullt skydd. Detta består i att "övervärden" på tillgångar inte skall kunna avhändas ett bolag annat än under för tredje man synbara och kontrollerbara former; det värde varmed bolagsförmögenheten *reellt sett* minskar skall inte kunna försvinna i det fördolda och måste återspeglas på ett *rättvisande vis* i bolagets årsredovisning. Alternativet tillgodoser även ett allmänt intresse av *ordning och reda*.

Företrädare för nettometoden brukar inte sällan framhålla den praktiska fördel som består i att man kan föra ut tillgångar ur balansräkningen till samma belopp som reducerar fritt eget kapital. Jag vill dock mena att sakvärdesproblematiken inte bör lösas på grundval av vad som (för dagen) är praktiskt passande utan med hänsyn till – men under beaktande av praktikabilitetsynpunkter – vad som är principiellt riktigt med hänsyn till lagstiftningens ändamål (tredjemansskyddet och principen om förmögenhetsmässig effekt). Det finns därför anledning att tycka att *nettometoden som sådan borde stå i strid med god redovisningssed*, eftersom redovisningen väl ytterst, och i olika intressenters intresse, har till ändamål att ge en rättvisande bild av vad som faktiskt har hänt i bolaget (det utbetalade sakvärdets marknadsvärde har de facto avhänts bolaget). FAR kan emellertid av praktiska orsaker (såsom att nettometoden torde ha förekommit i praktiken)[88] mycket väl tänkas komma fram till att nettometoden är den riktiga.[89]

Vissa företrädare för marknadsvärdemetoden synes mena att en sakvärdesutbetalning bör kunna jämställas med en regelrätt avyttring till marknadsvärdet av ifrågavarande tillgång.[90] Därigenom skulle bolaget realisera en vinst[91] (utan någon bakomliggande intäkt) trots att så eljest inte är fallet vid verkställande av vinstutdelning (där aktieägarna mottar pengar från bolaget), och trots att en sakvärdesutbetalning knappast är analogt jämförbar med en sedvanlig (onerös) affärshändelse och trots att någon motprestation bevisligen inte – åtminstone inte med ett belopp som i kr räknat mot-

[88] Jfr avsnitt 7.4.3.2.7 ovan (finstilta partiet mot slutet).

[89] HD har nyligen meddelat prövningstillstånd i de hovrättsavgöranden som omnämnts i avsnitt 7.4.3.2.6 ovan och därvid förordnat, att FAR och BFN skall avge yttranden i målen. Se protokoll vid tillståndsprövning 1994-11-30 (avdelning I) avseende mål nr T 284/94 och T 2023/94.

[90] Se Thorell, Utlåtande s. 15ff med vidare hänvisningar. Se ock FASB (Financial Accounting Standards Board), APB (Accounting Principles Board), Opinion No. 29, Accounting for Nonmonetary Transactions, may 1973, särskilt p. 18ff och i synnerhet p. 23. Jfr Thorell, Några bolagsrättsliga aspekter på företagsombildningar s. 256ff med vidare hänvisningar och Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar s. 42ff men även s. 31f. Jfr ock ovan avsnitt 7.4.3.2.4.

[91] Se särskilt Thorell, Utlåtande s. 16.

svarar marknadsvärdet av sakvärdet – kommer bolaget till godo. Synsättet har otvivelaktigt den fördelen att värdefrånhändandet kommer att skapa fritt eget kapital. Thorell menar att till "den del ersättningen till bolaget understiger marknadsvärdet föreligger en utdelning, som /.../ bör bokföras som förskottsutdelning till dess beloppet görs tillgängligt för utdelning genom att redovisas i balansräkningen och beslut om utdelning fattas i laga ordning". Detta sägs gälla "oberoende av om beloppet ryms inom disponibla vinstmedel eller ej, men givetvis inte för det fallet att transaktionen genomförs inom ramen för innevarande års utdelningsbeslut".[92]

För egen del har jag ännu inte blivit övertygad om att ovanstående lösning är riktig.[93] En principiell invändning är, som antytts, att sakvärdesutbetalningar *redovisningsmässigt* bör behandlas på samma sätt som andra aktiebolagsrättsliga utbetalningar och inte som analogt jämförbar med sedvanliga (onerösa) affärshändelser. En annan invändning är att nämnda lösning strider mot realisationsprincipen, dvs. att endast realiserade vinster får ingå i redovisat resultat, och därmed ABL (inte minst 12:2) och BFL, eftersom någon vinst inte kan anses realiserad vid en sakvärdesutbetalning[94]. Ytterligare en är att någon motprestation (intäkt) åtminstone motsvarande lägsta marknadsvärde för ifrågavarande utbetalade sakvärde inte kommer bolaget till godo (vilket torde förutsättas för resultatföring i resultaträkningen).

Utbetalningar i strid mot 12:2 ABL vilka inte strider mot regler uppställda i tredje mans intresse

Utbetalningar i strid mot 12:2 1 st. ABL behöver inte nödvändigtvis innefatta ett förfogande i strid mot en regel uppställd i tredje mans intresse. Enligt 12:2 1 st. p. 2 och 3 ABL skall från fritt eget kapital avdrag ske med belopp som enligt lag eller *bolagsordning* (utöver vad som följer av lag) skall avsättas till bundet eget kapital och belopp som enligt *bolagsordningen* eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna. Om bolagsordningen stadgar avsättningsskyldighet som sträcker sig längre än vad som följer av 12:4 1 st. p. 1 ABL, är det fråga om en avsättningsskyldighet som ytterst är beroende av aktieägarnas vilja. Med hänsyn härtill, och att det med samtliga aktieägares samtycke anses möjligt att åsidosätta bestämmelser i bolagsordningen, torde samtliga aktieägare även kunna underlåta att avsätta medel till bundet eget kapital i enlighet med bolagsordningens föreskrifter och företa en utbetalning av vinst till aktieägarna utan att någon återbäringsskyldighet

[92] Thorell, Utlåtande s. 17.

[93] Se för kritik av nettometodsföreträdare Gometz, Utlåtande s. 9ff och Lindskog, Utlåtande s. 22f.

[94] Det har påstått att så skulle vara fallet. Jag kan för egen del inte förstå ett sådant resonemang.

uppkommer enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[95] Vad gäller belopp som enligt bolagsordningen eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägare enligt 12:2 1 st. p. 3 ABL får man anta att motsvarande gäller.[96] Med samtliga aktieägares samtycke är det möjligt att överträda en dylik bestämmelse i bolagsordningen och företa en utbetalning av vinst till aktieägarna. Aktieägarna torde inte bli återbäringsskyldiga enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.

Styrelsens vetorätt enligt 12:3 1 st. 2 meningen ABL

Den vetorätt som tillkommer styrelsen enligt 12:3 1 st. 2 meningen ABL torde få anses vara uppställd i tredje mans intresse och absolut tvingande (se avsnitt 5.2.2.2 ovan).[97] Härav följer att om bolagets ställföreträdare låter verkställa vinstutdelning till aktieägarna med ett större belopp än vad styrelsen föreslagit eller godkänt uppkommer återbäringsskyldighet för mottagarna enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[98]

> Lindskog hävdar att kravet på styrelsegodkännande bör kunna åsidosättas om samtliga aktieägare är ense om detta.[99] Detta påstås följa av att ett bristande styrelsegodkännande inte får någon betydelse om vinstutdelningsbeslutet lämnas oklandrat (se 9:17 ABL).[100] Vad Lindskog hävdar kan inte vara riktigt med hänsyn till regelns funktion. 12:3 1 st. 2 meningen ABL är uppställd i tredje mans intresse och absolut tvingande. Således torde ett stämmobeslut i strid mot 12:3 1 st. 2 meningen ABL anses som ett stämmobeslut som ej lagligen kan fattas ens med samtliga aktieägares samtycke. Hit anses ju bl.a. höra regler beträffande bolagets organisation såsom bolagsorganens sammansättning samt deras befogenheter och skyldigheter m.m. Se avsnitt 5.4.6.6 ovan. Stämmobeslutet skall då betraktas som en nullitet.

[95] På samma vis bör samtliga aktieägare kunna företa en nedsättning av i bolagsordningen stadgad bunden fond i strid mot bestämmelserna om denna.

[96] Se Lindskog, JFK 12:1-5.2.3 (s. 29). Vad angår detta fall bör det dock anmärkas att en utomstående, vilken helt eller delvis är berättigad till bolagets vinst och där sålunda bolagsstämman är skyldig att fatta beslut om en disposition beträffande bolagets vinst till förmån för honom, får en fordringsrätt mot bolaget, om och när bolagsstämman fattar ett beslut i enlighet med bolagsordningen (jfr den fordringsrätt som tillkommer aktieägare efter stämmobeslut om vinstutdelning). Jfr SOU 1971:15 s. 317; prop. 1975:103 s. 479 och Kedner–Roos II 12:3.02 (s. 238) samt Lindskog, JFK 12:1-5.2.3 not 34 (s. 29).

[97] Styrelsen skall med hänsyn till bestämmelsens funktion företa såväl en *laglighetsprövning* som en *lämplighetsprövning*. Jfr SOU 1971:15 s. 315 och prop. 1975:103 s. 237 och s. 477 samt Kedner–Roos II 12:3.01 (s. 236). Jfr ock Lindskog, JFK 12:3-4.3.2 (s. 73f).

[98] En helt annan sak är att 12:3 1 st. 2 meningen ABL saknar betydelse om styrelsen är identisk med samtliga aktieägare. Jfr Blomberg, JT 1993–94 s. 870 not 6.

[99] JFK 12:2-4.3.1 (s. 73). Jfr ock Nerep i Svensk Skattetidning s. 360ff.

[100] JFK 12:2-4.3.1 not 18 (s. 73).

12.3.2.2 Utbetalning av utdelning och kravet på fastställd resultaträkning och fastställd balansräkning

Vinstutdelning till aktieägarna får enligt 12:2 1 st. ABL inte överstiga vad som i en fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som nettovinst för året, balanserad vinst och fria fonder med avdrag för bl.a. balanserad förlust och vad som skall avsättas till bundet eget kapital (och under beaktande av försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL). En förutsättning för att en fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret skall kunna ligga till grund för ett vinstutdelningsbeslut är att bolagets räkenskaper i sin helhet har upprättats i enlighet med bestämmelserna i ABL och BFL och att räkenskaperna resulterat i en korrekt resultaträkning och balansräkning. Detta krav är emellertid inte alltid uppfyllt i verkligheten. Det kan t.ex tänkas att bolaget aldrig har upprättat en balansräkning eller att bolaget har upprättat en balansräkning, vari tillgångarna och skulderna är upptagna till ett för högt respektive ett för lågt värde.

I 73 § 2 mom. 1944 års lag stadgades återbäringsskyldighet om utbetalning av utdelning skett på grundval av en upprättad balansräkning, och denna hade upprättats i strid mot reglerna i 100 § om värdering av aktiebolags tillgångar och skulder respektive 101 § avseende balansräkningens uppställning (jfr 13–17 §§ och 19 § BFL jämte 11:4 och 11:7 ABL). Vidare uppkom återbäringsskyldighet om utbetalning av utdelning skett trots att någon balansräkning inte blivit upprättad eller att en upprättad balansräkning inte blivit fastställd.[101]

Det måste i gällande rätt antas att 12:2 ABL förutsätter att bolaget har upprättat en balansräkning och att denna har blivit fastställd (jfr "fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret"). Har en utbetalning av utdelning skett utan att någon balansräkning har blivit upprättad eller att en upprättad balansräkning inte har blivit fastställd uppkommer återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[102] Denna återbäringsskyldighet torde bestå även om aktieägarna i efterhand upprättar en balansräkning som utvisar utdelningsbart fritt eget kapital (se dock om "läkning" i avsnitt 12.3.2.1 ovan).[103] Det anförda gäller sannolikt också om bolaget har att upprätta och fastställa en koncernbalansräkning.

> Det anförda kan framstå som ett formellt synsätt. Vidare kan man tycka att det inte står i överensstämmelse med NJA 1988 s. 620 (jfr NJA 1993

[101] Se SOU 1941:9 s. 284f och SWN s. 180.

[102] Se föregående not och NJA 1976 s. 618 samt jfr SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 484f samt i litteraturen t.ex Kedner–Roos II 12:5.03 (s. 255).

[103] Notera till synes annorlunda i det föreningsrättsliga målet NJA 1948 s. 651 (Karlgren referent) men jfr Karlgrens uttalande i NJA 1951 s. 6 på s. 30 om hur målet skall förstås.

s. 484), som rörde tillämpningen av 13:2 ABL. Av NJA 1988 s. 620 följer att betalningsansvar för (bl.a). styrelseledamöter enligt 13:2 4 st. 1 meningen ABL inte uppkommer när de underlåter att företa i 13:2 1 st. 1 meningen ABL angiven åtgärd, om inte bolagets egna kapital enligt en fastställd balansräkning faktiskt kan anses ha underskridit den kritiska gränsen.

Dessa invändningar tar emellertid inte hänsyn till vilken funktion en fastställd balansräkning fyller vid tillämpningen av 12:2 ABL. En tillämpning av 12:2 ABL förutsätter en fastställd balansräkning därför att denna utgör en i tredje mans intresse uppställd garanti för att aktieägarna inte disponerar över bolagets förmögenhet annat än under för tredje man säkra former; det är i det närmaste fråga om en "sluss" varigenom man har kontroll över och begränsar vederlagsfria förmögenhetsöverföringar. Tredje man såsom bolagets borgenärer skall dessutom i efterhand – samtidigt som uppgifterna är någorlunda aktuella – kunna kontrollera om aktieägarna förfogade över bolagets utdelningsbara medel och kunna bedöma bolagets ekonomiska ställning mot bakgrund härav; kravet på fastställd balansräkningen tillgodoser således även ett publicitetsbehov (12:2 jämfört med 11:3 2 st. ABL).

Det är däremot inte säkert att utbetalning av utdelning på grundval av en felaktigt upprättad balansräkning behöver leda till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Det anges i 12:5 1 st. 1 meningen ABL att återbäringsskyldighet uppkommer vid utbetalningar i strid mot "denna lag". Följaktligen kan det hävdas att återbäringsskyldighet inte uppkommer, om balansräkningen upprättats i strid mot *BFL*. Återbäringsskyldighet skulle i så fall bara komma i fråga vid överträdelser av *ABL*.

I litteraturen har man diskuterat tillämpningen av skadeståndsregeln i 15:1 2 meningen ABL och huruvida uttrycket "denna lag" skall anses omfatta överträdelser av BFL. Med rätta synes flertalet författare utgå från att så är fallet de lege lata (jfr hänvisningen i 11:1 2 st. 1 meningen ABL till BFL).[104]

En sådan hänvisning i 15:1 2 meningen ABL till den föreslagna årsredovisningslagen föreslås i SOU 1994:17 Del I. Däremot inte i 12:5 1 st. 1 meningen ABL, vilket även det vore på sin plats.

Bestämmelserna om balansräkningen måste vid tillämpningen av utbetalningsreglerna anses vara uppställda i *tredje mans intresse*. 12:2 ABL förutsätter liksom övriga utbetalningsregler att det finns en *korrekt* upprättad balansräkning. Med hänsyn till tredjemansskyddet och till att ABL bygger på 1944 års lag[105] – enligt vilken aktieägare var återbäringsskyl-

[104] Se Dotevall s. 447.

[105] Jfr SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 484f angående godtrosskyddet i 1 st. 2 meningen, vilket ju i princip förutsätter återbäringsskyldighet.

diga vid utbetalning av utdelning på grundval av en felaktig balansräkning (73 § 2 mom. 2 st.) – synes det antagligt att aktieägare är återbäringsskyldiga för utbetalning av utdelning som de har uppburit i enlighet med en i strid mot BFL och 11 kapitlet ABL upprättad balansräkning, dvs. vad gäller balansräkningens uppställning och materiella innehåll (jfr 12:5 2 st. ABL: "/.../ upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning /.../").[106] Vad nu sagts gäller sannolikt också när en koncernbalansräkning har upprättats i strid mot BFL och 11 kapitlet ABL och åtföljs av en utbetalning av utdelning till aktieägarna.

> Varje felaktighet i en upprättad balansräkning torde dock inte behöva leda till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[107] I förarbetena till 1944 års lag angavs att det vid prövningen av om en fastställd balansräkning upprättats felaktigt borde beaktas, att det vid bestämmandet av värdet på bolagets tillgångar måste finnas utrymme för bolagsorganens omdöme. En utbetalning av utdelning på grundval av en felaktig balansräkning, vari bolagets tillgångar (eller skulder får man förmoda) hade värderats felaktigt och där detta inte berodde på oaktsamhet utan "dåligt" omdöme (ursäktligt misstag eller dylikt), synes inte ha ansetts stå i strid mot vinstutdelningsreglerna i 1944 års lag och fick troligtvis inte till konsekvens att mottagarna blev återbäringsskyldiga.[108] Det torde knappast kunna betvivlas att man enligt gällande rätt måste tillerkänna bolagsorganen ett inte obetydligt utrymme för misstag och andra icke oaktsamma felaktigheter vid upprättandet av balansräkningen. Lagstiftningen (inklusive övriga normer) rörande företagens redovisning har sedan 1940-talet blivit alltmer komplicerad och omfattande. Det torde nästan vara ofrånkomligt att misstag då och då sker. Sammantaget vore det enligt min mening obilligt att sanktionera varje felaktighet i en upprättad balansräkning, dvs. då en balansräkning i ett eller annat avseende har upprättats i strid mot BFL eller 11 kapitlet ABL (och övriga normer), med återbäringsskyldighet för aktieägarna enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL, då en utbetalning av utdelning skett på grundval av denna.

Vad beträffar resultaträkning och koncernresultaträkning gestaltar sig utbetalningsproblematiken något annorlunda. 1944 års lag innehöll t.ex ingen särbestämmelse om återbäringsskyldighet vid utbetalning av utdelning i avsaknad av en upprättad resultaträkning. Inte ens i gällande rätt kan det med säkerhet sägas följa av ABL, att aktieägare är återbäringsskyldiga för mottagen utbetalning av utdelning då det saknas en upprät-

[106] Se samma Lindskog i JT 1992–93 s. 98 not 55.
[107] Jfr RH 1987:89 beträffande låneförbudet i 12:7 ABL.
[108] Jfr SOU 1941:9 s. 285 och SWN s. 181. Jfr ock SOU 1941:9 s. 642 not 1.

tad resultaträkning, en upprättad resultaträkning inte har blivit fastställd eller resultaträkningen är felaktig vad gäller dess uppställning eller materiella innehåll. Visserligen skall den ordinarie stämman fastställa balansräkningen *och* resultaträkningen (9:5 2 st. p. 1 ABL),[109] men utdelningsbart belopp enligt 12:2 ABL beräknas på grundval av fastställd balansräkning.

Trots detta torde man enligt min mening kunna utgå från att beslut om och verkställande av vinstutdelning måste grunda sig på en upprättad och fastställd resultaträkning. Det motiv som kan anföras för denna lösning är att resultaträkningen är av avgörande betydelse för innehållet i balansräkningen. Har bolaget inte upprättat en resultaträkning går det inte att avgöra om balansräkningen är korrekt (jfr 12:2 ABL med 9:5 2 st. p. 1 ABL). Resultaträkningen är sålunda indirekt styrande för vad som enligt 12:2 ABL är utdelningsbart på grundval av en fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. Därigenom tillgodoser resultaträkningen skyddet för tredje man, särskilt bolagets fordringsägare. (Se ock avsnitt 5.2.2.2 ovan.) Med hänsyn till skyddet för tredje man bör det vid utbetalning av utdelning följaktligen krävas en upprättad resultaträkning. Förmodligen måste resultaträkningen dessutom ha blivit fastställd. Detta innebär att en utbetalning av utdelning i avsaknad av en upprättad resultaträkning eller fastställd sådan bör resultera i en ovillkorlig återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Utbetalning av utdelning i avsaknad av en upprättad eller fastställd koncernresultaträkning bör behandlas på samma sätt.[110]

Jag vill mena att man med hänsyn till samma ändamålsskäl bör kräva, att en resultaträkning – och för den delen koncernresultaträkning[111] – skall vara upprättad i enlighet med BFL och 11 kapitlet ABL vad avser resultaträkningens uppställning och materiella innehåll (jfr 12:2 1 st. med 9:5 2 st. p. 1 och hänvisningen i 11:1 2 st. 1 meningen ABL till BFL). Utbetalning av utdelning som inte grundar sig på en korrekt resultaträkning och (eventuell) koncernresultaträkning bör resultera i återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL (jfr 12:2 1 st. med 9:5 2 st. p. 1 och 11:1 2 st. 1 meningen ABL).

[109] Ordinarie bolagsstämma skulle enligt 1944 års lag enbart fastställa balansräkningen (126 §).

[110] Jfr prop. 1975:103 s. 282.

[111] Jfr särskilt de i prop. 1975:103 s. 282 anförda ändamålssynpunkterna.

12.3.2.3 Utbetalning av utdelning och räkenskapsår – utbetalning av förskottsutdelning, utbetalning av efterskottsutdelning eller utbetalning av interim utdelning?

12.3.2.3.1 Inledning

En spörsmål av principiellt och praktiskt intresse vid tillämpningen av bestämmelserna om vinstutdelning är huruvida en verkställd utdelning – öppen eller förtäckt – skall anses hänförlig till redan fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret – utbetalning av efterskottsutdelning – eller betraktas som utbetalning av förskottsutdelning. Ytterligare ett alternativ är att det kan röra sig om s.k. interim utdelning, varmed jag förstår utbetalning av utdelning under det löpande räkenskapsåret. (Jag bortser i det följande från sedvanlig verkställd utdelning efter beslut härom på den ordinarie bolagsstämman.)

> Antag att enmansaktieägaren A i Grönsaken AB i egenskap av bolagets styrelse överlåter en bolaget tillhörig fastighet till sig själv i början av februari 1994. Fastigheten överlåts till ett underpris om 150000 kr. Några månader efter försäljningen går bolaget i konkurs. Konkursförvaltaren gör i konkursen gällande att fastighetsöverlåtelsen i verkligheten innefattade en förtäckt utbetalning av förskottsutdelning i strid mot 12:2 ABL. A påstås vara återbäringsskyldig enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. A invänder dels att transaktionen inte utgjorde en förtäckt utbetalning, dels alternativt att utbetalningen utgjorde lovlig utbetalning av efterskottsutdelning. Utbetalningen var lovlig, eftersom han var ägare till samtliga aktier och det fanns utdelningsbart fritt eget kapital enligt den senaste fastställda balansräkningen som uppgick till 150000 kr (juni 1993).

Ordinarie bolagsstämma skall enligt 9:5 1 st. ABL hållas inom 6 månader efter utgången av varje räkenskapsår. Vid stämman fastställs räkenskapsårets resultat i form av en resultaträkning och bolagets förmögenhetsställning i form av en balansräkning. Balansräkningen ligger till grund för stämmans beslut beträffande vinst eller förlust.

Lagstiftaren har sålunda valt räkenskapsårets placering[112] som utgångspunkt för när den ordinarie bolagsstämman skall avhållas. Förutsatt att räkenskapsåret är lika med kalenderåret skall stämman avhållas före juni månads utgång. Huruvida en utbetalning av utdelning utgör utbetalning av utdelning i förskott eller efterskott synes därför få avgöras under beaktande av om utbetalningen sker dels före eller efter det att ett nytt räkenskapsår har börjat löpa, dels före eller efter det att den ordinarie bolagsstämman har avhållits.

[112] Se närmare 12 § BFL.

Vad slutligen gäller utbetalning av interim utdelning är rättsläget synnerligen osäkert. Till synes utgår ABL från att utbetalning av utdelning inte kan ske under det löpande räkenskapsåret (jfr 12:2 ABL).

12.3.2.3.2 Närmare om gränsdragningen mellan utbetalning av förskottsutdelning och utbetalning av efterskottsutdelning samt om utbetalning av interim utdelning

Som nyss sagts bygger ABL på principen att efter utgången av varje räkenskapsår skall bolagets resultat och förmögenhetsställning sammanställas i en resultaträkning och en balansräkning. Bolagsstämmans beslut om vinstutdelning grundar sig på vad som redovisas som fritt eget kapital i balansräkningen. Om ett bolag företar en utbetalning av utdelning efter det att ett nytt räkenskapsår har börjat löpa och efter det att den ordinarie stämman avseende föregående räkenskapsår har avhållits, förefaller det vara systematiskt riktigt att utbetalningen betraktas som *utbetalning av utdelning i efterskott.*[113] Skulle utbetalningen i stället ha skett efter det att ett nytt räkenskapsår har börjat löpa, men före det att den ordinarie stämman avseende föregående räkenskapsår har avhållits, bör dispositionen i stället ses som *utbetalning av utdelning i förskott.*[114]

Både öppen och förtäckt utbetalning av utdelning som sker *efter den ordinarie bolagsstämman och före räkenskapsårets utgång* skall enligt min mening behandlas som utbetalning av efterskottsutdelning. Frågan om utbetalningen har täckning i utdelningsbart fritt eget kapital måste avgöras på grundval av den på ordinarie bolagsstämman fastställda balansräkningen. Det går alltså inte att beskriva en utbetalning till aktieägare mellan den ordinarie bolagsstämman och räkenskapsårets slut som "förskottsutdelning": En sådan utbetalning till aktieägarna skall prövas som om den har skett i efterskott. Vad däremot beträffar en utbetalning av utdelning som sker *efter räkenskapsårets slut, men före den ordinarie bolagsstämman*, bör dispositionen behandlas som utbetalning av förskottsutdelning. Det rör sig om utbetalning av vinst för ett förflutet räkenskapsår som ännu inte har redovisats i en fastställd resultaträkning

[113] Jag bortser, som sagt, från sedvanlig verkställd utdelning efter beslut härom på den ordinarie bolagsstämman.

[114] I fråga om det anförda jfr: SOU 1971:15 s. 317 och prop. 1975:103 s. 479f. Jfr i litteraturen rörande ABL bl.a. Bökmark–Svensson 130; Kedner–Roos II 12:3.03 (s. 239) och Lind s. 267 samt ytterligare i det följande. Jfr beträffande 1944 års lag SOU 1941:9 s. 282 och SWN s. 179. Notera dock SOU 1941:9 s. 282 not 1 och SWN s. 179 not 1, varom ytterligare nedan. Jfr ock Birke i SvJT 1956 s. 653; Bomgren SvJT 1953 s. 63 not 2; Danielsson SvJT 1955 s. 275 och Penser i SvJT 1953 s. 279.

och en fastställd balansräkning och varom inget beslut har fattats på ordinarie bolagsstämma.[115]

ABL innehåller, som framgått, inga bestämmelser om *utbetalning av interim utdelning*. Aktiebolagskommittén har i SOU 1992:83 funnit att art. 15 p. 2 i det andra bolagsdirektivet inte behöver implementeras i svensk rätt, eftersom (utbetalning av) förskottsutdelning inte är tillåten enligt gällande rätt.[116] Med begreppet förskottsutdelning torde härvidlag egentligen åsyftas interim utdelning; art. 15 p. 2 reglerar utbetalning av under det löpande räkenskapsåret intjänade vinstmedel.

Såväl i förarbetena till 1944 års lag som i litteraturen finns det emellertid uttalanden som tyder på att utbetalning av interim utdelning skulle vara tillåten.[117] Ett stöd för att så åtminstone var fallet enligt 1944 års lag är följande uttalande i SOU 1941:9 s. 282 not 1:[118]

> "Det förekommer att styrelsen enligt bemyndigande av bolagsstämma under den senare delen av ett räkenskapsår verkställer en utbetalning till aktieägarna, som betecknas såsom förskottsutdelning och avses utgöra del av vinstutdelning för det löpande räkenskapsåret. Detta belopp avräknas sedan å den vinstutdelning som beslutas påföljande år. Bemyndigande att utbetala sådan förskottsutdelning torde ej lämnas, med mindre ett mera betydande belopp besparade vinstmedel finnes enligt den sist fastställda balansräkningen och rörelsen fortfarande är vinstgivande. Skulle nästa balansräkning utvisa förlust, uppkommer återbäringsskyldighet och ansvarighet för brist vid återbäringen."

Rättsläget enligt gällande rätt måste enligt min mening bedömas mot bakgrund av 12:2 ABL och det med denna bestämmelse åsyftade tredjemansskyddet. 12:2 ABL *förutsätter* att det finns en fastställd balansräkning varigenom man kan bestämma det utdelningsbara beloppet. Kravet på en fastställd balansräkning får därför anses vara uppställt i tredje mans intresse.

[115] Se annorlunda Johansson, Bolagsstämma s. 170. Skiljer man inte med en enkel regel av här nämnt slag mellan förskottsutdelning och efterskottsutdelning blir den rättsliga prövningen av om förfogandet är tillåtet beroende av vad parterna kallar dispositionen – förskottsutdelning eller efterskottsutdelning – och inte ABL:s bestämmelser: Aktieägarna kan avgöra om utbetalningen skall prövas mot den senaste på ordinarie bolagsstämman fastställda balansräkningen eller den balansräkning som skall fastställas på nästa ordinarie bolagsstämma.

[116] SOU 1992:83 s. 264. Nereps kritik i Svensk Skattetidning 1993 s. 372f torde bygga på antagandet att det rör sig om förskottsutdelning och inte specifikt interim utdelning.

[117] Se beträffande 1944 års lag nedan. Jfr i fråga om ABL Lindskog i JT 1992–93 s. 94 och JFK 12:3-4.7.2 (s. 78) samt Nerep i Svensk Skattetidning s. 371 och s. 392f. Se härom ytterligare nedan.

[118] Se ock SWN s. 179 not 1. Uttalandet har i modern tid kommenterats av Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 370f men också av Lindskog i JFK 12:3-4.7.2 not 49 (s. 78).

Utbetalning av interim utdelning utgör en form av utbetalning av förskottsutdelning. I förhållande till egentlig utbetalning av förskottsutdelning,[119] dvs. vad jag förstås som utbetalning av utdelning efter det att ett nytt räkenskapsår har börjat löpa, men före det att ordinarie bolagsstämman avseende föregående räkenskapsår har avhållits, är skillnaden den att utbetalning av interim utdelning sker under det löpande räkenskapsåret och alltså före det att ett nytt räkenskapsår har börjat löpa.

En utbetalning av interim utdelning karaktiseras således av att dispositionen sker i avsaknad av en fastställd resultaträkning (eventuellt jämte fastställd koncernresultaträkning) och en fastställd balansräkning (eventuellt jämte fastställd koncernbalansräkning). Detta innebär att det i 12:2 ABL åsyftade tredjemansskyddet inte är tillgodosett. Och det är av denna orsak som utbetalning av interim utdelning inte torde vara tillåten enligt gällande rätt.[120] Detsamma måste gälla beträffande *utbetalning av anteciperad utdelning*, varmed jag förstår utbetalning avseende ännu icke intjänade (förväntade) vinstmedel under ett löpande räkenskapsår.[121]

> Lindskog framhåller i JT 1992–93 på s. 94[122] att förskottsutdelning i mening av att man vill ta i anspråk ett *förväntat utdelningsbart belopp* (anteciperad [och] eller interim utdelning?) aldrig är tillåten. Om det utdelade värdet (dvs. det värde som faktiskt frånhänts bolaget – bruttovärdet) inte ryms inom utdelningsbart belopp skulle emellertid utdelningen ändå vara lovlig, nämligen om bolaget har ett behållet MBK (se om termen särskilt avsnitt 7.4.3.2.3 ovan), och den redovisningstekniska effekten av utdelningen (dvs. redovisningsvärdet) ryms inom utdelningsbart belopp (dvs. att bolaget har ett intakt MBK efter dispositionen).
>
> Nerep har i Svensk Skattetidning 1993 på s. 392f framfört en lösning som kan liknas vid Lindskogs. Nerep hävdar att en utbetalning som inkräktar på bundet eget kapital enligt den senaste fastställda balansräkningen är olovlig och skall återbäras, men att återbäringsskyldigheten kanhända aldrig aktualiseras om det vid en efterföljande ordinarie bolagsstämma befinns, att mellankommande vinster återställt det bundna egna kapitalet. (Återbäringsskyldigheten skulle vara latent intill så har skett.) Se om denna typ av "läkning" avsnitt 12.3.2.1 ovan. I detta mönster skulle man kunna inpassa förtäckta utdelningar, förskottsutdelningar, interimsutdelningar, anteciperade utdelningar och koncernbidrag m.m. En utbetalning, som inte inkräktar på bundet eget kapital enligt den senaste fastställda balansräkningen, men på det

[119] Jfr dock Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 391.

[120] Jfr SOU 1992:83 s. 264.

[121] Jfr härvidlag Grosskopf, Skattenytt 1993 s. 645 (avses "äkta anteciperad utdelning", "interim utdelning" eller "förskottsutdelning"?). Grosskopf framhåller att anteciperingen av utdelningen är en bokslutsåtgärd i moderbolaget (utdelning från dotterbolaget) och att någon uttrycklig fordringsrätt inte uppkommer för moderbolaget.

[122] Se ock JFK 12:3-4.7.2, särskilt not 47 (s. 78).

bundna egna kapitalet enligt delårsbokslut vid utbetalningstillfället, torde också den vara olovlig. Återbäringsskyldigheten skulle dock även här kunna utsläckas, om en efterföljande balansräkning visar, att det bundna egna kapitalet har återställts. Slutligen uppges en utbetalning vara lovlig om dispositionen inte inkräktar på bundet eget kapital enligt senast fastställda balansräkning och ej heller på det bundna egna kapitalet vid utbetalningstillfället.

ABL utgår enligt min uppfattning från att utbetalning av utdelning inte kan ske under det löpande räkenskapsåret. Enligt min uppfattning finns det anledning att misstänka att utbetalning av interim utdelning – och på samma sätt förhåller det sig med utbetalning av anteciperad utdelning – som utdelningskategori inte ens existerar enligt gällande rätt. Jag vill mena att dispositioner som tar i anspråk bolagsförmögenheten och som betecknas som utbetalning av interim utdelning i stället måste behandlas som antingen utbetalning av förskottsutdelning eller utbetalning av efterskottsutdelning. Till frågan om olovlig utbetalning av förskottsutdelning respektive utbetalning av efterskottsutdelning kan "läkas" får jag hänvisa till följande avsnitt.

Ett stöd för att utbetalning av interim utdelning är tillåtet enligt gällande rätt kan tyckas vara förutberörda uttalande i SOU 1941:9. Uttalandet utgår dock från att bolagsstämman kan bemyndiga styrelsen att under senare delen av ett räkenskapsår verkställa en utbetalning till aktieägarna.[123] I motsats till vad som var fallet enligt 1944 års lag kan dylika bemyndiganden – *om de innefattar en beslutanderätt för styrelsen om vinstutdelning* – emellertid inte lämnas enligt gällande rätt. Bolagsstämman äger enligt ABL inte överlämna beslutanderätten i fråga om vinstutdelning till styrelsen, annat bolagsorgan eller utomstående;[124] se 12:3 1 st. 1 meningen ABL och härom följande avsnitt.[125]

Regeln i 12:3 1 st. 1 meningen ABL hindrar i och för sig inte att styrelsen med samtliga aktieägares samtycke företar en utbetalning av utdelning till aktieägarna. Men skulle styrelsen med samtliga aktieägares samtycke disponera över bolagsförmögenheten kan förfogandet utgöra otillåten utbetalning av förskottsutdelning i den meningen att det saknas en fastställd balansräkning – och eventuellt fastställd koncernbalansräkning – för det senaste räkenskapsåret. Jfr föregående avsnitt.

12.3.2.3.3 Utbetalning av utdelning i förskott

Det anges i förarbetena till ABL att utbetalning av förskottsutdelning strider mot ABL, eftersom utdelning endast får ske av fritt eget kapital

[123] Se för en annan tolkning Lindskog, JFK 12:3-4.7.2 not 49 (s. 78).

[124] Detta beaktar inte Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 371.

[125] En annan sak är att bolagsstämman kan fatta beslut om vinstutdelning, varav en del utbetalas genast och en annan del senare. Se avsnitt 7.4.1.

enligt fastställd balansräkning för föregående räkenskapsår.[126] Aktieägare som uppburit utbetald förskottsutdelning är i princip skyldiga att återbära vad de mottagit enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[127] Principen om att utbetalning av vinstutdelning inte får ske i förskott ansågs redan gälla enligt 1944 års lag.[128]

> Jfr dock om utbetalning av interim utdelning i SOU 1941:9 s. 282 not 1 och SWN s. 179 not 1 samt i denna fråga föregående avsnitt.

Med utbetalning av förskottsutdelning förstår jag utbetalning till aktieägarna som sker efter det att ett nytt räkenskapsår har börjat löpa, men före det att ordinarie bolagsstämma avseende föregående räkenskapsår har avhållits. Förklaringen till att utbetalning av förskottsutdelning står i strid med ABL är att det saknas utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning och, i fråga om moderbolag, fastställd koncernbalansräkning för det senaste räkenskapsåret enligt 12:2 1 st. ABL. Det i 12:2 1 st. ABL angivna kravet på fastställd balansräkning, och i förekommande fall fastställd koncernbalansräkning, är uppställt i tredje mans intresse. Utbetalning av förskottsutdelning är följaktligen inte förenligt med det i 12:2 1 st. ABL åsyftade skyddet för bolagets fordringsägare och måste därför ge upphov till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[129]

Ytterligare en förklaring till att utbetalning av förskottsutdelning inte är tillåten enligt gällande rätt är att beslut om vinstutdelning enligt 12:3 1 st. 1 meningen ABL *skall* fattas av bolagsstämman. Bolagsstämman äger inte genom bestämmelse i bolagsordningen frånhända sig beslutanderätten – behörigheten[130] – till utomstående (jfr annorlunda 75 § 1 st. 1944 års lag).[131] Inte ens genom en bestämmelse i bolagsordningen, beslut på bolagsstämman eller med samtliga aktieägares samtycke kan annat bolagsorgan såsom styrelsen tillerkännas behörighet att fatta beslut om och i vad mån utbetalning av utdelning skall ske till aktieägarna.[132] Även på *denna grund* torde sålunda aktieägare som uppburit utbetalning

[126] SOU 1971:15 s. 317 och prop. 1975:103 s. 479f. Se i litteraturen bl.a. Bökmark–Svensson s. 130; Kedner–Roos II 12:3.03 (s. 239) och Lind s. 267.

[127] Se t.ex. SOU 1971:145 s. 317; prop. 1975:103 s. 480 och Kedner–Roos II 12.3.03 (s. 230).

[128] SOU 1941:9 s. 282 och SWN s. 179.

[129] Jfr Johansson, Bolagsstämma s. 170 med hänvisningar och Lindskog JT 1992–93 s. 94 not 42. Noteras bör dock vad Lindskog anför i texten efter not 42, som finns refererat i föregående avsnitt.

[130] Prop. 1975:103 s. 479.

[131] Se SOU 1971:15 s. 316f; prop. 1975:103 s. 478f; Bökmark–Svensson s. 130; Kedner–Roos 12.3.02 (s. 238) och jfr Lind s. 266f.

[132] Jfr prop. 1975:103 s. 478f och se beträffande delegation till styrelsen Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 90.

av förskottsutdelning vara skyldiga att återbära vad de har mottagit enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[133] Detta gäller dock inte om styrelsen vid tidpunkten för utbetalningen har inhämtat samtliga aktieägares samtycke till dispositionen. Återbäringsskyldigheten får i sådant fall motiveras med 12:2 1 st. ABL, dvs. att det saknas en fastställd balansräkning och eventuellt fastställd koncernbalansräkning.

Det anförda hindrar inte att det enligt gällande rätt synes *praktiskt* möjligt för bolagets aktieägare att företa utbetalning av förskottsutdelning eller bemyndiga t.ex. styrelsen att verkställa förskottsutdelning trots att förfogandet i princip ger upphov till återbäringsskyldighet. Om ordinarie bolagsstämman senare fastställer en balansräkning och beslutar "godkänna" förskottsutdelningen[134] eller fattar beslut om vinstutdelning med ett belopp som minst motsvarar förskottet samt det belopp som skall betalas ut enligt stämmobeslutet ryms inom utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL, torde stämmans beslut få betraktas som ett lagligt vinstutdelningsbeslut. I och med att stämman har fattat ett giltigt vinstutdelningsbeslut uppkommer en fordringsrätt för varje (berättigad) aktieägare och därmed torde det i allmänhet vara möjligt att "kvitta" fordringsrätten mot bolagets återkrav avseende den olovligen utbetalda förskottsutdelningen (jfr ytterligare om "läkning" avsnitt 12.3.2.1 ovan).[135]

> I förarbetena till ABL beskrivs detta som att om ett bolag betalar ut förskottsutdelning är mottagaren principiellt återbäringsskyldig intill dess att stämman har fastställt balansräkningen och i vederbörlig ordning fattat beslut om utdelning som täcker förskottet.[136]

12.3.2.3.4 Utbetalning av utdelning i efterskott

Kan extra bolagsstämma fatta beslut om utbetalning av utdelning i efterskott

En spörsmål som tilldragit sig uppmärksamhet i både förarbetena till aktiebolagslagarna och litteraturen är om en extra bolagsstämma har

[133] Se beträffande "läkning" av utbetalning som har lämnats i strid mot bestämmelserna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen genom beslut av bolagsstämman nedan avsnitt 12.3.3 och om koncernbidrag särskilt avsnitt 12.3.2.4.

[134] Ett godkännande av verkställd förskottsutdelning bör inte kunna ges retroaktiv verkan på grund av att dispositionen innefattade en överträdelse av tvingande lag uppställd i tredje mans intresse. Bolagsstämmans beslut om att godkänna förskottsutdelningen får i stället ses som ett ordinärt vinstutdelningsbeslut som resulterar i ett fordringsanspråk för aktieägarna.

[135] Jfr SOU 1971:15 s. 317; prop. 1975:103 s. 480 och Kedner–Roos II 12:3.03 samt Lindskog, JFK 12:3-4.7.2 (s. 78). Motsvarande princip torde för övrigt ha tillämpats enligt 1944 års lag; jfr SOU 1941:9 s. 282 not 1 och SWN s. 179 not 1 ("avräknas").

[136] Se SOU 1971:15 s. 317 och prop. 1975:103 480.

kompetens att fatta beslut om vinstutdelning. Uttalanden i förarbetena till 1944 års lag tyder, å ena sidan, på att det är en fråga som exklusivt faller under den ordinarie bolagsstämmans kompetens.[137] I litteraturen synes, å andra sidan, ett flertal författare utgå från att det inte finns något som hindrar att en extra bolagsstämma fattar beslut om vinstutdelning.[138]

ABL bygger liksom 1944 års lag på principen, att det är den ordinarie bolagsstämman som har att fatta beslut om vinstutdelning (9:5 1 st. p. 2 ABL). Denna princip förstås i förarbetena till ABL som ett förbud mot att en extra bolagsstämma fattar beslut om vinstutdelning.[139] I 12:3 1 st. 1 meningen ABL stadgas dock bara att beslut om vinstutdelning fattas av bolagsstämman.[140]

Som Johansson framhåller syftade uttalandena i förarbetena till 1944 års lag, och detsamma torde gälla beträffande uttalandena i förarbetena till ABL, troligen till att markera att ordinarie och inte extra bolagsstämman har att fatta beslut om vinstutdelning av hänsyn till skyddet för aktieägarna (minoriteten) och tredje man.[141] Aktieägarna skyddas på så vis att de inte skall kunna hållas i ovisshet fram till en senare bolagsstämma om huruvida de kommer att få någon avkastning i form av utdelning eller ej. Skyddet för tredje man tillgodoses därigenom att utomstående – t.ex. genom förfrågan hos PRV – skall kunna få tillgång till uppgifter om aktieägarnas beslut i fråga om bolagets vinst och i vad mån detta har påverkat bolagets ställning. Med hänsyn till dessa skyddssyften skulle det vara motiverat att samtidigt förstå principen om att ordinarie bolagsstämman skall fatta beslut om vinstutdelning som ett förbud mot att en extra bolagsstämma fattar beslut i samma ärende.[142]

> Johansson karaktiserar ovanstående som "de formella förutsättningarna för vinstutdelningsbeslut" och framhåller att de inte får leda till slutsatsen att en extra bolagsstämma aldrig skulle kunna fatta beslut om vinstutdelning. Johansson anför vidare:[143] "Förbudet för extra bolagsstämma att besluta om vinstutdelning är delvis att betrakta som en borgenärsskyddsregel. Bestäm-

[137] Jfr SOU 1941:9 s. 514.

[138] Se nedan och jfr beträffande 1944 års lag Birke i SvJT 1956 s. 654; Danielsson i SvJT 1955 s. 275 och Penser i SvJT 1953 s. 279. Annorlunda Bomgren i SvJT 1955 s. 63 not 2.

[139] Prop. 1975:103 s. 478 och se för en analys Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 360ff. Jfr i viss mån SOU 1971:15 s. 229.

[140] Se för en språklig tolkning Johansson, Bolagsstämma s. 171f och Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 360f.

[141] Johansson, Bolagsstämma s. 173.

[142] Se Johansson, Bolagsstämma s. 173. Det av Johansson refererade rättsfallet NJA 192? s. 122 utgör dock enligt min mening inte något stöd för att en extra bolagsstämma över huvud taget inte äger fatta beslut om utdelning.

[143] Johansson, Bolagsstämma s. 173.

melsen kan därför ej ens med alla aktieägares samtycke åsidosättas till förfång för bolagets borgenärer. Så länge inga borgenärsintressen är hotade kan dock extra stämma, med alla aktieägares samtycke, besluta om vinstutdelning." (Fotnötter utelämnade.)

Vad Johansson syftar på när han hävdar att förbudet mot att en extra bolagsstämma fattar beslut om vinstutdelning delvis skall betraktas som en borgenärsskyddsregel, *borde* vara att utomstående skall kunna få uppgifter om aktieägarnas beslut i fråga om vinst och i vad mån detta påverkat bolagets ställning. I så fall borde Johansson mena att nu nämnda borgenärsskydd utgör ett tvingande krav. Enligt Johansson skulle, som framgår av citatet ovan, en extra bolagsstämma ändock med samtliga aktieägares samtycke kunna fatta beslut om vinstutdelning såvida inte borgenärsintresset är hotat. Det senare påståendet är inte förenligt med det förra. Skall förbudet mot att en extra bolagsstämma fattar beslut om vinstutdelning delvis ses som en borgenärsskyddsregel borde resultatet bli ett tvingande förbud som hindrar *alla beslut* om utdelning vid sidan av den ordinarie stämman.

Med borgenärsskydd synes Johansson dock *inte* – som jag har antagit ovan – syfta på att utomstående skall kunna få uppgifter om aktieägarnas beslut i fråga om vinst och i vad mån detta påverkat bolagets ställning: alltså vad som karaktiseras som "de formella förutsättningarna för vinstutdelningsbeslut". Vad Johansson sannolikt syftar på är i stället det borgenärsskydd som avses med bestämmelsen i 12:2 ABL. Åsyftas 12:2 ABL och icke utdelningsbart belopp – främst bundet eget kapital inklusive avsättning till reservfonden – är argumentet emellertid irrelevant för frågan om en extra bolagsstämma kan fatta beslut om vinstutdelning, då denna borgenärsskyddsbestämmelse alltid måste iakttas av aktieägarna.[144]

Jag vill mena att frågan huruvida en extra bolagsstämma äger fatta beslut om vinstutdelning måste delas in i två separata frågeställningar. För det första: Måste den ordinarie bolagsstämman fatta beslut om dispositioner beträffande vinst eller förlust? För det andra: Om den ordinarie bolagsstämman *skall* fatta beslut om dispositioner beträffande vinst eller förlust hindrar då detta att en extra bolagsstämma fattar ytterligare beslut i ärendet?

Svaret på den första frågan torde vara att den ordinarie bolagsstämman måste fatta beslut om dispositioner beträffande vinst eller förlust. Såväl 1944 års lag som ABL bygger på denna princip. Skyddet för aktieägarna – minoritetsaktieägarna – tillgodoses genom att de inte kan hållas i ovisshet om och i vilken utsträckning vinst skall utbetalas till aktieägarna.[145] Principen kan kanske ses som ett uttryck för att aktieägarna vid ett visst

[144] Jfr för ytterligare kritik Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 364f men även Lindskog JFK 12.3-4.4.1 not 27 (s. 74).
[145] SOU 1941:9 s. 514; SWN s. 357 och Johansson s. 173.

regelbundet återkommande tillfälle skall ha rätt att fatta beslut i bolagets angelägenheter, och i synnerhet – som en med aktieinnehavet åtföljande rättighet – ha rätt att fatta beslut om huruvida bolaget skall företa någon vinstutdelning. Skyddet för tredje man tillvaratas genom att efter stämman har fastställt resultaträkningen och balansräkningen blir nämnda handlingar offentliga. Likaså blir eventuellt vinstutdelningsbeslut offentligt. Enligt 11:3 2 st. 1 meningen ABL skall nämligen avskrift av årsredovisningen och revisionsberättelsen sändas in till PRV. På avskriften skall enligt 11:3 2 st. 2 meningen ABL styrelseledamot eller verkställande direktör teckna bevis om att resultaträkningen och balansräkningen fastställts med uppgift om fastställelsedagen. Beviset skall enligt 11:3 2 st. 3 meningen ABL även innehålla uppgift om bolagsstämmans beslut beträffande av vinst eller förlust. Syftet med de i 11:3 2 st. ABL stadgade skyldigheterna synes vara att tredje man såsom bolagets fordringsägare lättare skall kunna bedöma ett aktiebolags ekonomiska ställning.[146] Sammantaget förefaller det enligt min mening kunna antas, att skyddet för aktieägarna och tredje man förutsätter att ordinarie stämma fattar beslut om dispositioner[147] beträffande bolagets vinst eller förlust och att ett sådant beslut inte kan överlåtas på en extra bolagsstämma (jfr 9:5 2 st. p. 2 med 12:3 1 st. 1 meningen ABL).[148] Den av mig företrädda uppfattningen är emellertid osäker de lege lata.[149]

Det är betydligt mer tveksamt om det existerar några hinder mot att alla eller vissa aktieägare fattar beslut om (eventuellt)[150] ytterligare vinstutdelning på en extra bolagsstämma.[151] En allmän associationsrättslig princip anses ju vara att samtliga aktieägare vid sidan om den ordinarie bolagsstämman äger disponera över bolagets förmögenhet så länge utta-

[146] Jfr SOU 1941:9 s. 514 (en längre tids ovisshet om i vilken utsträckning bolaget vill begagna sig av rätten att dela ut vinst skulle för "såväl aktieägare som andra av bolagets ekonomiska ställning intresserade personer" vara oläglig) och samma i SWN s. 357 samt se Johansson s. 173. Nerep har i Svensk Skattetidning 1993 s. 365 hävdat att uttalandet inte torde ge tillräckligt stöd för antagandet, att ordningsregeln är en borgenärsskyddsregel, låt vara att borgenärerna i vart fall indirekt erhåller ett visst skydd. För egen del har jag svårt att tolka uttalandet annat än som ett stöd för att det rör sig om en borgenärsskyddsregel.

[147] Ett krav på att den ordinarie bolagsstämman skall fatta beslut om dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust innebär naturligtvis inte i och för sig att bolagsstämman måste fatta beslut om vinstutdelning till aktieägarna.

[148] Jfr i någon mån Birke, SvJT 1956 s. 653f. Annorlunda Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 364 och möjligen Lindskog, JFK 12.3-4.4.1 (s. 74).

[149] Se föregående not.

[150] Se not 147 ovan.

[151] Se ock i frågan Lindskog i JT 1992–93 s. 94 och JFK 12:3-4.4.1 (s. 74) samt Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 360ff.

get inte inkräktar på bundet eget kapital (inklusive avsättning till reservfonden) eller står i strid mot försiktighetsregeln.

Man kan emellertid se det skydd för tredje man som ligger i att aktieägarnas beslut om vinstutdelning blir offentligt som ett ändamålsskäl vilket talar mot att en extra bolagsstämma skulle ha behörighet att fatta beslut i samma ämne och som ett ändamålsskäl vilket talar för att den ordinarie bolagsstämman skulle ha exklusiv beslutanderätt. Regeln om att den ordinarie bolagsstämman skall fatta beslut om dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust skulle alltså betraktas som absolut tvingande (jfr 9:5 2 st. p. 2 med 12:3 1 st. 1 meningen ABL).

För egen del tvivlar jag på att informationsskyldigheten de lege lata (men kan diskuteras de lege ferenda) är av så pass stor vikt för tredjemansskyddet, att den kan betraktas som avgörande för spörsmålet huruvida den ordinarie bolagsstämman har *exklusiv rätt* att fatta beslut om vinstutdelning eller ej. Regeln i 9:5 2 st. ABL om vilka ärenden som skall förekomma på den ordinarie bolagsstämman anger positivt vilka ärenden som den ordinarie bolagsstämman måste fatta beslut om. Det skydd för tredje man som informationsskyldigheten enligt 11:3 2 st. ABL tillgodoser bör ses mot bakgrund härav. En sak för sig är sålunda att det åsyftade skyddet för tredje man *kräver* att den ordinarie bolagsstämman fattar beslut om dispositioner beträffande vinst eller förlust. En annan sak är om det åsyftade skyddet för tredje man *förbjuder* att aktieägarna på en extra bolagsstämma fattar ytterligare beslut om vinstutdelning. Att tredje man indirekt på grund av 11:3 2 st. ABL kan skaffa sig kännedom om bolagets ekonomiska ställning och i vad mån denna påverkas av eventuell vinstutdelning är naturligtvis av betydelse. Ändå kan jag inte se hur det med informationsskyldigheten åsyftade tredjemansskyddet skulle kunna anses så pass framträdande att 12:3 1 st. 1 meningen och 9:5 2 st. p. 2 jämfört med 11:3 2 st. ABL skulle kunna anses innefatta ett *ovillkorligt förbud* mot att aktieägarna på en extra bolagsstämma fattar ytterligare beslut om vinstutdelning. Med hänsyn härtill bör enligt min mening en extra bolagsstämma – och under förutsättning att den ordinarie bolagsstämman har fastställt resultaträkningen och balansräkningen (i förekommande fall koncernresultaträkningen och koncernbalansräkningen)[152] samt fattat beslut om dispositioner beträffande vinst eller förlust – ha behörighet att fatta beslut om (eventuellt)[153] ytterligare vinstutdelning såvida stämmobeslutet tas före det att ett nytt räkenskapsår har börjat löpa.[154] Inte minst gäller detta om samtliga aktieägare är ense.

[152] Se samma Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 364.
[153] Se not 147 ovan.
[154] Jfr Birke i SvJT s. 654.

Några författare synes mena att en förutsättning för att ett beslut om vinstutdelning skall kunna tas på en extra bolagsstämma är att beslutet grundar sig på en delårsbalansräkning, som har granskats av bolagets revisorer, samt att PRV underrättas om beslutet.[155] Det framgår emellertid inte varför ett sådant beslut om vinstutdelning måste grunda sig på en delårsbalansräkning. Ett krav på att bolaget måste upprätta en delårsbalansräkning kan i allt fall inte anses följa av 12:2 1 st. ABL, som bygger på den *fastställda balansräkningen* och i förekommande fall den fastställda koncernbalansräkningen för det senaste räkenskapsåret. Däremot synes försiktighetsregeln, och särskilt uttrycket "ställning i övrigt" som bl.a. syftar på omständigheter som inträffat efter räkenskapsårets utgång, kunna åberopas till stöd för att en delårsbalansräkning skall upprättas. Det med försiktighetsregeln åsyftade skyddet för tredje man förutsätter rimligtvis att utbetalningen är förenlig med bolagets ekonomiska ställning vid tidpunkten för stämmans beslut om efterskottsutdelning. Huruvida detta krav är uppfyllt bör bl.a. bedömas mot bakgrund av en upprättad delårsbalansräkning.[156]

Ett bolag torde enligt gällande rätt inte enligt ABL kunna anses skyldigt att underrätta PRV om beslutad efterskottsutdelning.[157] Är bolaget skyldigt att upprätta en delårsrapport enligt 11:12 1 st. ABL bör man dock kunna kräva att eventuell beslutad efterskottsutdelning anges i den avskrift som skall insändas till PRV (11:13 1 st. och 11:12 2 st. 3 meningen ABL).

Om en extra bolagsstämma fattar beslut om vinstutdelning utöver vad som tidigare har beslutats på den ordinarie bolagsstämman och inte samtliga aktieägare samtycker till beslutet aktualiseras frågan om 12:3 1 st. 1 meningen jämfört med 9:5 2 st. p. 2 ABL skall tolkas som att beslutet är klanderbart enligt 9:17 1 och 2 st. ABL eller om nämnda bestämmelser skall tolkas som att en extra bolagsstämma utan samtliga aktieägares samtycke har behörighet att fatta beslut om efterskottsutdelning.

Enligt min mening finns det goda skäl som talar för att man skall tolka regleringen i ABL avseende vilka beslut som skall fattas på den ordinarie bolagsstämman, som att den syftar till att bereda skydd för aktieägarna, särskilt minoritetsaktieägare. Minoritetsaktieägare har rätt att kräva att beslut beträffande vinst eller förlust enbart återkommer en gång per år och då i samband med den ordinarie bolagsstämman. Aktieägarminoriteter skall inte kunna hållas i ovisshet om huruvida ytterligare utbetalning av vinstutdelning kommer att ske. Jag vill därför mena att ett beslut på en extra bolagsstämma om efterskottsutdelning är klanderbart enligt 9:17 1

[155] Se Birke i SvJT 1956 s. 654; Johansson, Bolagsstämma s. 174 och Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 363, s. 364 och s. 392f. Johansson a.st. framhåller dock att underrättelseskyldighet till PRV förutsätter en lagändring.

[156] Samma Lindskog, JFK 12:3-4.4.1 not 27 (s. 74).

[157] Johansson, Bolagsstämma s. 174.

och 2 st. ABL. Klandras inte beslutet inom tre månader från beslutsdagen blir det definitivt giltigt.[158] Före klanderfristens utgång äger enligt 8:13 2 st. ABL varken styrelsen eller verkställande direktören verkställa beslutet.[159] Skulle beslutet ändå verkställas uppkommer återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL för de aktieägare som uppburit utbetalning av efterskottsutdelning. Efter klanderfristens utgång skall beslutet lända till efterrättelse och bolagsorganen äger verkställa detsamma.

> Om beslutet verkställs före klanderfristens utgång utan att det senare klandras torde återbäringsskyldig aktieägare i allmänhet kunna "kvitta" sin fordran på att utfå utdelning mot bolagets krav på återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Jfr beträffande "läkning" avsnitt 12.3.2.1 ovan.

Om utbetalning av utdelning i efterskott vid sidan av bolagsstämman

Av den allmänna principen, att det med samtliga aktieägares samtycke anses möjligt att åsidosätta regler uppställda i deras eget intresse, torde följa att samtliga aktieägare vid sidan om både den ordinarie och extra bolagsstämman vederlagsfritt äger disponera över bolagets förmögenhet som utbetalning av *efterskottsutdelning*. (Se avsnitt 12.3.2.3.4 ovan vad gäller kravet, att den ordinarie stämman måste fatta beslut om dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust.) Har dispositionen vidtagits utan samtycke av samtliga aktieägare uppkommer återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[160] (Se beträffande "läkning" ovan.)

> Nerep synes mena att om "förtäckt vinstutdelning" sker i avsaknad av samtliga aktieägares samtycke helt utanför den ordning som föreskrivs beträffande bolagsstämman skall förfogandet ses som befogenhetsöverskridande (om man också antar att bestämmelserna i ABL om bolagsstämman är dispositiva som varande uppställda i aktieägarnas intresse).[161] Med tillämpning av 12:5 alternativt 8:14 ABL skulle förfogandet i fall av ond tro leda till återbäringsskyldighet.[162]
>
> Nerep har rätt i att "förtäckt vinstutdelning" i avsaknad av samtliga aktieägares samtycke kan ses som "befogenhetsöverskridande" såtillvida att dispositionen strider mot bl.a. likhetsprincipen, vilket typiskt sett är en befo-

[158] Birke i SvJT 1954 s. 654; Grosskopf, Vinstbolag s. 51 och Skattenytt 1993 s. 112; Lindskog, JFK 12:3-4.4.2 (s. 75) och Nerep, Svensk Skattetidning 1993 s. 364.

[159] Birke i SvJT 1954 s. 654.

[160] Se Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 365ff.

[161] Se Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 369 jfr med s. 365.

[162] Nerep framhåller dock följande (a.a. s. 365): "Betecknas å andra sidan formreglerna som tvingande borgenärsskyddsregler, innebär varje avvikelse ett befogenhetsöverskridande, vilket leder till återbäringsskyldighet." Vari ligger skillnaden mellan respektive lösning? Eller skall "befogenhetsöverskridande" i den senare meningen egentligen förstås som behörighetsöverskridande?

genhetsbegränsande regel i den meningen att principen är uppställd i aktieägarnas intresse. Emellertid kan man därmed inte anta – ehuru logiskt – att 8:14 ABL bör tillämpas ("alternativt"). En sådan lösning måste bygga på en självständig bedömning. Enligt min uppfattning finns det goda skäl som talar för att rättsföljden skall anses vara exklusivt reglerad i 12:5 ABL. Se närmare avsnitt 12.4 nedan.

12.3.2.4 Om utbetalningar i koncernbidragets form

En vedertagen uppfattning i litteraturen är att koncernbidrag som vederlagsfria dispositioner över bolagsförmögenheten inte behöver beslutas och behandlas som andra aktiebolagsrättsliga utbetalningar. Vad som krävs är att koncernbidraget redovisas öppet[163] i resultaträkningen, t.ex. som en bokslutsdisposition, och att beslut om koncernbidraget tas i den förenklade formen[164] att bolagsstämman fastställer resultaträkningen och balansräkningen (9:5 2 st. p. 1 ABL).[165] Härutöver måste det överförande bolaget tillse att koncernbidraget inte strider mot skyddet för tredje man respektive bolagets aktieägare. Koncernbidraget får inte inkräkta på bundet eget kapital (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden) eller stå i strid mot försiktighetsregeln (12:2 ABL) och likhetsprincipen måste respekteras så att ingen aktieägare tillgodogör sig ett större belopp i utdelning än annan aktieägare, om inte en olik behandling följer av bolagsordningen.[166]

Ovanstående kan sägas vara en sammanfattande beskrivning av den härskande meningen i litteraturen avseende koncernbidrag och vad som krävs för att koncernbidrag skall vara förenliga med ABL:s bestämmelser. Att koncernbidrag såsom innefattande en aktiebolagsrättslig utbetalning (värdeöverföring) inte får inkräkta på bundet eget kapital (inklusive vad som skall avsättas till reservfonden) eller företas i strid mot försiktighetsregeln står klart. Likaså att likhetsprincipen måste respekteras.

Ett problem med koncernbidraget som aktiebolagsrättslig utbetalning[167] är emellertid att det förmodligen strider mot funktionsfördelningen mellan bolagsorganen.[168] Styrelsen och verkställande direktören saknar behörighet att företa aktiebolagsrättsliga utbetalningar i avsaknad

[163] Se särskilt Johansson–Rodhe, Balans 1978:1 s. 30ff. Se ock Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar s. 47; Kedner–Roos II 12:2.08 (s. 234) och jfr 18 § BFL p. 11 (s. 103f). Jfr dessutom Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 89f.

[164] Detta gäller i varje fall koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag.

[165] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 90.

[166] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 90.

[167] Se not 176 nedan.

[168] Jfr i någon mån bl.a. Johansson–Rodhe, Balans 1978:1 s. 33; Nerep, Svensk Skattetidning 1993 s. 374 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 90.

av ett giltigt stämmobeslut eller eljest med samtliga aktieägares samtycke. Om styrelsen eller verkställande direktören fattar beslut om och verkställer en aktiebolagsrättsliga utbetalning – t.ex. ett koncernbidrag – är rättshandlingen oförbindande för bolaget. Mottagaren blir återbäringsskyldig enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL (analogt i fråga om utomstående mottagare; se avsnitt 12.6). Se beträffande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen avsnitt 12.3.3 nedan.

Den i litteraturen företrädda ståndpunkten att beslut om koncernbidrag bör kunna fattas genom att bolagsstämman fastställer resultaträkningen och balansräkningen motiveras inte sällan med näringslivets behov och sedvänjor.[169] Inte desto mindre finns det anledning att ifrågasätta det ändamålsenliga i att näringslivets behov och eventuella sedvänjor skall ha företräde framför lagstiftning, vars syfte är att skydda tredje man såsom bolagsborgenärerna respektive bolagets aktieägare (jfr 9:5 2 st. p. 2 och 11:3 2 st. 3 meningen med 12:3 1 st. 1 meningen ABL). Måhända får man de lege lata ändock acceptera att koncernbidrag kan godkännas på en efterföljande ordinarie bolagsstämma genom att stämman fastställer resultaträkningen och balansräkningen, om det av årsredovisningen eller eljest tydligt framgår att bolaget har lämnat[170] ett koncernbidrag.[171] Bolagsstämmans beslut får förstås som ett ordinärt stämmobeslut avseende vinstutdelning eller som ett beslut om utbetalning till utomstående.[172] Stämmobeslutet "läker" samtidigt en överträdelse av bestämmelserna rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen. Återbäringsskyldigt bolag torde i allmänhet kunna "kvitta" sin fordran på att utfå pengar eller annan egendom i enlighet med stämmobeslutet mot bolagets krav på återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Se beträffande "läkning" i avsnitt 12.3.2.1 ovan och 12.3.3 nedan.

> Om koncernbidrag lämnas från ett dotterbolag till ett moderbolag och det vid sidan av det mottagande moderbolaget finns andra aktieägare i dotterbo-

[169] Jfr t.ex. Johansson–Rodhe Balans 1978:1 s. 33.

[170] Se not 176.

[171] Jfr t.ex Blomberg, JT 1993–94 s. 871; Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar s. 47 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 90. Ett stämmobeslut varigenom aktieägarna fastställer resultaträkningen och balansräkningen kan troligtvis inte angripas enligt 9:17 ABL (3 st. p. 1 eller åtminstone 1 och 2 st.), om koncernbidraget redovisas öppet och det för tredje man och aktieägarna otvivelaktigt framgår att rättshandlingen innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning (av utdelning).

[172] Det lämnade koncernbidraget är i det senare fallet uppenbart främmande för syftet med verksamheten, dvs. att bereda vinst åt aktieägarna (jfr 12:1 2 st. ABL). Sålunda måste samtliga aktieägare lämna sitt samtycke till att koncernbidrag lämnas till icke-aktieägare. Eljest uppkommer återbäringsskyldighet för det mottagande bolaget; 12:5 1 st. 1 meningen ABL får tillämpas analogt. För övrigt strider beslutet även mot 9:16 ABL.

laget, måste alla dessa lämna sitt samtycke.[173] Enligt Rodhe är ett i praktiken förekommande sätt att skipa rättvisa mellan moderbolaget och övriga aktieägare att låta dotterbolaget fatta beslut om vinstutdelning varefter moderbolaget avstår från att taga del i denna. På detta sätt kan man tillföra övriga aktieägare vad som för deras del svarar mot den utdelning moderbolaget får genom koncernbidraget.[174] Enligt min mening får det enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL återbäringsskyldiga moderbolaget, dvs. i vad avser det i strid mot likhetsprincipen uppburna koncernbidraget, genom tillvägagångssättet anses ha "kvittat" sin fordran på att utfå pengar eller annan egendom i enlighet med stämmobeslutet om vinstutdelning mot dotterbolagets krav på återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL; eventuellt måste dotterbolaget särskilt acceptera "kvittning" om moderbolagets prestation avseende återbäring inte är mätbar mot dotterbolagets prestation.[175]

Utöver vad som som nu sagts måste koncernbidrag – som innefattande aktiebolagsrättsliga utbetalningar – lämnas i enlighet med de principer som gäller beträffande utbetalning av förskottsutdelning och utbetalning av efterskottsutdelning. Ett koncernbidrag som lämnas[176] *efter* den ordinarie bolagsstämman men *före* räkenskapsårets slut skall betraktas som en utbetalning av efterskottsutdelning och prövas mot utdelningsbart fritt eget kapital enligt den senaste på ordinarie bolagsstämman fastställda balansräkningen.[177] Koncernbidrag som lämnas[178] *efter* räkenskapsårets

[173] Se t.ex. Johansson–Rodhe, Balans 1978:1 s. 33 och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 90.

[174] Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 90.

[175] Se avsnitt 12.3.4 nedan beträffande förtäckt utbetalning av utdelning i strid mot likhetsprincipen.

[176] Härmed avser jag att bolaget företar en förmögenhetsdisposition som innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning. Hit kan alltså inte räknas den åtgärden att (förslag till) koncernbidrag enligt etablerad redovisningspraxis redan i "förslagsårets" bokslut bokförs (oavsett att det inte gäller någon reell affärshändelse). I den utgående balansräkningen redovisas normalt en avsättning för bidraget bland skulderna (oavsett att det civilrättsligt inte kan föreligga någon fordran ty denna vore aktiebolagsrättsligt ogiltig som en utbetalning av interim utdelning – se avsnitt 12.3.2.3.2 ovan – såvida inte fordringen kan ses som en utbetalning av efterskottsutdelning avseende räkenskapsåret före "förslagsåret" och redan fastställd balansräkning). Koncernbidrag av det förra slaget kan betecknas som "definitiva" och koncernbidrag av det senare slaget som "anteciperade". Se härom Blomberg, JT 1993–94 s. 869 och jfr Lindskog, JFK 12:3-4.7.2 not 47 (s. 78).

[177] Ett dylikt koncernbidrag, som beslutas och företas av bolagets verkställande organ, strider mot funktionsfördelningen mellan bolagsorganen. Nästföljande ordinarie bolagsstämma måste emellertid kunna "godkänna" utbetalningen, vilken alltså måste motsvaras av enligt fastställd balansräkning utdelningsbart belopp det år den företas, på så sätt att återbäringsskyldigt bolag i allmänhet torde kunna "kvitta" sin fordran på att utfå pengar eller annan egendom i enlighet med det senare stämmobeslutet mot bolagets krav på återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Märk väl att koncernbidraget har lämnats efter den ordinarie bolagsstämma vid vilket balansräkningen fastställdes.

[178] Se not 176.

slut men *före* den ordinarie bolagsstämman skall däremot betraktas som olovlig utbetalning av förskottsutdelning och "prövas" mot den balansräkning som senare kommer att fastställas på den ordinarie bolagsstämman. Det bolag som uppburit koncernbidraget är *i princip* återbäringsskyldigt enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL (jfr dock i det föregående och ovan avsnitt 12.3.2.3.3 om "läkning" av olovlig utbetalning av förskottsutdelning).[179]

12.3.2.5 Förbudet mot vinstutdelning efter nedsättning i vissa fall (6:5 och 11:4 ABL)

Nedsättning av aktiekapital får enligt 6:1 1 st. p. 1 ABL ske för avsättning till omedelbar täckning av förlust enligt fastställd balansräkning, om förlusten ej kan täckas av fritt eget kapital. Av 6:5 ABL följer att om nedsättningsbeloppet används för avsättning till täckning av förlust, är aktiekapitalet nedsatt när beslutet registrerats. Innan tre år förflutit från registreringen får enligt samma lagrum vinstutdelning beslutas endast om rätten ger tillstånd därtill (se 6:6 2–5 st. ABL) eller om aktiekapitalet ökats med minst nedsättningsbeloppet. Om vinstutdelning verkställs före det att tre år förflutit från registreringen, skall mottaget belopp återbäras enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL (jfr ock hänvisningen i 12:2 2 st. 2 meningen ABL). Regler liknande de som nu nämnts gäller då uppskrivningsfond tas i anspråk för täckning av förlust enligt 11:4 1 st. ABL. Innan tre år har förflutit från beslutet får enligt 11:4 2 st 2 meningen ABL vinstutdelning beslutas endast om rätten ger tillstånd till det eller om aktiekapitalet har ökats med minst ett belopp som motsvarar den förlust som har blivit täckt med ianspråktagande av uppskrivningsfonden. Sker vinstutdelning dessförinnan uppkommer återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.

[179] Till synes annorlunda Lindskog i JT 1992–93 s. 94 och Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 373ff särskilt s. 376 och se s. 392ff samt Sacklén, JT 1994–95 s. 86ff. Genom att redovisa "utdelning som koncernbidrag, och som en bokslutsdisposition," skulle man enligt Nerep rent redovisningsmässigt vinna den fördelen, att bidraget är att se som en affärshändelse under det räkenskapsår – inte som vid utdelning det räkenskapsår utdelningen beslutas – som bokslutsdispositionen avser (se Nerep a.a. s. 375 med vidare hänvisning till Johansson–Rodhe i Balans 1978:1 s. 33). Detta uttalande bör emellertid inte missförstås. Vare sig en utbetalning av utdelning betecknas som koncernbidrag eller något annat gäller att *utbetalningen* (om och såvida en sådan föreligger) vid tillämpningen av 12:2 ABL skall prövas mot det vid *tidpunkten för stämmobeslutet eller, om sådant saknas, för förfogandet* utdelningsbara beloppet enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. Skulle det vid tidpunkten för stämmobeslutet eller förfogandet inte finnas någon fastställd balansräkning, vilket t.ex är fallet vid utbetalning av förskottsutdelning, uppkommer återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL, vilken emellertid kan "läkas".

12.3.2.6 Särskilt om återbäringsskyldighet vid olovlig nedsättning av aktiekapital, reservfond och uppskrivningsfond med utbetalning till aktieägarna

Det i 12:5 1 st. 1 meningen ABL stadgade återbäringsansvaret är ett ansvar som har tillkommit i syfte att i en ordning reglera återbäringsskyldigheten vid olovliga utbetalningar från aktiebolag. Bestämmelsen omfattar inte bara utbetalningar vid otillåten vinstutdelning utan därtill utbetalningar till aktieägare vid olovlig nedsättning av aktiekapitalet,[180] reservfonden[181] och uppskrivningsfonden[182].[183]

En förutsättning för att återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL skall komma i fråga är att en utbetalning till aktieägarna har skett i strid mot ABL. Bestämmelserna i 6 kapitlet ABL syftar till att bevara aktiekapitalet intakt i främst bolagsborgenärernas intresse och skall garantera att några tillgångar motsvarande denna post inte utbetalas till aktieägarna annat än under för tredje man säkra former. Samtliga i 6 kapitlet ingående lagrum bör som varande uppställda i tredje mans intresse betraktas som absolut tvingande. Återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL måste därför komma i fråga vid varje överträdelse av bestämmelserna i 6 kapitlet som åtföljs av en utbetalning till aktieägarna.[184]

Enligt 12:4 3 st. ABL får nedsättning av reservfonden enligt beslut av bolagsstämman ske för täckande av sådan förlust som ej kan täckas av fritt eget kapital, ökning av aktiekapitalet genom nyemission alternativt fondemission eller annat ändamål såsom utbetalning till aktieägarna, om allmän underrätt med motsvarande tillämpning av 6:6 ABL ger tillstånd till nedsättningen. Reglerna i ABL rörande reservfonden är uppställda i bolagsborgenärernas intresse och måste därför anses vara absolut tvingande. En nedsättning av reservfonden i strid mot 12:4 3 st. jämfört med 6:6 ABL, som åtföljs av en utbetalning till aktieägarna, ger följaktligen upphov till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.

Vad beträffar uppskrivningsfonden gäller att denna över huvud taget inte får bli föremål för nedsättning varpå bolaget företar en utbetalning till aktieägarna (jfr 15 § 4 st. BFL och 11:4 1 st. ABL). Aktieägare som uppburit en utbetalning genom olovlig nedsättning av uppskrivningsfon-

[180] SOU 1971:15 s. 321; prop. 1975:103 s. 485; Bökmark–Svensson 133; Kedner–Roos II 12:5.02-03 (s. 255f); Lind s. 268f och Lindskog, JFK 12:5-4.1.1 (s. 99) samt Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 112.

[181] Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 254) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 112.

[182] Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 254) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 112.

[183] Till frågan om avgränsningen mellan när en vederlagsfri disposition över bolagets förmögenhet skall anses som olovlig vinstutdelning respektive olovlig nedsättning av någon av de i bundet eget kapital ingående posterna får jag hänvisa till avsnitt 5.3.3 ovan.

[184] Jfr dock i avsnitt 5.2.2.3 ovan.

den, vilken är uppställd i fordringsägarnas intresse, blir återbäringsskyldiga enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL för vad de har mottagit.

12.3.2.7 Särskilt om återbäringsskyldighet vid olovlig utbetalning i samband med likvidation

I 163 § 1 st. 1944 års lag stadgades att bolagets tillgångar skulle skiftas, när den i kallelse på okända borgenärer utsatta inställelsedagen var förbi och all veterlig gäld blivit betald. Var någon del av gälden tvistig eller ej förfallen och kunde därför eller av annan orsak betalning ej ske, skulle till samma gälds betalning erforderliga medel innehållas och återstoden skiftas. Om bolagets tillgångar skiftades annorledes än på nämnt vis, eller befanns innehållna medel ej räcka till betalning av bolagets skulder, var i händelse av bolagets oförmåga att fullgöra sina förpliktelser den, som uppburit något vid skiftet, skyldig att återbära vad han hade mottagit enligt 163 § 2 st. 1 meningen. Numera följer återbäringsskyldigheten av 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[185] Vad aktieägare uppburit i strid mot 13:13 ABL innan den i kallelse på okända borgenärerna utsatta fastställelsedagen är förbi *och* all veterlig gäld blivit betald är de återbäringsskyldiga för. Återbäringsskyldigheten är en följd av att 13:13 ABL måste ses som ett absolut tvingande lagrum uppställt i tredje mans intresse. Det krävs inte enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL – i motsats till 163 § 2 st. 1 meningen 1944 års lag – att bolaget inte kan fullgöra sina förpliktelser.[186] 12:5 1 st. 1 meningen ABL synes även kunna tillämpas vid utbetalningar vid likvidation i strid mot andra regler i ABL såsom likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL.[187] Bolagets likvidator synes i likhet med vad som var fallet enligt 163 § 2 st. 2 meningen 1944 års lag[188] bli ersättningsskyldig för brist som uppkommer vid återbäring av olaga utbetalning vid likvidation.[189]

Regeln om återbäringsskyldighet vid olovlig utbetalning vid likvida-

[185] SOU 1971:15 s. 320f och s. 337 och Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 253) samt Lindskog, 12:5-4.1.1 (s. 99) och 13:13-4.2 (s. 291).

[186] Se SOU 1971:15 s. 320. Jfr prop. 1975:103 s. 484 och Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 253). Det uppges i utredningen a.st. att denna förenkling knappast innebär någon saklig ändring, eftersom reglerna om skifte vid likvidation just har till syfte att skydda borgenärerna och överträdelse av dem regelmässigt betyder att bolaget inte kan fullgöra sina förpliktelser.

[187] Jfr 164 § 3 st. 2 meningen 1944 års lag; SOU 1971:15 s. 337; prop. 1975:103 s. 512; Kedner–Roos II 13:13.01-02 (s. 315) och Lindskog, JFK 13:13-6.4 (s. 300) samt Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 283f.

[188] Enligt 1910 års lag förelåg skadeståndsskyldighet enligt 135 § 2 st. Jfr departementschefen i prop. 1910:54 s. 143 med lagrådet i prop. 1910:54 s. 120 och se Skarstedt s. 324 samt SOU 1941:9 s. 591 not 3. Regeln om bristtäckningsskyldighet infördes med 1944 års lag. Se härom SOU 1941:9 s. 591.

[189] Jfr Lindskog, 13:13-4.2 (s. 292).

tion i 163 § 2 st. 1 meningen 1944 års lag angav, som framgått, att återbäringsskyldighet kom i fråga när medel innehållits till betalning av tvistig eller ej förfallen gäld, om det senare visade sig att dessa medel var otillräckliga, t.ex. kunde innestående medel ha gått förlorade genom en olyckshändelse (jfr 112 § 2 st. 3 meningen 1910 års lag).[190] ABL saknar en motsvarande regel. En särskild lagbestämmelse för dylika sällsynta fall var enligt förarbetena till ABL inte erforderlig.[191] Det uppgavs att om bolaget har innehållit medel till betalning av tvistig eller ej förfallen gäld och det senare visar sig att dessa medel är otillräckliga kunde likvidatorn bli ersättningsskyldig.[192]

Enligt gällande rätt är det sannolikt att aktieägare i den nu berörda situationen inte är återbäringsskyldiga för mottaget belopp (jfr 12:5 1 st. 1 meningen med 13:13 1 st. 2 meningen ABL).[193] Härav följer att bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL inte kan komma i fråga. I stället synes skadeståndsskyldighet enligt 15:1 ABL kunna aktualiseras för bolagets likvidator.[194]

> Det kan i bolagsordningen finnas bestämmelser om att bolagets tillgångar vid dess upplösning helt eller delvis skall tillfalla utomstående (jfr 12:1 2 st. ABL). Om bolagets förmögenhet vid dess upplösning helt skall tillfalla utomstående har aktieägarna inte någon rätt att skifta dess tillgångar.[195] Skulle aktieägarna ändå tillgodogöra sig bolagets tillgångar torde de vara återbäringsskyldiga för vad de uppburit enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[196] För brist som uppkommer vid aktieägarnas återbäring är likvidatorn enligt 12:5 2 st. ABL bristtäckningsskyldig.[197]

[190] Exemplet härrörande från lagrådet i prop. 1910:54 s. 120. Se ock Skarstedt s. 324.

[191] SOU 1971:15 s. 321.

[192] SOU 1971:15 s. 321. Jfr Kedner–Roos 12:5.02 (s. 253f).

[193] Lindskog, JFK 12:5-4.1.1 not 13 (s. 99). Det sägs inget explicit i utredningen om aktieägares återbäringsskyldighet. Utredningen kan dock knappast förstås på annat vis än att återbäringsskyldighet inte skall komma i fråga (jfr ovan). Att aktieägare som uppburit medel – eventuellt i god tro – skall bli återbäringsskyldiga på grund av likvidators pliktförsummelse, dvs. att innehållna medel inte har förvarats på ett betryggande vis, är dessutom en obillig lösning.

[194] Jfr Lindskog, JFK 13:13-4.2 (s. 292).

[195] Skall endast en del av förmögenheten tillfalla utomstående måste denna del utbetalas innan aktieägarna kan skifta återstoden. Se SOU 1941:9 s. 592 och SWN s. 416 samt jfr Kedner–Roos 13:13.02 (s. 316).

[196] Detta följer direkt av 12:5 1 st. 1 meningen jämfört med 13:13 1 st. ABL när den rätt som tillkommer utomstående skall betraktas som en borgenärsrätt. Skall utomståendes rätt inte ses som borgenärsrätt följer återbäringsskyldigheten analogt av 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Jfr avsnitt 12.3.3 nedan om tillämpningen av 12:5 1 st. 1 meningen ABL vid överträdelser av bolagsordningen och se SOU 1941:9 s. 592; SWN s. 416 och Kedner–Roos II 13:13.02 (s. 316). Se i sammanhanget ock Bergendal s. 187ff, särskilt s. 214ff.

[197] Jfr SOU 1941:9 s. 592 och SWN s. 416 samt Kedner–Roos 13:13.02 (s. 316).

Avslutningsvis bör det nämnas att återbäringsskyldigheten sannolikt inte aktualiseras, när skulder uppkommmit efter skiftet eller blivit kända först efter detta.[198]

12.3.3 Utbetalning av utdelning, återbäringsskyldighet och funktionsfördelningen mellan bolagsorganen

Enligt min mening leder, som tidigare har framhållits i framställningen,[199] utbetalning av vinstutdelning i strid mot funktionsfördelningen mellan bolagsorganen till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Vid utbetalning av vinstutdelning – såväl öppen som förtäckt – som enbart grundar sig på (i allt fall) ett beslut av styrelsen eller verkställande direktören rör det sig om rättshandlande för bolaget i avsaknad av behörighet och befogenhet. Utbetalning av utdelning förutsätter stämmobeslut och då stämmobeslut saknas har styrelsen, verkställande direktören eller annan ställföreträdare varken behörighet eller befogenhet att vederlagsfritt föra över tillgångar på aktieägarna (se härom avsnitt 5.4.6.5 ovan). Rättshandlingen är i princip oförbindande för bolaget och rättsföljden följer av 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[200] Likaså är aktieägare återbäringsskyldiga enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL för vad de uppburit på grundval av ett ogiltigt stämmobeslut om vinstutdelning, som har verkställts av styrelsen, verkställande direktören eller annan ställföreträdare (se avsnitt 5.4.6.6 ovan).[201]

> Det finns måhända i sistnämnda fall anledning att skilja mellan stämmobeslut som är angripliga enligt 9:17 1 och 2 st. ABL och stämmobeslut som är att anse som nulliteter enligt 9:17 3 st. ABL. Man kan tänka sig att angripliga stämmobeslut skall anses innefatta en inskränkning av ställföreträdarnas befogenhet. Se avsnitt 5.4.6.6 ovan.

[198] Se härom och de lege ferenda Lehrberg, I aktiebolagens skymningsland s. 212ff.

[199] Jfr särskilt avsnitt 5.4.6 ovan.

[200] Jfr SOU 1971:15 s. 321; SOU 1992:83 s. 163 och s. 223f, prop. 1975:103 s. 485, Bökmark–Svensson s. 133, Kedner s. 251 och Kedner–Roos II 12:5.03 (s. 255). Annorlunda Lindskog beträffande annan kapitalanvändning än vinstutdelning. Se bl.a. SvJT 1992 s. 85ff och särskilt JFK 12:5-4 (s. 99ff). Enligt SOU 1941:9 s. 286 (se ock SWN s. 182) skulle den sedermera i 73 § 2 mom. 1944 års lag stadgade återbäringsskyldigheten endast tillämpas i där angivna fall. Om klander av beslut om vinstutdelning bifölls, t.ex. att vinstutdelningsbeslut inte tillkommit i en ordning, skulle det anses som om vinstutdelningsbeslut aldrig förelegat och uppburen utdelning kunde återkrävas enligt "allmänna regler". Det skulle möjligen kunna hävdas att samma princip bör tillämpas i gällande rätt. Jag är dock av den uppfattningen att en i en enda ordning reglerad återbäringsskyldighet följer av ordalydelsen i 12:5 1 st. 1 meningen ABL ("i strid mot denna lag") och är att föredra framför flera parallellt tillämpliga grunder för återbäring.

[201] Jfr bl.a. SOU 1971:15 s. 321, prop. 1975:103 s. 485 och Kedner–Roos II 12:5.03 (s. 255).

Skulle styrelsen, verkställande direktören eller annan ställföreträdare företa utbetalning av utdelning med samtliga aktieägares samtycke torde det sakna betydelse att stämmobeslut saknas eller att dispositionen grundar sig på ett stämmobeslut som är klanderbart enligt 9:17 1 och 2 st. ABL därför att det strider mot en bestämmelse uppställd i aktieägarnas intresse. Styrelsen, verkställande direktören eller annan ställföreträdare får med samtliga aktieägares samtycke behörighet och befogenhet att verkställa utbetalning av utdelning.

Samtliga aktieägare synes i efterhand kunna "ratihabera" en av styrelsen, verkställande direktören eller annan ställföreträdare tidigare vidtagen utbetalning av utdelning. Likaledes synes aktieägarna på den ordinarie bolagsstämman i efterhand kunna fatta beslut om att "ratihabera" ett dylikt förfogande. Samtliga aktieägares samtycke eller stämmobeslutet "läker" en överträdelse av bestämmelserna rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen på så sätt att en återbäringsskyldig aktieägare i allmänhet torde kunna "kvitta" sin fordran på att utfå pengar eller annan egendom i enlighet med samtycket[202] eller stämmobeslutet mot bolagets krav på återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Jfr beträffande "läkning" i avsnitt 12.3.2.1 ovan. Sannolikt krävs det för "läkning" i förevarande fall av behörighetsöverskridande blott att samtliga aktieägare eller bolagsstämman "ratihaberar" förfogandet *i och för sig* i efterhand. Jfr avsnitt 5.4.6.2 (finstilta partiet).

12.3.4 Utbetalning av utdelning, återbäringsskyldighet och likhetsprincipen jämte bestämmelser i bolagsordning

Med likhetsprincipen förstår jag den aktiebolagsrättsliga grundsatsen, att alla aktier har lika rätt i bolaget om ej annat följer av lag, bolagsordning eller samtliga aktieägares samtycke. Likhetsprincipen skall vid tillämpningen av vinstutdelningsreglerna förstås så att varje aktie i förhållande till annan aktie av samma klass är berättigad till ett lika stort belopp i utdelning. Fattar bolagsstämman beslut i strid mot denna princip är stämmobeslutet klanderbart enligt 9:17 1 och 2 st. ABL. Aktieägarna är återbäringsskyldiga enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL för vad de har uppburit oavsett om utbetalningen har företagits i öppen form eller förtäckt form.[203]

[202] Ett samtycke av samtliga aktieägare bör ha samma rättsverkningar som ett regelrätt stämmobeslut.

[203] Jfr till det anförda SOU 1971:15 s. 320f, prop. 1975:103 s. 484ff, Kedner–Roos II 12:5.01f (s. 253f) och Lind s. 267f. Samtliga hänvisningar innehåller uttalanden med innebörd att likhetsprincipen måste respekteras och att sanktionen bl.a. är återbäringsskyldighet samt att förtäckta utbetalningar kan ge upphov till återbäringsplikt. Se häremot Lindskog i bl.a. JFK 12:5-4.1.2 (s. 99ff) beträffande annan kapitalanvändning än vinstutdelning.

Vad angår förtäckt vinstutdelning synes Johansson mena att så länge borgenärernas rätt inte träds för när, och de *förfördelade minoritetsaktieägarna kompenseras så att de erhåller lika mycket som övriga aktieägare*, finns det inte några tyngre skäl som talar för att en förtäckt vinstutdelning bör underkännas även om den inte har godtagits av samtliga aktieägare.[204] Den av Johansson företrädda uppfattningen torde innebära att aktieägarna är återbäringsskyldiga för vad de har uppburit i strid mot likhetsprincipen om och så länge som förfördelade aktieägare inte kompenseras för den olika behandlingen.

Måhända kan man tycka att berörda lösning står i överensstämmelse med likhetsprincipen i materiellt hänseende såtillvida att grundsatsen skall garantera aktieägarna lika rätt till andel i bolagets vinst. Ändamålet skulle därför vara uppfyllt så snart alla aktieägare erhållit lika mycket – kompenserats – i utdelning. Det finns emellertid skäl som kan anföras mot en "kompensationsregel" av nämnt slag.[205]

Genom en "kompensationsregel" reducerar man enligt min mening det i ABL åsyftade skyddet för inte minst minoritetsaktieägare. Det måste hållas i åtanke att aktieägarna inte enbart har ett ekonomiskt intresse i bolaget. Vad minoritetsaktieägarna har rätt att kräva är dels att deras ekonomiska intresse av andel i bolagets vinst blir tillgodosett, dels att de på bolagsstämman kan göra sina röster hörda och därigenom potentiellt utöva ett visst mått av inflytande. En "kompensationsregel" strider utan tvekan mot det senare ändamålet. Minoritetsaktieägare behöver inte nödvändigtvis se utbetalning av utdelning med ett för dem obetydligt belopp som en ekonomisk fördel. Tvärtom är det tänkbart att minoritetsaktieägare ogärna ser att en eller flera aktieägare i eget intresse tillgodogör sig betydande belopp utan att hänsyn tas bolagets fortsatta affärsverksamhet och framtid (jfr minoritetsaktieägare i dotterbolag).

En invändning mot det anförda är naturligtvis att om bolaget hade avhållit en ordinarie bolagsstämma så hade beslutet ändå blivit detsamma (vinstutdelningsbeslutet hade innefattat utdelning till samtliga aktieägare på samma sätt som blir fallet efter verkställd "kompensationsutdelning"). Detta är emellertid ett förhastat antagande. Det får inte förbises att minoritetsaktieägare *potentiellt* kan påverka andra aktieägare. Inte heller får man bortse från den publicitet som är förenad med bolagsstämman. Det torde sällan med säkerhet kunna antas, att majoritetsaktieägare skulle ha fattat samma beslut på en regelrätt avhållen bolagsstämma.

För övrigt kan det ifrågasättas, om berörda "kompensationsregel" verkligen – och annat än *skenbart* – är förenlig med likhetsprincipen i den betydelsen att denna skall garantera aktieägarna (proportionellt med aktieinnehavet) lika rätt till andel i bolagets vinst. Den förefaller åtminstone vara

[204] Johansson, Bolagsstämma s. 292. Med förtäckt vinstutdelning förstår Johansson annan vinstutdelning än av bolagsstämman beslutad utdelning av ett visst antal kr per aktie. Se a.a. s. 290.

[205] Vad beträffar rättsläget i Tyskland avseende GmbH se t.ex Tries s. 262ff.

ägnad att underlätta för majoritetsaktieägare att företa förtäckt utbetalning av utdelning i strid mot likhetsprincipen (vilket också kan innefatta en exceptionellt illojal form av utsvältning), eftersom överträdelser av likhetsprincipen alltid kan "läkas" i efterhand genom att bolaget företar en motsvarande utbetalning av utdelning till de förfördelade aktieägarna. Måhända kan man därför misstänka att en "kompensationsregel" skulle stimulera majoritetsaktieägare till att företa förtäckt utbetalning av utdelning till nackdel för minoritetsaktieägare.

Det anförda motsägs inte av det faktum att aktieägare som uppburit förtäckt utbetalning av utdelning i strid mot likhetsprincipen i princip är återbäringsskyldiga enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Denna sanktion förutsätter ju i praktiken att minoritetsaktieägarna får vetskap om förfogandet, vilket inte alltid är fallet.[206] Och skulle minoritetsaktieägarna få vetskap om förfogandet så kan majoritetsaktieägarna i samråd med övriga bolagsorgan alltid enligt "kompensationsregeln" beklaga det inträffade och undanröja återbäringsskyldigheten genom att betala ut ett proportionellt lika stort belopp som utdelning till de förfördelade aktieägarna. Nästa år kanske majoritetsaktieägarna väljer att återigen företa en förtäckt utbetalning. Denna gång lär dock den förtäckta utbetalningen företas mer diskret!

Johansson förbiser att syftet med en förtäckt utbetalning av utdelning i förevarande situation synes vara att (bl.a.) undandra minoritetsaktieägarna deras rätt och att en "kompensationsregel" inte är ägnad att motverka dessa typer av transaktioner utan snarare uppmuntrar dem. Till detta kommer att rättsordningen bör söka en lösning som motverkar förtäckta rättshandlingar.

Sammantaget kan man enligt min mening inte vid förtäckt utbetalning av utdelning i strid mot likhetsprincipen upprätthålla en "kompensationsregel", som innebär att förfogandet blir lovligt om de förfördelade aktieägarna kompenseras så att de erhåller lika mycket som de gynnade aktieägarna. Härför krävs de förfördelade aktieägarnas samtycke. Inte heller bortfaller återbäringsskyldigheten för de aktieägare som uppburit förtäckt utbetalning av utdelning i strid mot likhetsprincipen i och med att de förfördelade aktieägarna kompenseras för den olika behandlingen. De diskriminerade aktieägarna måste samtidigt med att de samtycker till "kompensationsutdelning" ge sitt samtycke till att de återbäringsskyldiga aktieägarna undgår återbäringsskyldighet. Denna lösning innefattar i sak ett krav på att den förtäckta utbetalningen skall ha företagits med samtliga aktieägares samtycke, låt vara att godkännandet sker i efterhand. (Jag förutsätter att styrelsen inte har något att invända; jfr 12:3 1 st. 2 meningen ABL.) I annat fall kan återbäringsskyldigheten bara "läkas" om och i den utsträckning ordinarie bolagsstämman på grundval av en fastställd balansräkning, vilken utvisar utdelningsbart fritt eget kapital av erforderlig storlek, fattar beslut om vinstutdelning, som helt eller delvis motsvarar det värde varmed mottagarna är återbäringsskyldiga. I detta senare fall förutsätter jag att aktieägarna kan

[206] Jag förutsätter att bolagets verkställande organ kontrolleras av majoritetsaktieägarna.

"kvitta" sitt anspråk på att utfå utdelning mot bolagets återbäringsanspråk, eventuellt måste bolaget i enskilda fall särskilt acceptera "kvittning" om aktieägarens prestation inte är mätbar mot bolagets prestation.

Det kan i bolagsordningen intas bestämmelser om att det skall finnas olika aktieslag, som var för sig inte berättigar till lika andel i bolagets vinst. Likhetsprincipen skall i sådana fall förstås som att den i bolagsordningen angivna skillnaden mellan aktieslagen i fråga om rätt till andel i bolagets vinst måste respekteras.[207] Skulle utbetalning av utdelning företas i strid mot bolagsordningen är aktieägarna i allt fall återbäringsskyldiga enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL på grund av att dispositionen strider mot likhetsprincipen.

Ett svårighet i förevarande sammanhang är emellertid att en utbetalning av utdelning i strid mot en bestämmelse i en bolagsordning *tekniskt sett* innefattar ett åsidosättande av *bolagsordningen* och att det för återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL förutsätts att en utbetalning har skett strid mot *ABL* ("denna lag"). Distinktionen torde i den nu aktuella situationen inte ha särskilt stor betydelse. Omfattar inte 12:5 1 st. 1 meningen ABL överträdelser av bolagsordning så kan återbäringsskyldigheten hänföras till en överträdelse av ABL, dvs. likhetsprincipen i 3:1 1 st. jämfört med 2 st.

Distinktionen kan dock i andra fall tänkas vara av avgörande betydelse för återbäringsskyldighet, t.ex. om bolagsordningen begränsar rätten till utdelning utöver vad som följer av 12:2 ABL. Den kritiska frågan är således om utbetalningar till aktieägare i strid mot bolagsordningen ger upphov till återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.

I både 54 § 1910 års lag och 73 § 2 mom. 1 st. 1944 års lag stadgades återbäringsskyldighet vid beslutad och verkställd vinstutdelning i strid mot bestämmelse i bolagsordningen. ABL torde inte ha syftat till någon förändring av rättsläget.[208] Att 12:5 1 st. 1 meningen ABL ändock inte stadgar återbäringsskyldighet vid utbetalningar till aktieägare "i strid mot *denna lag eller bolagsordningen*" tycks i det närmaste bero på ett förbiseende.[209] Mot denna bakgrund bör 12:5 1 st. 1 meningen ABL anses som analogt tillämplig vid utbetalningar till aktieägare i strid mot en bestämmelse i bolagsordningen.

[207] Se avsnitt 5.4.5.3 ovan.

[208] Jfr SOU 1971:15 s. 320f och prop. 1975:103 s. 484ff.

[209] Ändringen kommenteras inte i förarbetena. Se hänvisningen i föregående not.

12.4 Något om återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL och parallella anspråk som grundar sig på andra bestämmelser i ABL eller annan lagstiftning

Jag har i det föregående framhållit att 12:5 1 st. 1 meningen ABL torde vara generellt tillämplig vid alla typer av aktiebolagsrättsliga utbetalningar till aktieägare som strider mot ABL; jfr 12:5 1 st. 1 meningen ABL och formuleringen "i strid mot denna lag". Återbäringsskyldigheten kan göras gällande vid utbetalningar i strid mot såväl bestämmelser i 6, 12 och 13 kapitlet ABL som t.ex likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL och funktionsfördelningen mellan bolagsorganen enligt 8 och 9 kapitlet jämfört med 12:3 1 st. ABL.

Återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL förutsätter att rättshandlingen helt eller delvis innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning (se avdelning II ovan). Innefattar rättshandlingen inte en utbetalning kan 12:5 1 st. 1 meningen ABL inte tillämpas. Detta innebär naturligtvis inte att rättshandlingen för den skull är tillåten enligt ABL. Avtalet eller rättshandlingen kanske strider mot generalklausulen i 8:13 1 st. ABL eller är uppenbart främmande för föremålet för bolaget verksamhet. Rättshandlingen kan vidare vara oförbindande för bolaget enligt 8:14 ABL.

Skall rättshandlingen anses innefatta en *aktiebolagsrättslig utbetalning* är 12:5 1 st. 1 meningen ABL tillämplig. Innebär då det faktum att rättshandlingen helt eller delvis innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning i strid mot ABL och att 12:5 1 st. 1 meningen ABL är tillämplig, att domstolarna inte kan grunda ogiltigheten på andra aktiebolagsrättsliga regler med de rättsföljder som följer av allmänna rättsgrundsatser?

Med avseende på (förtäckta) utbetalningar (indirekt kapitalanvändning) i strid mot 12:2 ABL har bestämmelsen i 12:5 ABL vad avser återbäringsskyldigheten i doktrinen beskrivits som "överflödig".[210] Vinstutdelningsregeln i 12:2 ABL skall förstås som en kompetensbegränsande regel, vars innebörd är att bolagets ställföreträdare ej kan ges befogenhet att ingå rättshandlingar som innefattar olovlig kapitalanvändning. Mottagarens rätt till bolagets prestation i enlighet med det av ställföreträdarna träffade avtalet skall bedömas enligt bestämmelsen i 8:14 ABL. Rättsföljden är ogiltighet på grund av att utbetalningen innefattar ett rättshandlande för bolaget i avsaknad av befogenhet.[211]

Det förda resonemanget kan mycket väl generaliseras till att avse

[210] Lindskog i SvJT 1992 s. 87. Jfr ock Nial, Om klanderbara stämmobeslut s. 101 not 174.
[211] Se särskilt Lindskog, SvJT 1992 s. 85ff och jfr därtill JFK 12:5-4.1.2 (s. 99ff).

samtliga typer av aktiebolagsrättsliga utbetalningar till aktieägare eller utomstående som innefattar en överträdelse av ABL:s regler oavsett om utbetalningen strider mot en bestämmelse uppställd i aktieägarnas eller tredje mans intresse och oavsett om utbetalningen strider mot en bestämmelser rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen: Bolagets ställföreträdare rättshandlar för bolaget i avsaknad av befogenhet.

Skall lagstridiga utbetalningar i enlighet med det föregående ses som rättshandlande för bolaget i avsaknad av befogenhet inträder ogiltighet, om mottagaren av bolagets prestation insett eller bort inse de faktiska omständigheter som gjorde utbetalningen lagstridig.[212] Rättsföljden av att en utbetalning är ogiltig får bedömas enligt allmänna principer och detta gäller oavsett återbäringsplikten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Därigenom framstår 12:5 1 st. 1 meningen ABL som en onödig bestämmelse.

Ett alternativt synsätt går ut på att förklara vissa bestämmelser i ABL som självständiga[213] ogiltighetsregler (måhända legala förbud).[214] Till denna kategori hör bestämmelser i ABL som är uppställda i tredje mans intresse och vilka jag förstår som absolut tvingande. Härutöver är det *tänkbart* att vissa av de bestämmelser i ABL som är uppställda i aktieägarnas intresse bör betraktas som självständiga ogiltighetsregler i åtminstone här aktuellt avseende (dock knappast som legala förbud; se avsnitt 5.4.6.8 ovan). En utbetalning i strid mot t.ex. likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL kan vara ogiltig.[215] På motsvarande vis kan t.ex. utbetalningar i strid mot reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen vara ogiltiga.[216]

> I strikt mening bör ogiltigheten anses följa av att utbetalningen strider mot tvingande lag (beträffande den förstnämnda kategorin legalt förbud med tillräckligt starkt skyddssyfte).[217] Ogiltigheten grundar sig på den allmänna principen om att rättshandlingar i strid mot tvingande lag kan vara ogiltiga även om detta inte uttryckligen framgår av visst lagrum eller regelkomplex[218] (jfr

[212] Jfr dock Lindskogs analys i SvJT 1992 s. 86 not 8 och s. 95, JT 1992–93 s. 97ff och JFK 12:5-4.2 (s. 104).

[213] Jfr beträffande 12:2 ABL Lindskog i SvJT 1992 s. 86 och JT 1992–93 s. 85.

[214] Jfr SOU 1992:83 s. 163.

[215] Jfr SOU 1992:83 s. 163.

[216] Jfr SOU 1992:83 s. 162.

[217] Se mina synpunkter i SvJT 1993 s. 570 not 15.

[218] Jfr härom bl.a. Förslag till avtalslagen s. 120; Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 271; Almén–Eklund s. 103; Grönfors, Avtalslagen s. 141 och i Festskrift till Nial s. 204ff. Jfr därtill om "legala förbud" (vars innebörd, och gränsdragningen mot tvingande lag, får anses som oklar i gällande svensk rätt) justitierådet Stenbeck i NJA 1942 s. 614 på s. 617ff (beträffande äldre motsvarigheten till förbudet mot förvärv av egna aktier i 7:2 1 st. ABL) och NJA 1992 s. 717 på s. 727 (om 12:7 ABL; jfr ock Nials utlåtande i målet återgivet på s. 721f). Jfr vidare SOU 1992:83 s. 163, prop. 1975:103 s. 496 och lagrådet på s. 772 samt Nial, TfR 1936 s. 1ff.

57 § och 58 § 5 st. AktG och 134 § BGB i tysk rätt och se härom närmare avsnitt 11.3.1–11.3.3 ovan).

Det skulle kunna hävdas att en tillämpning av denna rättsgrundsats leder till att en utbetalning i strid mot t.ex. 12:2 ABL är ogiltig och att rättsföljderna av denna ogiltighet gäller parallellt med den i 12:5 1 st. 1 meningen AB stadgade återbäringsskyldigheten (jfr rättsläget i tysk rätt beträffande 57 § och 58 § 5 st. AktG ovan avsnitt 11.3.1–11.3.3). Jag vill dock mena att återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL i och för sig är ett uttryck för att utbetalningen är ogiltig (jfr Karlgren i NJA 1951 s. 6 I på s. 30: "på rättsärendets ogiltighet grundade återbäringsskyldighet"),[219] dvs. återbäring som en rättsföljd av ogiltighet. Se närmare nedan och följande avsnitt 12.5.2.

Enligt min mening finns det starka skäl som talar för att 12:5 1 st. 1 meningen ABL skall betraktas som en *exklusiv reglering av rättsföljden* vid olovliga aktiebolagsrättsliga utbetalningar och att detta bör vara fallet även om utbetalningar till aktieägare strider mot självständiga ogiltighetsregler i ABL (vilket jag också anser), men också om någon annan aktiebolagsrättslig ogiltighetsgrund såsom det förstnämnda alternativet (vilket jag inte anser) skulle vara tillämplig enligt gällande rätt.[220] Av lagrummets ordalydelse och förarbetena till ABL[221] framgår det att lagstiftaren *i en ordning* har sökt reglera rättsföljderna vid utbetalningar i strid mot ABL.

Jag har för övrigt svårt att se varför man *parallellt med 12:5 1 st. 1 meningen ABL* skulle behöva upprätthålla självständiga ogiltighetsgrunder såsom det förstnämnda alternativet med de rättsföljder som följer av ogiltighet enligt allmänna rättsgrundsatser. Vad är det för mening med att anse utbetalningar i strid mot t.ex. 12:2 ABL som ogiltiga på grund av andra aktiebolagsrättsliga regler eller principer med relevanta rättsföljder när rättsföljden som en konsekvens av *utbetalningens ogiltighet* (alternativ 2 ovan) *i förhållande till mottagaren*[222] kommer till uttryck[223] i 12:5 1 st. 1 meningen ABL (en annan sak är att återbäringsskyldigheten *kan* innebära något annat än vad som gäller beträffande ogiltiga rättshandlingar i allmänhet; se avsnitt 12.5.2 och 12.5.3 nedan).[224] För mig fram-

[219] Karlgren, Studier, s. 118f, SvJT 1938 s. 209, i Festskrift till Ussig s. 256 not 18 (på s. 264f) och s. 259f och i Handelsrätt s. 71. Jfr därtill särskilt NJA 1976 s. 618 på s. 623.

[220] Se kapitel 13, särskilt avsnitt 13.4.3, nedan vad angår godtrosskyddet.

[221] Se SOU 1971:15 s. 320 och jfr prop. 1975:103 s. 484.

[222] Ogiltighetens eventuellt sakrättsliga rättsverkningar följer av allmänna principer. Se härom avsnitt 12.5.2 nedan.

[223] Se avsnitt 12.5.2 nedan.

[224] Det enda reella motivet som mig veterligen finns (frånsett ogiltigheten som 12:5 1 st. 1 meningen ABL i gällande rätt ger uttryck åt; se nedan) är att man vill åstadkomma en generell tillämpning av godtrosregeln i 8:14 ABL; se Lindskog SvJT 1992 s. 87 och JFK 12.5-4.1.2 (s. 101f). En tillämpning (eventuellt analogt) av godtrosregeln i 12:5 ABL ligger dock närmare till hands. Se härom avsnitt 13.4 och 13.5 nedan.

står en "parallellösning" som att man juridiskt "går över ån för att hämta vatten". Det är ju tillräckligt att återbäringsskyldighet följer av 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Två allmänna ändamålsskäl som kan anföras till stöd för att rättsföljden vid olovliga utbetalningar skall anses som exklusivt reglerad i 12:5 1 st. 1 meningen ABL är att man dels uppnår en enhetlig rättstillämpning, dels en enkel sådan: Vid varje utbetalning i strid mot ABL är det *nödvändigt men också tillräckligt* att beträffande rättsföljderna för utbetalningsmottagaren vända sig till 12:5 1 st. 1 meningen ABL (och 2 meningen i samma bestämmelse).

> Jag bortser här från 9:17 ABL och skadeståndsreglerna i 15 kapitlet ABL. Tilläggas bör att det av 8:13 2 st. ABL följer att utbetalningar i strid mot ABL inte får verkställas.

De lege lata synes rättsläget stå i överensstämmelse med det sagda.[225] Domstolarna synes utgå från att vad som olovligen utbetalats skall återbäras av utbetalningsmottagaren enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL (eller motsvarande återbäringsregler i äldre lag). Se NJA 1951 s. 6 I[226] och II[227], 1966 s. 475,[228] 1976 s. 618,[229] 1980 s. 311[230] och 1990 s. 343[231].[232]

[225] Se för en intressant jämförelse 30 § 1 st. GmbHG (57 § och 58 § 5 st. AktG är inte fullt ut jämförbara då dessa sammantaget är betydligt strängare) och att utbetalningar i strid mot denna enligt en uppfattning inte leder till ogiltighet enligt 134 § BGB utan bara till återbäringsskyldighet enligt 31 § GmbHG. Se avsnitt 11.3.5 ovan.

[226] Se referatet s. 25 och hänvisningen till 54 § 1910 års lag och 4 § lag (1943:28) med särskilda bestämmelser om begränsning av vinstutdelning från aktiebolag. Till synes annorlunda Lindskog, SvJT 1992 s. 96, vilken hävdar att HD:s majoritet ej explicit angett den "rättsgrundsats" varpå återbäringsskyldigheten vilar. Denna framgår dock i referatet på s. 25f av hänvisningen till nämnda lagrum. Återbäringsskyldigheten – "rättsärendets ogiltighet" enligt justierådet Karlgren på s. 30 i referatet – är i sin tur en följd av att aktieägarna inte vederlagsfritt äger disponera över bolagets förmögenhet i strid mot tvingande lag upppställd i tredje mans intresse. Jfr hänvisningen i NJA 1951 s. 6 I på s. 25 till 54 § 1910 års lag och i NJA 1951 s. 6 II på s. 37 till 73 1 mom. 1944 års lag och att båda "avser att bereda rättsskydd även för tredje man" samt dessutom NJA 1948 s. 651 på 666f. Principen kan även uttryckas som att aktieägarna inte vederlagsfritt äger disponera över bolagets förmögenhet i strid mot de tvingande bestämmelserna om det bundna egna kapitalet. Se hänvisningar i not 219 ovan.

[227] Se referatet s. 37 och hänvisningen till 73 § 2 mom. 1944 års lag. Jfr ock föregående not.

[228] Se referatet s. 484 och hänvisningen till 73 § 2 mom. 1944 års lag.

[229] Se referatet s. 622f och hänvisningen till 73 § 2 mom. 1944 års lag. Att en rättshandling kan vara ogiltig hindras inte av att rättsföljden är reglerad i 12:5 ABL. Ogiltigheten kan sägas vara en följd av "grunderna för" 12:5 ABL. Jfr i målet om fordringsöverlåtelsen i referatet s. 623. Se dock för en annan tolkning not 275 nedan.

[230] Se referatet s. 316.

[231] Se referatet s. 351.

[232] Annorlunda Lindskog i bl.a. SvJT 1992 s. 85ff. Jfr ock för en till synes annan uppfattning Hellner, Kommersiell avtalsrätt s. 67f.

Hovrätten för Övre Norrland har nyligen prövat frågan om ett bolag äger *vindicera* pengar som utbetalats i strid mot 12:2 1 st. ABL från annan än den ursprunglige utbetalningsmottagaren. Hovrätten ansåg mot bakgrund av rättspraxis och doktrin att rättsläget skulle uppfattas så att *civilrättslig ogiltighet även föreligger beträffande en rättshandling som är olovlig med tillämpning av grunderna för 12:5 1 st. ABL.*[233] På grund härav kunde en i målet aktuell bank, som övertagit penningmedel som utbetalningsmottagaren olovligen bekommit, bli "återbäringsskyldig" (återgångsskyldig), om banken vid mottagandet av penningmedlen varit i ond tro på det sätt det utbetalande bolagets konkursbo påstått, nämligen att banken, genom sina behöriga ställföreträdare, hade *vetskap* om att medlen olovligen uttagits ur bolaget.[234] Banken befanns emellertid inte vara återgångsskyldig med hänsyn till att det inte hade visats, att företrädare för banken vid mottagandet av betalningen från utbetalningsmottagaren haft vetskap om att medlen olovligen uttagits ur konkursbolaget och att till följd därav en civilrättsligt ogiltig rättshandling förelegat. Se dom avkunnad av Hovrätten för Övre Norrland 1994-12-01 DT 2067 (mål nr T 11/93) och härom utförligare nedan avsnitt 12.5.

Däremot torde 12:5 1 st. 1 meningen ABL inte utgöra något hinder mot att bolagets styrelse eller en konkursförvaltare för talan om ogiltighet eller återgång enligt annan lagstiftning eller allmänna rättsgrundsatser. Skulle en rättshandling anses innefatta en otillåten utbetalning och är mottagaren återbäringsskyldig enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL finns det inget som hindrar att rättshandlingen samtidigt betraktas som ogiltig (overksam) enligt t.ex. någon av bestämmelserna i 3 kapitlet AvtL eller förutsättningsläran. Det är också givet att en konkursförvaltare vid sidan av 12:5 1 st. 1 meningen ABL kan föra talan om återvinning enligt bestämmelserna i 4 kapitlet KonkL.[235]

12.5 Om återbäringsskyldighetens innebörd och omfattning

12.5.1 Inledning

Sker utbetalning till aktieägare i strid mot ABL skall mottagaren enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL *återbära vad han uppburit* med ränta. Vad

[233] Domen s. 22. Hovrätten accepterade tydligen inte den av Lindskog hävdade tesen att vindikationsrätten skulle vara ett "utflöde ur 8:14 ABL".
[234] Domen s. 22f.
[235] Jfr t.ex Lennander, Återvinning i konkurs s. 37.

denna återbäringsskyldighet innebär är i gällande rätt osäkert. En uppfattning som man inte sällan möter är att återbäringsskyldigheten innebär rättshandlingens återgång på samma sätt som är fallet vid ogiltiga rättshandlingar i allmänhet. Den mottagna egendomen skall alltså återgå till bolaget. Bolaget kan dessutom enligt vindikationsprincipen vindicera egendomen från annan än mottagaren av utbetalningen förutsatt att denne inte gjort ett exstinktivt godtrosförvärv. En alternativ tolkning av 12:5 1 st. 1 meningen ABL, som mig veterligen blott har antytts i debatten,[236] är att anspråk på återbäring endast har obligationsrättsliga rättsverkningar, och att sådana anspråk är underkastade sedvanliga preskriptionsregler. En tredje tänkbar tolkning, som finns representerad i engelsk rätt, är att mottagaren blott behöver ersätta värdet av vad som olovligen frånhänts bolaget (pengar eller annan egendom); en värdeåterbäringsskyldighet ("ersättningsskyldighet").[237]

Jag avser att i följande avsnitt närmare undersöka återbäringsskyldighetens innebörd och omfattning. Undersökningen inleds med en allmän diskussion rörande återbäringsskyldighetens innebörd och vilken av omnämnda lösningar som bör tillämpas. Därefter analyserar jag i tur och ordning återbäringsskyldighetens innebörd i två typfall. Det första typfallet är öppen utbetalning av utdelning som delvis strider mot 12:2 ABL (utdelningsbart belopp saknas delvis). Det andra typfallet är förtäckt utbetalning av utdelning som helt eller delvis strider mot 12:2 ABL (det vederlagsfria momentet – dvs. utbetalningen – motsvaras inte alls eller blott delvis av utdelningsbart fritt eget kapital).

> Angreppssättet och analysen i följande avsnitt 12.5.2 och 12.5.3 har i stor utsträckning påverkats av rättsläget i Tyskland respektive England. Se om dessa länder avsnitt 11.3.1–11.3.3 och 11.3.5 respektive 11.5.1 ovan.

12.5.2 12:5 1 st. 1 meningen ABL och återbäringsskyldighetens innebörd – återgång (ogiltighet), obligatoriskt anspråk eller värdeersättningsskyldighet?

Av 12:5 1 st. 1 meningen ABL följer att mottagaren skall *återbära vad han har uppburit*. Återbäringsskyldighetens språkliga utformning tyder på att det är fråga om samma rättsföljd som vid ogiltiga rättshandlingar i allmänhet. Bolagets prestation skall återgå.

Det typfall av "utbetalning" som legat till grund för 12:5 1 st.

[236] Se Kleineman, JT 1994–95 s. 430ff.

[237] Se ock Andersson, PM avseende vissa principiella frågor rörande vinstutdelning från aktiebolag s. 13 (opublicerat underlag till ett seminarium avhållet 1992-05-19 vid Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet).

1 meningen ABL torde dock vara utbetalning till aktieägare i form av kontanter. Betalar ett bolag olovligen ut pengar till en aktieägare saknar det betydelse om återbäring sker med dessa eller andra kontanta medel. Med hänsyn härtill kan den språkliga utformningen av 12:5 1 st. 1 meningen ABL inte ligga till grund för ett antagande om att olovliga utbetalningar skall återgå enligt samma princip som annars gäller vid ogiltiga avtal och andra rättshandlingar.

(1) Det kan emellertid hävdas att rättsföljden i 12:5 1 st. 1 meningen ABL vid olovliga utbetalningar återspeglar det förhållandet att vissa bestämmelser i ABL innehåller eller i sin helhet är att betrakta som självständiga ogiltighetsregler. Att vissa bestämmelser i ABL innehåller eller i sin helhet är att betrakta som självständiga ogiltighetsregler grundar sig i sin tur på rättsgrundsatsen, att avtal och andra rättshandlingar i strid mot tvingande lag (i vissa fall) kan vara ogiltiga. Bestämmelser i ABL som innehåller eller i sin helhet är att betrakta som självständiga ogiltighetsregler synes först och främst vara vara sådana som är uppställda i tredje mans intresse, t.ex. 12:2 ABL. Till denna kategori torde ock kunna räknas vissa regler i ABL som är uppställda i aktieägarnas intresse såsom likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL. Därtill bör nämnas reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen. I och med att 12:5 1 st. 1 meningen ABL återspeglar det förhållandet att vissa bestämmelser i ABL innefattar eller i sin helhet är att betrakta som självständiga ogiltighetsregler, bör rättsföljden i 12:5 1 st. 1 meningen ABL förstås som att bolagets prestation skall återgå på samma sätt som vid ogiltighet i allmänhet.[238]

Rättsföljden vid ogiltighet är att vardera partens prestationsskyldighet bortfaller (jfr 64 § KöpL och 57 § ÄKöpL). Om prestationerna redan har fullgjorts skall vardera parten återbära – Zug um Zug[239] – vad han har mottagit (jfr anförda lagrum).[240] Ett bolag skulle således enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL kunna kräva åter vad som har utbetalats i strid mot ABL. När egendom vid ogiltighet inte kan återbäras brukar man anta att det uppkommer ersättningsskyldighet motsvarande dess värde (jfr 9:7 FB och 1924 års lag om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning).[241] Härutöver föreligger troligtvis skadeståndsskyldighet om och i den utsträckning det behövs för att försätta den skade-

[238] Jfr Karlgren, Handelsrätt, s. 71 och Lindskog i SvJT 1992 s. 98 och i JT 1992–93 s. 100 not 60 samt i JFK 12:5-4.3 (s. 104ff).

[239] Jfr 10 § KöpL och 14 § ÄKöpL samt Lennander, Återvinning i konkurs s. 335.

[240] Jfr ock 9:7 1 st. 1 meningen FB och 1924 års lag (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning. Se bl.a. Bramsjö, Om avtals återgång s. 50ff och Nial, Om förvärv i strid med legala förbud, TfR 1936 s. 11ff.

[241] Se härom Bramsjö, Om avtals återgång s. 91ff och s. 255ff.

lidande i samma ställning som om något avtal aldrig hade ingåtts (negativa kontraktsintresset).[242] Förmodligen är ett aktiebolag i anledning av en olovlig utbetalning, vilken har gett upphov till ett återbäringsanspråk enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL, berättigat till ersättning enligt sistnämnda principer, om återbäringsskyldigheten skall anses återspegla det förhållandet att vissa bestämmelser i ABL innefattar eller i sin helhet är att betrakta som självständiga ogiltighetsregler.

Om en rättshandling är ogiltig skall således rättsförhållandet avvecklas i obligationsrättsligt hänseende. Ogiltighet har förutom obligationsrättsliga rättsverkningar – normalt sett – även sakrättsliga rättsverkningar såtillvida att anspråk på att återfå egendom som omfattas av ogiltigheten kan göras gällande gentemot vem som helst.[243] Kan A göra gällande ogiltighet mot B så består möjligheten att göra ogiltigheten gällande mot C, när ifrågavarande rättighet övergår från B till C. Part utanför rättsförhållandet mellan A och B åtnjuter blott skydd om han har gjort ett exstinktivt godtrosförvärv enligt lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre eller motsvarande. I annat fall har A vindikationsrätt.[244] Om A kan göra gällande ogiltigheten mot B – och detsamma gäller med avseende på C – så har A separationsrätt i B:s konkurs vad gäller egendom som omfattas av ogiltigheten och egendom som omfattas av ogiltigheten kan inte heller utmätas för B:s gäld.[245] Skall återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL anses återspegla det förhållandet att vissa bestämmelser i ABL innefattar eller i sin helhet är att betrakta som självständiga ogiltighetsregler, torde sakrättsliga rättsverkningar av berört slag också komma i fråga.

(2) En alternativ tolkning av 12:5 1 st. 1 meningen ABL är att återbäringsanspråk skall anses vara av obligatorisk art och att sakrättsliga rättsverkningar inte aktualiseras. Denna alternativa tolkning framstår inte vid ett första påseende som särskilt trolig (jfr ovan). Ogiltighet har enligt gällande rätt rättsverkningar i både obligationsrättsligt och sakrättsligt hänseende, åtminstone normalt sett. Någon distinktion såsom i tysk rätt mellan det "obligationsrättsliga avtalet" och det "sakrättsliga avtalet" görs inte (se avsnitt 11.3.1–11.3.3 ovan). Skall återbäringsanspråk enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL anses vara av obligatorisk art utan att sakrättsliga

[242] Se härom Krokeide i TfR 1979 s. 132ff, särskilt s. 160ff och Hov, Avtalerett s. 150ff.
[243] Se bl.a. SOU 1965:14 s. 44ff och Hessler, Allmän sakrätt s. 170ff med vidare hänvisningar samt Håstad, Sakrätt s. 75.
[244] Se bl.a. Hessler, Allmän sakrätt s. 170f och jfr Göranson, Ogiltighet i sakrätten s. 20ff.
[245] Se bl.a. Hessler, Allmän sakrätt s. 172 med vidare hänvisningar och Håstad, Sakrätt s. 200f. Se ock t.ex. NJA 1985 s. 178 på s. 192.

rättsverkningar kommer i fråga är det med andra ord fråga om en lösning som avviker från den som eljest upprätthålls vid ogiltighet. (En annan sak är att dagens ordning kan ifrågasättas vad beträffar svaga ogiltighetsgrunder[246] till vilka överträdelser av 12:2 ABL förmodligen räknas; se nedan om NJA 1976 s. 618.

Ändock synes 73 § 2 mom. 1 och 2 st. 1944 års lag och 12:5 1 st. 1 meningen ABL ha uppfattats på detta vis i förarbetena. I motiven till 1944 års lag synes lagberedningen ha företrätt den uppfattningen att ett godtrosskydd redan enligt då gällande rätt – 54 § 1910 års lag saknade ett godtrosskydd för aktieägare som i god tro uppburit beslutad och verkställd olovlig vinstutdelning – kunde komma i fråga vid olovlig utbetalning av utdelning enligt rättsgrundsatsen condictio indebiti.[247]

> Condictio indebiti kan systematiskt förstås som en del av den i svensk rätt förmodligen icke allmänt sett tillämpliga principen om obehörig vinst.[248] Jfr 812 §§ff BGB. Jfr ock Nial, Om klanderbara stämmobeslut s. 94f, som först framhåller att aktieägare som uppburit verkställd utdelning på grundval av ett bortklandrat stämmobeslut är återbäringsskyldiga oavsett god tro. I en not (s. 95 not 155) anges dock – efter en hänvisning till den dåvarande godtrosregeln i tysk rätt i 217 § 1 st. 2 meningen HGB – att återbäringsskyldigheten för godtroende aktieägare möjligen kunde begränsas till "obehörig vinst" eller något liknande. Detta skulle innebära en tillämpning av allmänna rättsregler rörande condictio indebiti. Jfr ock Nial i a.a. på s. 101 not 174. Se om tysk rätt i not 250 nedan och i avsnitt 11.3.6.1 ovan.

Därmed ligger det nära till hands att förstå bolagets krav på återbetalning av vad som olovligen utbetalats, vilket i det typfall som 1944 års lagstiftare hade i åtanke, var pengar utbetalade av misstag på grundval av en felaktig balansräkning,[249] som härrörande från samma rättsgrundsats[250] och ett återkrav som grundar sig på condictio indebiti är ett anspråk av

[246] Jfr Göranson, Ogiltighet i sakrätten och Hessler, Allmän sakrätt s. 170.

[247] SOU 1941:9 s. 284; SWN s. 180 och Bramsjö, SvJT 1953 s. 246 samt Andersson, SvJT 1993 s. 570 not 15. Se härom ytterligare avsnitt 13.2.2 nedan.

[248] Jfr Hellner, Obehörig vinst s. 213f och se Krokeide, Tfr 1982 s. 441. Karlgren förefaller vara mer positivt inställd till institutet; jfr Karlgren, Obehörig vinst s. 12. Många moderna författare synes vilja grunda condictio indebiti på förutsättningsläran. Se härom Krokeide, Tfr 1982 s. 443 och jfr Lehrberg, Förutsättningsläran s. 552ff. Förutsättningsläran förefaller historiskt sett i sin tur ha påverkat vinstregeln (därmed är man tillbaka vid utgångspunkten).

[249] SOU 1941:9 s. 283f.

[250] Jfr t.ex. i tysk rätt rörande återbäringsanspråket enligt 56 § 1937 års AktG och den tidigare debatten om bolagets anspråk var ett "Bereicherungsanspruch" enligt 812 §§ff BGB i Fischer i AktG, 2 uppl. 1961, 56 § Anm. 17 och se vidare hänvisningarna i Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 4. Jfr härtill Nial i det föregående och dennes hänvisning till tysk rätt.

obligatorisk art.[251] Och även om man inte anser att återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL, som antagligen avser pengar och annan egendom, grundar sig på rättsgrundsatsen condictio indebiti finns det mot den angivna bakgrunden likväl all anledning att betrakta bolagets anspråk som blott ett obligatoriskt sådant. Det är i linje med denna lösning som det i motiven till 1944 års lag och ABL samt i litteraturen poängteras att återbäringsskyldigheten kan göras gällande inom den allmänna preskriptionstiden.[252]

> Återspeglar återbäringsskyldigheten 12:5 1 st. 1 meningen ABL det förhållandet att utbetalningen strider mot vissa bestämmelser i ABL som innefattar eller i sin helhet är att betrakta som självständiga ogiltighetsregler torde inte preskriptionslagen vara tillämplig.[253]

Väljer man att betrakta bolagets återbäringsanspråk enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL som obligatoriskt till sin natur blir resultatet att bolaget kan kräva mottagaren på vad han mottagit vare sig det rör sig om pengar eller annan egendom. Kan bolagets prestation inte återbäras – t.ex. på grund av att egendomen har förstörts eller att prestationen var av sådant slag att återställande inte kan komma i fråga (såsom tjänst) – blir aktieägaren förmodligen ersättningsskyldig motsvarande värdet av vad han (olovligen) mottagit.[254] För övrigt torde aktieägaren kunna åläggas skadeståndsskyldighet motsvarande det negativa kontraktsintresset.[255]

En konsekvens av att sakrättsliga rättsverkningar inte aktualiseras är att bolaget A inte kan utkräva saken från den (C) som förvärvat saken från utbetalningsmottagaren (B). Inte heller är egendom som omfattas av bolaget A:s återbäringsanspråk förenat med separationsrätt i B:s konkurs och ifrågavarande egendom kan utmätas för B:s gäld.

(3) Det tredje alternativet innebär att 12:5 1 st. 1 meningen ABL blott skall anses ge upphov till ett fordringsrättsligt anspråk, vars innebörd är att aktieägaren skall ersätta värdet av vad han olovligen mottagit. 12:5 1 st. 1 meningen ABL skall i princip förstås som en ersättningsregel. Det

[251] Jfr justitierådet Alexanderson i NJA 1933 s. 25 på s. 32, som synes vända sig mot dansk doktrin och praxis vartill hänvisas.

[252] SOU 1941:9 s. 286; SOU 1971:15 s. 322; prop. 1975:103 s. 486 och SWN s. 181 samt Kedner–Roos II 12.5.04 (s. 256). Det är emellertid tänkbart att bolagets *anspråk på återgång* kan vara preskriptibelt och att återbäringsskyldigheten – dvs. avtalets eller rättshandlingens återgång – förutsätter att denna görs gällande. *Ett ägaranspråk efter det att bolaget gjort gällande återbäringsskyldigheten* skulle däremot inte vara preskriptibelt. Jfr Lindskog, Preskription s. 99 och Lindskog, JT 1992–93 s. 85 not 17.

[253] Se Lindskog, Preskription s. 98f och Rodhe, Obligationsrätt § 55 vid not 15 (s. 655). Men se föregående not.

[254] Sålunda samma lösning som i norsk rätt men annan än i tysk rätt.

[255] Det kan emellertid ifrågasättas om ersättningsskyldigheten stannar vid detta.

har härvidlag ingen betydelse om aktieägaren uppbär en "utbetalning" i form av pengar eller andra tillgångar, som vederlagsfri nyttjanderätt eller tjänst eller på annat vis. I samtliga situationer är det den "skada" som har åsamkats bolaget som skall ersättas. Storleken på ersättningen blir beroende av värdet av vad som utbetalats och vad det är för slags regel som har överträtts. Har t.ex. en utbetalning skett i strid mot likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL skall mottagaren ersätta bolaget med ett belopp som överstiger värdet av vad han (eventuellt) var berättigad till som utdelning. Skulle en utbetalning ha skett i strid med 12:2 ABL behöver aktieägaren bara erlägga ersättning med ett belopp som överstiger vad som lovligen kunde ha delats ut (utdelningsbart fritt eget kapital).

Vad är då gällande rätt i fråga om återbäringsskyldighetens innebörd? Ett bestämt svar för alla typer av olovliga utbetalningar är svårt att ge. I äldre doktrin har Karlgren, vilken är en av de få författare som har uttalat sig i ämnet, förklarat att rättshandlingar som innebär att den samfällda förmögenheten fördelas mellan aktieägarna och som innefattar en överträdelse av skyddsföreskrifter uppställda till tredje mans skydd i princip är ogiltiga, även om de i och för sig är i bolagets intresse och biträtts av samtliga aktieägare.[256] En aktieägare som obehörigen uppburit utdelning (en utbetalning) i strid mot 54 § 1910 års lag var skyldig att återbära densamma, oberoende av huruvida aktieägaren vid dess uppbärande var i god eller ond tro och oberoende av om bolaget var insolvent och borgenärerna sålunda tillfogades skada eller ej.[257]

Med 1944 års lag överfördes vinstutdelningsregeln i 54 § 1910 års lag till 73 § 1 mom. (modifierad). I förarbetena till 73 § 2 mom. 1944 års lag synes lagberedningen ha uppfattat bolagets återbäringsanspråk som ett anspråk av obligatorisk art, vilket i enlighet med rättsgrundsatsen condictio indebiti inte kunde göras gällande mot godtroende aktieägare och som var underkastat de allmänna bestämmelserna om preskription. Se närmare under (2) ovan.

Under samma årtionde gav dock Nial uttryck åt den åsikten,[258] att så snart andra medel än fritt eget kapital tas i anspråk "kommer man i strid med grunderna för nyss angivna borgenärsskyddsregler, och en dylik transaktion blir därför *ogiltig*, oavsett att samtliga aktieägare samtyckt

[256] Karlgren, Studier s. 118. Jfr dock Hagströmer s. 271ff, vilken beträffande det dåvarande rättsläget möjligen antyder att det var fråga om skadeståndsskyldighet för aktieägarna. Se 9 § 1848 års lag.

[257] Karlgren, Studier s. 119. Jfr ock Bergendal s. 41 jämfört med s. 39. Men se om godtrosskyddet ovan.

[258] Nial, Aktiebolagsrätt s. 102 och i Om aktiebolag s. 51f. Jfr häremot SWN s. 181.

till den" (min kursivering).[259] Karlgren har i en smått klassisk uppsats rörande nullitet och angriplighet upprepat sin syn på olovliga utbetalningar. Aktierättsliga förfoganden som strider mot de till skydd för bolagets borgenärer och andra tredje män meddelade reglerna om aktiekapitalet m.m. (t.ex. 73 § 1 mom. 1944 års lag) är ogiltiga. Ogiltigheten kan karaktiseras som "nullitet".[260] Drygt 20 år senare beskriver emellertid Karlgren återbäringsskyldigheten enligt 73 § 2 mom. 1 och 2 st. 1944 års lag vid olovlig utbetalning av utdelning som varande "i analogi med vad som gäller vid ogiltiga rättshandlingar i allmänhet".[261]

Den nuvarande bestämmelsen om återbäringsskyldighet i 12:5 1 st. 1 meningen ABL omfattar, som tidigare har nämnts, alla typer av utbetalningar i strid mot ABL. Till skillnad från 54 § 1910 års lag och 73 § 2 mom. 1 och 2 st. 1944 års lag omfattar 12:5 1 st. 1 meningen ABL således inte bara utbetalningar som inkräktar på det bundna egna kapitalet utan över huvud taget utbetalningar som strider mot ABL. Av förarbetena till ABL framgår det att återbäringsanspråk är preskriptibla[262] och därför framstår det vid en första anblick som antagligt att anspråk på återbäring är obligatoriska till sin natur. Förklaringen till att preskriptionsreglerna är tillämpliga kan dock vara att lagstiftaren haft utbetalningar av pengar i åtanke och att återkrav avseende kontanter i regel förvandlas till en fordringsrätt för bolaget om motsvarande belopp på grund av att de ursprungligen utbetalade pengarna inte finns i behåll eller inte kan identifieras hos mottagaren. Det kan därför – och oavsett uttalandena i förarbetena till ABL – ändå hävdas att återbäringsskyldigheten återspeglar rättshandlingens ogiltighet; i varje fall vid utbetalningar i strid mot 12:2 1 st. ABL.[263]

HD synes i sina avgöranden ha uppfattat återbäringsskyldigheten vid

[259] Men jfr Nial:s tidigare åsikter i ämnet under (2) ovan och som torde ha påverkat lagberedningen, i vilken Nial var ledamot. Den ogiltighet som Nial i det följande berör är bara förenlig med återbäringsanspråk som varande ett obligatoriskt sådant (jfr uttalandena om condictio indebiti ovan), om ogiltigheten begränsas till förhållandet mellan parterna såsom i tysk rätt där det obligationsrättsliga avtalet är ogiltigt och att återkravet härleds till 812 §§ff BGB.

[260] Karlgren i Festskrift till Ussing, s. 256 not 18 (på s. 264f) och s. 259f. Se ock Karlgren i NJA 1951 s. 6 I på s. 30 nedan. Men jfr Kleineman, JT 1994–95 s. 430ff, särskilt s. 455ff. Återbäringsskyldighetens innebörd i här aktuellt avseende berörs inte närmare av Danielsson i Aktiekapitalet.

[261] Karlgren, Handelsrätt s. 71.

[262] SOU 1971:15 s. 322; prop. 1975:103 s. 486 och Kedner–Roos II 12:5.04 (s. 256). Jfr dessutom nedan rörande rättsföljden då utbetalningen är delvis otillåten.

[263] Jfr Rodhe, Sakrätt s. 255 med hänvisning till NJA 1976 s. 618 men notera även Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 22. Se därtill Lindskog, JFK 12:5-4.3 (s. 104ff) och härom avsnitt 12.5.3.2 nedan samt jfr Lindskog, SvJT 1992 s. 98 och JT 1992–93 s. 100 not 60.

utbetalningar vilka inkräktar på det bundna egna kapitalet som ett uttryck för rättshandlingens ogiltighet (se nedan). Vad som gäller vid andra typer av olovliga utbetalningar är osäkert. Skall återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL ses som ett uttryck för rättshandlingens ogiltighet vid t.ex. utbetalning av utdelning i strid mot försiktighetsregeln i 12:2 2 st. ABL? Det bör i sammanhanget också framhållas att det i rättspraxis (HD) inte är avgjort om det utbetalande bolaget har separationsrätt i utbetalningsmottagarens konkurs beträffande den egendom som omfattas av det olovliga – och ogiltiga(?) – förfogandet eller om bolaget kan vindicera olovligen "utbetalade" saker från den som förvärvat ifrågavarande saker från utbetalningsmottagaren.

Två äldre rättsfall som kan tyckas tala mot att återbäringsskyldigheten är ett uttryck för rättshandlingens ogiltighet vid *otillåten utskiftning* (utbetalning) i samband med likvidation är pleniavgörandena NJA 1922 s. 137 I och II. Den omständigheten att skifte av likviderande aktiebolags tillgångar skett i annan ordning än vad 112 § 1910 års lag föreskrev – dvs. oavsett att skiftet skett före utgången av den i kallelsen på okända borgenärer utsatta inställelsedagen var förbi och innan all veterlig blivit betald – ansågs inte utgöra hinder för meddelande av lagfart för fastighet, som därvid tillskiftats aktieägare.[264] Utgången i båda målen förklaras emellertid av att 112 § 2 st. 2 meningen 1910 års lag föreskrev återbäringsskyldighet, om (1) skifte skett före utgången av den i kallelsen på okända borgenärer utsatta inställelsedagen var förbi och innan all veterlig gäld blivit betald *och* (2) bolaget kom att sakna förmåga att fullgöra sina förbindelser. Det andra kravet var inte uppfyllt och följaktligen var skiftet inte i och för sig olagligt i den meningen att aktieägarna blev återbäringsskyldiga. Härav följer att rättsfallet inte kan anses tala mot att återbäringsskyldigheten är ett uttryck för rättshandlingens ogiltighet vid otillåten utskiftning (utbetalning) i samband med likvidation.

Vad angår utbetalning av utdelning som inkräktar på bundet eget kapital ger justitierådet Karlgren, som tidigare nämnts, i ett votum i NJA 1951 s. 6 I på s. 30 uttryck åt den åsikten, att återbäringsskyldigheten respektive skyldigheten att ansvara för bristen grundar sig på "rättsärendets ogiltighet".[265] Gentemot Karlgrens votum kan det invändas, att en tillämpning av ogiltighetsläran i den meningen att mottagaren är skyldig att återställa mottagen egendom borde ha resulterat i att aktieöverlåtaren Carlsund i NJA 1951 s. 6 I skulle ha förpliktats återlämna de tillgångar som han uttog ur bolaget och inte, som domen innebar, till ersättningsskyldighet – att "återbära" – motsvarande den del av utbetalningen som inkräktade på bundet eget kapital (se om Carlsunds återbäringsskyldighet på s. 25 i referatet). Utgången i målet

[264] Se härom Karlgren, Studier s. 117f.

[265] Referatet s. 30. Jfr därtill justitierådet Stenbeck i NJA 1942 s. 614 på s. 620 beträffande förärv av egna aktier

kan dock förklaras av att konkursboet förde talan om värdeåterbäring och inte återgång på grund av att utbetalningen var ogiltig.

Av visst intresse i förevarande sammanhang är även NJA 1951 s. 6 II. Aktieöverlåtaren Andersson friskrevs från sin skuld till bolaget. I gengäld erhöll bolaget en värdelös fordran gentemot aktieförvärvaren Alandh. Eftersom fordringen var värdelös innefattade friskrivningen utbetalning av utdelning till aktieöverlåtaren Andersson. Andersson, som insett eller bort inse att bolagets fordran gentemot Alandh var värdelös, befanns vara återbäringsskyldig för ett belopp som motsvarade icke utdelningsbara medel i bolaget. Med ett ogiltighetsresonemang hade det varit möjligt att hävda att friskrivningen var ogiltig och att Andersson fortfarande häftade i skuld till bolaget (jfr annorlunda NJA 1990 s. 343 nedan).[266] HD:s rättstillämpning i NJA 1951 s. 6 II kan därför tolkas som att återbäringsskyldigheten innebär en skyldighet att ersätta värdet av uttaget och inte som en skyldighet att återlämna vad som mottagits på grund av rättshandlingens ogiltighet. Ersättningsskyldigheten kan emellertid också i detta fall förklaras av att konkursboets talan gick ut på att Andersson skulle ersätta fordringens värde motsvarande icke utdelningsbart belopp.

Ett ur prejudikatsynpunkt bättre avgörande för att bedöma frågan om återbäringsskyldigheten återspeglar rättshandlingens ogiltighet är NJA 1976 s. 618.[267] I målet hade ett avtal träffats mellan Inga G, som var ägare till samtliga aktier i Nya Konditori Berns, och Bengt L, varigenom Inga G överlät aktierna till Bengt L. Till betalning av en viss del av köpeskillingen hade Bengt L, som ställföreträdare för bolaget, till Inga G överlåtit bolaget tillkommande fordringar gentemot ICA-matmarknad. Bengt L, som själv inte hade medel till betalning av köpeskillingen, ansågs ha upptagit lån hos bolaget med motsvarande belopp och ha använt lånemedlen till att likvidera sin skuld för aktierna till Inga G. Eftersom Bengt L var insolvent och bolaget ej haft någon enligt balansräkning utdelningsbar vinst, befanns åtgärderna innefatta en olovlig förtäckt vinstutdelning. Bengt L var återbäringsskyldig för mottaget belopp. I målet var det ostridigt att han inte kunde fullgöra denna skyldighet. Rättsfrågorna i målet var dels huruvida Inga G var skyldig att täcka den brist som uppstått i Bengt L:s återbäring, dels huruvida ICA-matmarknad var ersättningsskyldig.

TR:s dom, vilken i denna del vann laga kraft, fann Inga G bristtäckningsskyldig (oriktigt betecknat som "återbära mottaget belopp" i HD:s domskäl).[268] Föremålet för HD:s prövning var om ICA-matmarknad kunde åläggas ersättningsskyldighet.[269] I denna prövning uppkom spörsmålet huruvida ICA-matmarknad till bolagets konkursbo hade att utge yrkat belopp på den

[266] Jfr Linskog i SvJT 1992 s. 98.

[267] Jfr ock NJA 1966 s. 475 och den "återbäringsskyldighet" som i målet var aktuell för Zachrisson. Se om målet i avsnitt 14.6.4 nedan.

[268] Referatet s. 622.

[269] Se närmare avsnitt 14.6.4 nedan.

grund att "överlåtelsen av fordran mot ICA-matmarknad vore att betrakta som ogiltig i förhållande till bolaget och att denna ogiltighet kunde göras gällande även mot ICA-matmarknad".[270]

HD besvarar frågan på följande vis:[271]

"Omständigheter föreligger, vilka talar för att Inga Gustafsson måste ha förstått,[272] att Lagerström avsåg att finansiera aktieköpet genom uttag från bolaget på sätt som skett. Om så var fallet har tydligen den mellan Lagerström och Inga Gustafsson träffade överenskommelsen om överlåtelse av fordran mot ICA-matmarknad – vilken ingått som led i verkställandet av den av Lagerström gjorde olovliga vinstutdelningen – varit ogiltig enligt grunderna för 73 § 2 mom. aktiebolagslagen (jfr Rodhe a.a. s. 101).[273]

För att ogiltighet av överlåtelse av fordran skall kunna åberopas mot gäldenär i fordringsförhållandet som erlagt betalning till förvärvaren torde enligt allmänna regler – om ogiltigheten ej är av viss grövre art – få krävas, att gäldenären då betalningen skedde ägde kunskap om de omständigheter som medförde ogiltigheten eller hade skälig anledning till misstanke därom (30 § skuldebrevslagen).

Klart är att ICA-matmarknad ägt kännedom om att överlåtelsen skedde för att Lagerströms skuld till Inga Gustafsson skulle likvideras; detta framgår av den till ICA-matmarknad överlämnade fullmakten. Härutöver måste emellertid krävas att ICA-matmarknad också ägt kännedom om att Lagerström var insolvent eller – möjligen – att ICA-matmarknad måste misstänka att så var förhållandet. Stöd för att sådan kännedom eller misstanke faktiskt förelegat hos ICA-matmarknad finns ej i målet. Det kan ej heller krävas att ICA-matmarknad, som vid äventyr av dröjsmålsansvar haft att fullgöra betalning av förfallen gäld, skolat göra särskilda undersökningar för att förvissa sig om hur det förhöll sig med nämnda fråga.

Av vad nu sagts framgår att mot ICA-matmarknad ej kan göras gällande, att företaget verkställt betalning enligt en överlåtelse, som på förut anförda grunder var ogiltig, och därför måste betala på nytt till bolagets konkursbo."

NJA 1976 s. 618 ger otvivelaktigt stöd för uppfattningen att utbetalningar som inkräktar på bundet eget kapital (12:2 1 st. ABL) är ogiltiga och att ogiltigheten enligt gällande rätt bör anses komma till uttryck i 12:5 1 st.

[270] Referatet s. 623.

[271] Referatet s. 623f. Se ock minoriteten på s. 626.

[272] Min not. För bristtäckningsansvar för aktieägare krävs uppsåt eller grov oaktsamhet. Det senare ligger ondtroskravet "måste insett" nära. Se avsnitt 14.3.

[273] Min not. Hänvisningen avser Rodhe, Aktiebolagsrätt, 8 uppl. 1976. I sak synes hänvisningen avse den analoga tillämpningen av principen om skyddet för det bundna egna kapitalet vid vederlagsfria utbetalningar till utomstående. Möjligen kan HD i stället ha haft i åtanke rättsföljderna vid överträdelser av låneförbudet samtidigt som dispositionen strider mot nyss nämnda princip. Rodhe framhåller härvidlag att om lånet "tillika är olovlig förtäckt vinstutdelning inträder vanliga påföljder härav". Den senare förklaringen till hänvisningen förefaller emellertid inte särskilt sannolik, då den ju egentligen inte berör den i citatet aktuella rättsfrågan.

1 meningen ABL (jfr hänvisningen på s. 623 i referatet till "ogiltig enligt grunderna för 73 § 2 mom." 1944 års lag[274]).[275] Motivet till att ogiltigheten beskrivs som svag[276] – trots att det rörde sig om överträdelse av tvingande lag uppställd i tredje mans intresse – synes ha varit att "tre parter" var inblandade (jfr 29–31 § AvtL). *Aktieförvärvaren Bengt L* (B) överlät *bolaget* (A) tillkommande fordringar till *aktieöverlåtaren Inga G* (C). *Inga G "måste ha förstått"*[277] att Bengt L avsåg att finansiera aktieköpet genom uttag från bolaget (A) på sätt som skett (se närmare ovan). Den mellan Bengt L och Inga G träffade överenskommelsen om överlåtelse av fordran mot ICA-matmarknad – vilken ingick som ett led i verkställandet av den av Lagerström gjorda olovliga vinstutdelningen – var tydligen på grund av Inga G:s onda tro ogiltig enligt grunderna för 73 § 2 mom. 1944 års lag.[278] Omständigheterna liknar de som gäller för att ogiltighet enligt 29–31 § AvtL skall kunna göras gällande gentemot en tredje medkontrahent: Den gentemot vilken rättshandlingen (fordringsöverlåtelsen) företogs – Inga G (C) – måste ha förstått att den som företog rättshandlingen (bolaget A), olovligen blivit berövad egendom genom rättshandlingen, vilken ingick som ett led i den av annan (Bengt L – B) verkställda olovliga vinstutdelningen.

Ytterligare ett rättsfall varav det framgår att utbetalningar som inkräktar på bundet eget kapital är ogiltiga och att ogiltigheten enligt gällande rätt får anses komma till uttryck i 12:5 1 st. 1 meningen ABL (73 § 1 och 2 mom. 1944 års lag) är NJA 1980 s. 311. Målet har har jag refererat utförligt i det föregående. Se avsnitt 9.6.2.1 ovan. Ett bolag hade fått ställa viss sin egendom som säkerhet för aktieförvärvarnas skuld till säljaren av aktier på grund av köpet av dessa. Fråga var om säkerställandet var att betrakta som vederlagsfritt och om det stod i strid mot 73 § 1 mom. 1944 års lag. Svaret på den första frågan var jakande och HD fann att möjligheten att göra en giltig pantsättning begränsas av att pantsättningen måste hålla sig inom ramen för vad som utgör bolagets utdelningsbara vinstmedel samt att detsamma skulle

[274] 73 § 2 mom. 1 st. 1944 års lag hänvisade bl.a. till 73 § 1 mom. samma lag, där principen om skyddet för det bundna egna kapitalet kom till uttryck (jfr 12:2 1 st. ABL).

[275] Annorlunda Lindskog i SvJT 1992 s. 103f. Lindskog anser att hänvisningen till grunderna för 73 § 2 mom. 1944 års lag, dvs. 12:5 ABL, är en "onödig omskrivning" – se a.a. s. 104 not 35 och jfr Lindskog i SvJT 1994 s. 113f – och att ogiltigheten tydligen grundar sig på den äldre motsvarigheten till 8:14 ABL i 93 § 1 st. 1944 års lag. För egen del har jag svårt för att acceptera att hänvisningen till 73 § 2 mom. 1944 års lag (12:5 ABL enligt gällande rätt) skulle vara en onödig omskrivning, när det i själva verket är så att en hänvisning till 93 § 1 st. 1944 års lag (8:14 ABL enligt gällande rätt) framstår som en i högsta grad "onödig" förklaringsmodell. Se ovan avsnitt 12.4 och föregående not samt nedan avsnitt 13.4.3 not 135.

[276] Jfr referatet s. 623f och hänvisningen till 30 § SkbrL samt ytterligare nedan. Det skulle i det närmaste vara fråga om svag ogiltighet som samtidigt kan klassificeras som nullitet; jfr Karlgren ovan.

[277] Jfr beträffande ondtroskravet vad som krävs för att aktieägare skall bli bristtäckningsskyldiga.

[278] Jfr i sammanhanget Karlgren i NJA 1951 s. 6 I på 30 återgivet ovan och not 275 ovan.

gälla om bolaget fått ikläda sig borgen till säkerhet för annans skuld.[279] Ett bolags pantsättning för en fordran av nämnt slag blir giltig i den mån pantsatt egendom svarar mot vid tidpunkten för pantsättningen utdelningsbart belopp. "I övrigt blir pantsättningen ogiltig. Det bör anmärkas, att ogiltigheten måste anses bestå, även om bolaget senare skulle få ytterligare belopp till förfogande för vinstutdelning; vill man att panthavaren skall kunna ta i anspråk däremot svarande, ytterligare del av pantegendomen, måste alltså en ny pantförskrivning äga rum".[280]

I målet hade det pantsättande bolaget vid tidpunkten för pantsättningen disponibla vinstmedel till ett mindre belopp. Säkerställandet var giltigt och medförde förmånsrätt i bolagets konkurs med detta belopp. I övrigt kunde säkerställandet inte göras gällande i bolagets konkurs.[281]

Slutligen skall nämnas NJA 1990 s. 343. I målet hade ett dotterbolag lämnat penninglån till sitt moderbolag om drygt 10,5 milj kr. Därtill kom att dotterbolaget hade ett återkrav gentemot moderbolaget avseende erlagd köpeskilling för ett ogiltigt fastighetsförvärv. Rättsfrågan var huruvida berörda "penninglån" kunde anses innefatta olovlig förtäckt utdelning (utbetalning) från dotterbolaget till moderbolaget och om en sedermera ingången ackordsöverenskommelse mellan dotterbolaget och moderbolaget, varigenom dotterbolaget beviljade moderbolaget ett ackord motsvarande i stort sett det sammanlagda värdet av dotterbolagets fordringar gentemot moderbolaget, var ogiltig.

HD fann att lån, som ett aktiebolag lämnar aktieägare, skall anses innefatta förtäckt vinstutdelning (utbetalning), om aktieägarens ekonomi vid lånetillfället är sådan att återbetalning inte kan påräknas. Vid bedömningen av om ackordsöverenskommelsen var *ogiltig* på grund av att lånen innebar olovlig förtäckt vinstutdelning (utbetalning) var det i första hand av betydelse huruvida moderbolaget, när lånen lämnades, hade så svag ekonomi att det inte kunde påräknas att lånen skulle återbetalas.[282] HD fann att moderbolagets ekonomiska ställning vid tidpunkten då lånen lämnades var så bräcklig att dotterbolagets fordringar med anledning av lånen redan från början måste anses ha varit värdelösa. Lånen hade alltså inneburit förtäckt vinstutdelning (utbetalning) från dotterbolaget till moderbolaget. Eftersom dotterbolaget saknade utdelningsbara medel hade lånen lämnats i strid med 12:1–2 ABL. Moderbolaget var enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL skyldigt att återbetala lånebeloppen. Ackordsöverenskommelsen var ogiltig och dotterbolaget ägde bevaka ett belopp motsvarande vad som omfattades av ackordsöverenskommelsen i moderbolagets konkurs.[283]

Sammantaget synes rättsläget de lege lata vara det att utbetalningar till

[279] Referatet s. 316.
[280] Referatet s. 319.
[281] Referatet s. 319.
[282] Referatet s. 348f.
[283] Referatet s. 350f.

aktieägare som tar i anspråk mer än vad som utgör fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL är ogiltiga och att ogiltigheten kommer till uttryck i 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Förmodligen innebär ogiltigheten i förevarande fall liksom eljest att vad som utbetalats kan krävas åter. Kan tillgångar som har varit föremål för en värdeöverföring inte återbäras torde aktieägarna vara ersättningsskyldiga motsvarande värdet av utbetalningen. Dessutom synes aktieägarna kunna bli skadeståndsskyldiga om och i den utsträckning det behövs för att försätta bolaget i samma situation som om någon aktiebolagsrättslig utbetalning aldrig hade företagits (negativa kontraktsintresset).[284]

> Skulle en tillgång som har varit föremål för en olovlig utbetalning (t.ex. ett sakvärde) ha skadats eller förstörts genom en vådahändelse (t.ex. brand) torde den allmänna principen vara att återbäringsskyldig utbetalningsmottagare, som inte är i god tro enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL, ändå blir ersättningsskyldig.[285] Således torde en kasushändelse efter ett olovligt förfogande drabba utbetalningsmottagaren och inte bolaget.

Huruvida ogiltigheten har sakrättsliga rättsverkningar är osäkert. Av allmänna principer följer att så normalt är fallet vid andra typer av ogiltighet.[286] Därför bör man kunna anta att ogiltigheten också har sakrättsliga rättsverkningar i förevarande fall.[287] Bolaget A:s rätt att göra gällande ogiltighet mot aktieägaren B består med avseende på egendom som omfattas av ogiltigheten, då denna övergår från B till C. Part utanför det aktierättsliga rättsförhållandet mellan A och B åtnjuter först skydd om han har gjort ett exstinktivt godtrosförvärv enligt lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre eller motsvarande regler för annan slags egendom.[288] I annat fall har bolaget vindikationsrätt. Bolaget har vidare separationsrätt i B:s konkurs för egendom som omfattas av ogiltigheten och sådan egendom kan inte utmätas för B:s skulder.

> Jfr i sammanhanget NJA 1966 s. 475 och härom avsnitt 14.6.4 nedan.

[284] Mottagaren torde dock ha rätt till ersättning för nödvändig men inte nyttig kostnad. Se JFK 12:5-4.3.2 (s. 105) och Hellner, Obehörig vinst s. 366ff.

[285] Jfr Agell, Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom s. 221ff med vidare hänvisningar och Bramsjö, Om avtals återgång s. 234ff, särskilt s. 244ff. Annorlunda Lindskog, JFK 12:5-4.3.1 (s. 105).

[286] Se bl.a. SOU 1965:14 s. 44ff och Hessler, Allmän sakrätt s. 170ff samt NJA 1985 s. 178 på s. 192.

[287] Jfr särskilt Lindskog i SvJT 1992 s. 91f och JFK 12:5-5.2 (s. 109f). Jfr ock Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 229 och i någon mån NJA 1993 s. 641 på s. 644f (rättsfallet har kommenterats av Lindskog i JT 1993–94 s. 826ff). Annorlunda Kleineman, JT 1994–95 s. 430ff och jfr därtill nedan i fråga om ett av Kleineman avgivet utlåtande.

[288] Se om ondtroskravet avsnitt 13.4.4 och 13.5 nedan.

Hovrätten för Övre Norrland har i en dom avkunnad 1994-12-01 DT 2067 (mål nr T 11/93) prövat frågan om ett bolag äger *vindicera* pengar som utbetalats i strid mot 12:2 1 st. ABL från annan än den ursprunglige utbetalningsmottagaren.[289]

De faktiska omständigheterna i målet var i korthet följande: Förvaltnings AB Valcon i Sundsvall (härefter Valcon) förvärvade i maj 1987 aktierna i Söderlunds Måleri AB i Sundsvall. Efter förvärvet ändrades bolagets firma till Leasing Consult SÖMÅ AB (härefter Sömå). Vidare ändrades bolagsordningen så att bolaget därefter medgavs rätt att bedriva leasingverksamhet. Vid tidpunkten för förvärvet av aktierna i Sömå ägde Valcon ytterligare ett antal aktiebolag, däribland Leasingconsult JOW AB (härefter LC). LC hade på kort tid byggt upp en omfattande leasingverksamhet avseende främst skogsmaskiner. Leasingkontrakten pantförskrevs som säkerhet för lån i Sparbanken Norrland, numera Sparbanksgruppen Norrland AB (härefter Banken). Aktierna i Valcon ägdes av Wiklund och Oikari med hälften vardera. Wiklund och Oikari bildade i maj 1987 var sitt aktiebolag – Exprim AB respektive Trissprim AB. Vardera bolaget hade ett aktiekapital om 50000 kr. Exprim och Trissprim förvärvade den 30 juni 1987 av Valcon hälften var av samtliga aktier i bl.a. Sömå och LC.

Under senare hälften av oktober 1987 förändrades bolagsbilden genom apportemissioner, varvid tidigare av LC pantförskrivna leasingkontrakt nyttjades som apportegendom. Banken frisläppte temporärt enligt intyg den 19 november 1987 panträtten (som utgjorde säkerhet för bankens lån till LC) i leasingkontrakt till ett värde om 32 milj kr till LC. Dessa kontrakt såldes av LC med hälften till Exprim för 16 milj kr och med hälften till Trissprim för 16 milj kr. Likviden erlades genom överlämnande av skuldebrev. Sömå ökade härefter sitt aktiekapital med 32 milj kr genom en riktad emission till sina ägare Exprim och Trissprim, som betalade apportlikviden med de förvärvade leasingkontrakten. Leasingkontrakten, som nu tillhörde Sömå gick omedelbart tillbaka till Banken som säkerhet för en checkräkningskredit som Sömå tog upp den 22 oktober 1987 på 32030000 kr. Vid exakt samma tidpunkt lånade LC beloppet av Sömå och nedamorterade sin kredit i banken med exakt samma belopp. Den 29 oktober skedde en riktad nyemission i LC med aktierna i Sömå som apportegendom.[290]

Ett belopp om 32030000 kr hade således tillförts Sömå genom en checkräkningskredit från Banken och omedelbart därefter överförts till LC:s konto för amortering av LC:s checkräkningskredit hos banken. Vid den tidpunkt Sömå lånade ut 32030000 kr till LC hade Sömå enligt den senaste fastställda balansräkningen ett fritt eget kapital om 1370432 kr. Det ifrågavarande lånebeloppet översteg följaktligen utdelningsbart belopp med 30659568 kr.

[289] Målet är för närvarande underställt HD för eventuellt meddelande av prövningstillstånd.

[290] Beskrivningen baserar sig på konkursförvaltarens beskrivning.

Hovrätten fann att LC:s ekonomiska ställning vid lånetillfället den 22 oktober 1987 var sådan att någon återbetalning av lånet inte var möjlig. Det förhållandet att Sömå:s lån till LC inte var förenat med sedvanliga lånevillkor i fråga om amortering, räntebetalning m.m. tydde enligt hovrätten närmast på att någon återbetalning över huvud taget inte förutsattes i samband med transaktionen. Sömå:s fordran på LC hade med hänsyn till det anförda praktiskt taget saknat värde och Sömå:s överföring av medel till LC utgjorde "förtäckt olovlig vinstutdelning" med ett belopp om 30659568 kr. Vid sådant förhållande var LC återbäringspliktigt för angivna belopp enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL (LC:s ställföreträdare var inte i god tro enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL).[291] (Enligt hovrätten kan 12:1–2 och 5 tillämpas analogt vid utbetalning till annan än aktieägare i sådana fall då mottagaren antingen är en bolaget närstående fysisk eller juridisk person eller i vart fall har en viss anknytning till bolaget.[292])

Såsom andrahandsgrund[293] för förstahandsyrkandet avseende bankens betalningsskyldighet gjorde konkursboet gällande att "bankens betalningsskyldighet följer av att banken – genom dess behöriga ställföreträdare – hade vetskap om att medlen olovligen uttogs från Sömå".[294] Vid sådant förhållande skulle enligt allmänna rättsgrundsatser föreligga skyldighet för banken, som efter överföring tillgodogjort sig medlen, att återbetala dessa till konkursboet.[295]

Hovrätten förstod konkursboets andrahandsgrund som så att konkursboet gjorde gällande att de penningmedel som Banken mottagit av LC såsom amortering av detta bolags checkräkningskredit hos Banken av LC dessförinnan förvärvats genom ett lån som var olovligt enligt "12 kap. 1 och 2 §§ samt 5 § första stycket ABL". Konkursboet hade påstått att LC:s fång till följd därav var ogiltigt. Eftersom konkursboet åberopat allmänna rättsgrundsatser kunde vid sådant förhållande dess andrahandsgrund enligt hovrätten inte förstås på annat sätt än att konkursboet förde en *vindikationstalan mot Banken under påstående att Banken med vetskap därom förvärvat penningmedel som LC olovligen åtkommit.*[296]

Hovrätten gjorde, som framgått, den bedömningen, att Sömås överförande av medel till LC till ett belopp om 30 659 568 kr utgjorde en "olovlig förtäckt vinstutdelning". Det var i målet också klarlagt att det för vindikation nödvändiga identitetskravet var uppfyllt, eftersom de penningmedel som genom Sömås lån till LC tillgodoförts LC använts för att amortera LC:s checkräkningskredit till Banken och sålunda kommit Banken till godo. Det

[291] Domen s. 13f och se beträffande godtrosfrågan domen s. 14f. Hovrätten tillämpade alltså inte 8:14 ABL, som Lindskog menar att man skall göra.

[292] Domen s. 11.

[293] Förstahandsgrunden för förstahandsyrkandet grundade sig på bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL. Se härom avsnitt 14.2.2 nedan.

[294] Domen s. 3 och s. 20.

[295] Domen s. 3.

[296] Domen s. 20.

spörsmål som då uppkom, och vilket hovrätten hade att ta ställning till, var om rättshandlingen mellan Sömå och LC var ogiltig och rättsliga förutsättningar förelåg för att på vindikationsrättslig grund förplika Banken att – därest Banken varit i ond tro på det sätt konkursboet påstått – återbetala nämnda belopp.

Hovrätten återger i det följande vad som anförts i rättspraxis och doktrin. Vad beträffar rättspraxis anförs NJA 1976 s. 618 och det faktum att HD i detta mål fann att den mellan aktieförvärvaren och aktieköparen träffade överenskommelsen om överlåtelse av fordran mot ICA-matmarknad – vilken ingick som ett led i verkställandet av den av aktieförvärvaren gjorda olovliga vinstutdelningen – varit ogiltig enligt grunderna för 73 § 2 mom. 1944 års lag. Se härom ovan.

I fråga om litteraturen på området berörs bl.a. ett mycket uppmärksammat uttalande av Rodhe.[297] Allmänt sett framhåller Rodhe att bristtäckningsskyldigheten enligt 12:5 2 st. ABL åvilar den som medverkat till den olovliga utbetalningen, alldeles oavsett om han för sin del haft någon glädje av denna. Man kan enligt Rodhe emellertid också räkna med att en skyldighet att fylla brist kan åvila en person, som visserligen inte har inom bolagets ram medverkat till den olovliga utbetalningen, men som likväl är inblandad i saken på så sätt, att de olovligen utbetalda medlen från aktieägaren förts vidare till honom. Om denna utomstående person mottagit medlen med vetskap om att de olovligen uttagits ur bolaget, skulle han åtminstone under vissa omständigheter kunna bli skyldig att återbetala dem till bolaget.

Rodhe diskuterar särskilt det fallet[298] att en ägare av ett enmansaktiebolag säljer sina aktier på kredit till en köpare, som inte har möjlighet att betala köpeskillingen av egna medel. Aktierna överlämnas till köparen och denne inträder såsom styrelse för bolaget i säljarens ställe. Köparen tar nu olovligen ut medel från bolaget och betalar med dessa köpeskillingen. Om säljaren när han tog emot dessa medel visste, att de var olovligen uttagna ur bolaget, så är han enligt "domstolarnas praxis"[299] skyldig att återbetala dem till bolaget eller dess konkursbo, om det behövs för att fylla brist som uppkommit när krav riktas mot köparen.

Enligt Rodhe befinner man sig här utanför tillämpningsområdet för reglerna i ABL om medverkan till olovlig utbetalning. I stället sägs man ha kommit i kontakt med "allmänna regler om påföljden av att någon tar emot pengar från en annan person som honom veterligen åtkommit pengarna på olovligt sätt". Därefter hänvisas ("Jfr") till 9:6 BrB om straff för *häleri*, bestående i att någon "bereder sig otillbörlig vinning av annans brottsliga förvärv". Det (nu) diskuterade fallet skulle ha "en viss likhet med hälerisituationen".[300]

[297] Se Aktiebolagsrätt s. 228f.

[298] Jfr NJA 1966 s. 475 och härom ovan men utförligare i avsnitt 14.6.4.

[299] Se föregående not.

[300] Se om uttalandet avsnitt 14.6.4 ovan.

Förutom Rodhe uppmärksammas Lindskog.[301] Lindskog hävdar att om den som är återbäringsskyldig mot bolaget säljer vad är skyldig att återbära uppkommer fråga om vindikation. Om rätt till vindikation föreligger är också förvärvaren "återbäringspliktig". Denna "återbäringsplikt" vilar i så fall på andra rättsgrundsatser än återbäringsplikten i första ledet (vare sig denna är att anse som "ett utflöde ur 12:5 1 st. eller 8:14"). Hovrätten tolkar formuleringen "ett utflöde ur 12:5 1 st" som att härmed avses att lagregeln inte är tillämplig enligt sin ordalydelse. Vidare förstår hovrätten Lindskog som att denne menar att rättshandlingen i fråga blir ogiltig även vid en analog tillämpning av 12:5 1 st. ABL.[302]

Slutligen berörs ett av Kleineman avgivet utlåtande i målet.[303] Kleineman gör gällande att frågan om ogiltighet skall anses föreligga beträffande en rättshandling som innebär en överträdelse av ett lagstadgat förbud får besvaras från fall till fall. Under hänvisning till NJA 1992 s. 717 hävdar Kleineman, att de dömande organen härvid står tämligen fria och att med den normskyddsbedömning som HD i det målet tillämpade beträffande kredigivares ställning när det gäller låneförbudet i 12:7 ABL det vore rimligt att ogiltighetsbedömningen utfördes på ett motsvarande sätt vid otillåten vinstutdelning. Kleineman hävdar även att det förhållandet att ogiltigheten är obligatorisk enligt 12:5 men inte enligt 12:7 ABL saknar betydelse, eftersom det i förstnämnda stadgande är fråga om aktieägare, vilket inte är fallet i det nu aktuella målet, samt att den på vindikation från tredje man baserade ogiltigheten över huvud taget inte ryms i ABL:s system.

Hovrätten ansåg att "av vad sålunda redovisats ur rättspraxis och doktrinen rättsläget får uppfattas så att civilrättslig ogiltighet föreligger även beträffande en rättshandling som är olovlig med tillämpning av grunderna för 12 kap. 5 § första stycket ABL" (såvitt jag förstår hovrättens domskäl avses med "grunderna för" 12:5 1 st. jämfört med 12:2 1 st. ABL; däremot ansåg hovrätten tydligen inte att civilrättslig ogiltighet kunde vara "ett utflöde ur" 8:14 ABL eller åtminstone att detta inte var en nödvändig förklaringsmodell[304]). Vad beträffar det av Kleineman åberopade rättsfallet NJA 1992 s. 717 ansåg hovrätten inte att man *i förevarande avseende* kunde "dra så långtgående slutsatser av rättsfallet som" denne gjort. Hovrätten fann "därför på grund av det anförda att banken, som övertagit penningmedel som LC olovligen bekommit, är återbäringsskyldig, om banken vid mottagandet av penningmedlen varit i ond tro på det sätt konkursboet påstått, nämligen att banken, genom sina behöriga ställföreträdare, *hade vetskap om att medlen olovligen uttagits från SÖMÅ*" (min kursivering).[305] Hovrätten

[301] JFK 12:5-5.2 (s. 109) och domen s. 21.

[302] JFK 12:5-5.2 (s. 109) och domen s. 22.

[303] Domen s. 22. Jfr Kleineman, JT 1994–95 s. 430ff och härom utförligare nedan.

[304] Se däremot tingsrättens dom s. 19f jämfört med s. 17f. Se Umeå tingsrätts dom 1992-12-10 DT 487 (mål nr T 26/90).

[305] Domen s. 22f.

fann i målet att det inte var visat att företrädare för banken vid mottagandet av betalningen från LC haft vetskap om att medlen olovligen uttagits från Sömå och att till följd därav en civilrättsligt ogiltig rättshandling förelegat.[306] Konkursboets talan vann därför inte bifall på den i andra hand åberopade grunden.[307]

Försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL är liksom 12:2 1 st. ABL uppställd i tredje mans intresse. Av denna orsak bör utbetalning av utdelning i strid mot försiktighetsregeln betraktas som ogiltig och ogiltigheten bör medföra samma rättsverkningar som vid utbetalning av utdelning som tar i anspråk mer än vad som utgör fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL. Ogiltighet torde vidare komma i fråga vid utbetalning av utdelning där resultaträkning (och) eller balansräkning[308] saknas *eller* resultaträkning (och) eller balansräkning aldrig har blivit fastställd (jfr 12:2 1 st. med 9:5 2 st. p. 1 ABL). Och detsamma bör gälla med avseende på motsvarande brister i fråga om koncernresultaträkning och koncernbalansräkning. Likaså synes utbetalning av utdelning i strid mot styrelsens vetorätt (12:3 1 st. 2 meningen ABL och utbetalning av utdelning i förskott leda till ogiltighet (jfr 12:2 1 st. ABL). Se emellertid beträffande "läkning" av ogiltighet ovan avsnitt 12.3.2.1 och avsnitt 12.3.2.3.3.

Det är de lege lata osäkert om ogiltighet uppkommer vid utbetalningar till aktieägare i samband med lagstridig nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden eller uppskrivningsfonden. För egen del tror jag att man mot bakgrund av det åsyftade tredjemansskyddet, och att ogiltighet inträder vid utbetalningar som inkräktar på det bundna egna kapitalet sådant detta skyddas av 12:2 1 st. ABL, kan utgå från att olovliga utbetalningar av angivet slag är ogiltiga.

Vad beträffar verkställd utskiftning (utbetalning vid likvidation) före det att den i kallelsen på okända borgenärer utsatta inställelsedagen är förbi och all veterlig gäld blivit betald följer inte av plenimålen NJA 1922 s. 137 I och II att rättsföljden inte är ogiltighet (avser 112 § 2 st. 2 meningen 1910 års lag; se ovan). I gällande rätt stadgas återbäringsskyldighet vid olovlig verkställd utskiftning i 12:5 1 st. 1 meningen ABL. De lege lata finns det systematiska skäl som talar för att samma rättsverkningar – i följd av ogiltighet – bör inträda vid utbetalningar i strid mot 13:13 1 st. ABL som vid andra typer av utbetalningar i strid

[306] Se närmare om denna prövning domen s. 23f.

[307] Domen s. 24.

[308] Någon balansräkning före bolagets konkurs blev aldrig upprättad i NJA 1976 s. 618 och därför saknades utdelningsbara vinstmedel.

mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse.[309] Till skillnad från 112 § 2 st. 2 meningen 1910 års lag och 163 2 st. 1 meningen 1944 års lag föreskrivs inte heller i 12:5 1 st. 1 meningen ABL, att återbäringsskyldighet på grund av olovlig verkställd utskiftning blott aktualiseras i händelse av bolagets oförmåga att fullgöra sina förbindelser. 12:5 1 st. 1 meningen ABL föreskriver återbäringsskyldighet vid utbetalningar i strid mot ABL, dvs. vad avser 13:13 1 st. ABL utbetalningar för det att den i kallelsen på okända borgenärer utsatta inställelsedagen är förbi och all veterlig gäld blivit betald.

Utbetalningar till aktieägare som grundar sig på en i oväsentligt hänseende felaktigt upprättad resultaträkning eller balansräkning torde inte vara ogiltiga. Förutsatt att aktieägarna över huvud taget är återbäringsskyldiga[310] är det tillräckligt att de ersätter bolaget med ett belopp som motsvarar vad som i en korrekt upprättad balansräkning, vilken grundar sig på en korrekt upprättad resultaträkning, utgör icke utdelningsbart eget kapital.[311]

De lege lata är det beträffande tillämpningen av 12:5 1 st. 1 meningen ABL vid utbetalning av utdelning i strid mot funktionsfördelningen mellan bolagsorganen – dvs. utan stämmobeslut eller samtliga aktieägares samtycke – oklart, om återbäringsskyldigheten skall förstås som rättsföljden av att utbetalningen är ogiltig. Utbetalningar som beslutas och verkställs av styrelsen eller verkställande direktören i strid mot funktionsfördelningen mellan bolagsorganen innefattar ett rättshandlande för bolaget i avsaknad av behörighet och befogenhet. Av allmänna principer följer att rättshandling som mellanman i avsaknad av behörighet företar å sin huvudmans vägnar är oförbindande för huvudmannen. Med hänsyn till att principen om att bolagsstämman har att fatta beslut om vinstutdelning är uppställd i aktieägarnas intresse framstår det som riktigt att betrakta – om andra bolagsorgan än bolagsstämman fattar beslut om och verkställer vinstutdelning – återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL som ett uttryck för att dylika utbetalningar är ogiltiga. Motsvarande bör gälla beträffande utbetalningar till aktieägare i strid mot likhetsprincipen i 3:1 1 st. ABL.

Sammanfattningsvis synes det som om återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL återspeglar det faktum att utbetalningar i strid mot

[309] Se för en argumentation i motsatt riktning, och vars värde består i gällande rätt, Kappaffärsbolaget i NJA 1922 s. 137 I på s. 138f och Kullagerbolaget i NJA 1922 s. 137 II på s. 140f.

[310] SOU 1941:9 s. 285 och SWN s. 181. Jfr ock SOU 1941:9 s. 642 not 1 samt Lindskog JFK 12.2-5.2.3 (s. 49).

[311] Se SOU 1941:9 s. 285 och SWN s. 181.

bestämmelser i ABL är ogiltiga (alternativ 1 ovan).[312]

Gentemot rättsläget de lege lata – såvitt det nu går att fastställa – skulle jag vilja ifrågasätta om det verkligen är nödvändigt att uppfatta återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL som ett uttryck för rättsärendets ogiltighet med de rättsverkningar som följer av allmänna principer om avtal och andra rättshandlingars ogiltighet. Varför måste en olovlig utbetalning nödvändigtvis medföra att bolagets prestation och eventuellt aktieägarens motprestation (förtäckt utbetalning av utdelning) skall återgå? Och varför bör det i ABL åsyftade skyddet för tredje man och bolagets aktieägare väga tyngre än tredjemansskyddet på utbetalningsmottagarens sida (sakrättsliga rättsverkningar)?

Som skäl för att 12:5 1 st. 1 meningen ABL skall anses återspegla det faktum att utbetalningar i strid mot ABL är ogiltiga med de rättsverkningar som följer av allmänna principer är det nödvändigt att åberopa skyddet för aktieägarna respektive tredje man. Det avsedda skyddet för aktieägarna respektive tredje man syftar i förevarande avseende dock inte till att skydda den specifika egendom – vare sig det är pengar eller annan egendom – som frånhänts bolaget. Vad bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse försöker åstadkomma är att *värdet av bolagsförmögenheten* förblir intakt. Skyddet för tredje man såsom bolagets borgenärer åstadkoms genom att *värdet* av bolagets tillgångar överstiger *värdet* av skulderna med ett visst belopp. I fråga om skyddet för aktieägarna syftar likhetsprincipen till – bedömt ur aktieägarsynpunkt – att garantera att ingen aktieägare erhåller ett belopp (*värde*) som utdelning som överstiger det belopp (*värde*) vartill han är berättigad i förhållande till andra aktieägare (lika för varje aktie inom samma aktieklass). Varken skyddet för tredje man eller bolagets aktieägare kan därför enligt min uppfattning åberopas till stöd för att återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL återspeglar de rättsverkningar – *obligationsrättsligt och sakrättsligt* – som i allmänhet ifrågakommer vid ogiltiga rättshandlingar.[313] För att tillgodose skyddet för aktieägarna respektive tredje man är det *tillräckligt* att en aktieägare som mottagit en olovlig utbetalning blir ersättningsskyldig med ett belopp som motsvarar värdet av vad han olovligen uppburit från bolaget (alternativ 3 ovan). En värdeersättningsskyldighet som sträcker sig så långt som det behövs för att tillgodose de skyddssyften som uppbär den regel, vilken utbetalningen strider mot.

[312] Jfr prop. 1975:103 s. 484: "/.../ att påföljden av en olovlig utbetalning är att mottagaren skall lämna tillbaka vad han uppburit." Jfr dock SOU 1971:15 s. 320: "/.../ att mottagaren måste återbära vad han erhållit, eller det belopp som överstiger vad han lagligen ägt uppbära."

[313] Jfr ock Kleineman, JT 1994–95 s. 430ff.

Enligt min mening kan en lösning av nämnt slag mycket väl kombineras med en allmän princip om att olovliga aktiebolagsrättsliga utbetalningar är ogiltiga; jfr t.ex. pantsättningen i NJA 1980 s. 311 (detsamma måste gälla beträffande borgensförbindelser), ackordsöverenskommelsen i NJA 1990 s. 343 (efterföljande rättshandlingar) och fordringsöverlåtelsen i NJA 1976 s. 618 (varvid ogiltigheten av bolaget i och för sig kunde göras gällande gentemot fordringsgäldenären enligt 30 § skuldebrevslagen). I princip skulle man sålunda kunna utgå från ogiltighet men i vissa avseenden begränsa rättsverkningarna av denna. Jfr häremot rättsläget i tysk rätt avsnitt 11.3.1–11.3.3 och 11.3.5 ovan beträffande, å ena sidan, 57 § och 58 § 5 st. AktG och, å andra sidan, 30 § 1 st. GmbHG samt förhållandet till 134 § BGB.

Det kan hävdas att en utbetalning till aktieägare som strider mot reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen bör vara ogiltig. Jag vill mena att det beträffande reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen finns anledning att skilja mellan bestämmelsernas funktion vad angår utbetalningar och andra typer av rättshandlingar. Måhända är det rimligt att vanliga rättsverkningar av ogiltighet inträder vid andra typer av rättshandlingar än utbetalningar, där bolagsorganen överträder funktionsfördelningen mellan bolagsorganen. I fråga om utbetalningar är det emellertid inte nödvändigt att upprätthålla vanliga rättsverkningar av ogiltighet. Reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen är med undantag för styrelsens vetorätt enligt 12:3 1 st. 2 meningen ABL uppställda i bl.a.[314] aktieägarnas intresse. Skyddet för aktieägarna bygger på en värdeprincip och därför är det tillräckligt med en värdeersättningsskyldighet. (Detta motsägs inte av det faktum att det ankommer på styrelsen och verkställande direktören att tillse att bestämmelser i ABL, vilka är uppställda i bl.a. bolagsborgenärernas intresse, respekteras. Se avsnitt 5.4.6.3 ovan.)

Ett annat argument som talar emot att återbäringsskyldigheten skall förstås som ett uttryck för att utbetalningar i strid mot ABL är ogiltiga med sedvanliga rättsverkningar är de praktiska konsekvenserna. Skulle ett aktiebolag t.ex. företa en olovlig utbetalning av utdelning dels med 100000 kr till en aktieägare, dels med 100000 kr i form av att en tavla traderas till en annan aktieägare, blir konsekvenserna följande: Bolagets återbäringsanspråk torde i det förra fallet i regel förvandlas till ett fordringsrättsligt anspråk underkastat allmänna preskriptionsregler,[315] eftersom de överförda pengarna sällan går att särskilja från mottagarens reste-

[314] Det förhållandet att reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen även syns gagna omsättningsskyddet och tredjemansskyddet talar inte för ogiltighet utan tvärtom för värdeersättningsskyldighet.

[315] Se Lindskog, Preskription s. 87.

rande förmögenhet (specialitetsprincipen). Vad gäller bolagets återkrav avseende tavlan synes mottagaren kunna krävas hur länge som helst, då tavlan går att identifiera.[316] Den praktiska skillnaden mellan återkrav avseende pengar respektive annan egendom blir således betydande. Jag vill mena att det inte är rimligt att återbäringsskyldigheten enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL – oavsett vad som må gälla i andra fall av ogiltighet – får så pass olikartade konsekvenser för mottagarna; det rör sig ju om *ett och samma verkställda utdelningsbeslut*. Det vore systematiskt enklare och mer övertygande att över huvud taget behandla bolagets återkrav enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL som ett obligatoriskt anspråk underkastat sedvanliga preskriptionsregler vare sig utbetalningen består av pengar eller annan egendom.

Det förtjänar dessutom framhållas, att de allmänna principer som gäller beträffande rättsföljderna vid ogiltiga avtal och andra rättshandlingar ingalunda har karaktär av "naturlagar", vilka alltid måste upprätthållas. Som poängteras i den moderna avtalsrättsliga litteraturen är en tendens i det nutida rättslivet att lämna "allt-eller-intet" attityden – vad som kan betecknas som "juristische Zerstörungslust"[317] – och i stället genom jämkningsregler söka utjämna intressemotsättningarna mellan parterna (jfr 36 § AvtL).[318] Denna tendens är inte begränsad till avtalsrätten utan märks inom hela förmögenhetsrätten och för den delen civilrätten över huvud taget (jfr t.ex. 12:1 och 12:3 ÄktB). En tillämpning av 12:5 1 st. 1 meningen ABL som en "intet-lösning" – dvs. ogiltighet med sedvanliga rättsverkningar – är inte något eftersträvansvärt. De lege ferenda bör i varje fall återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL i första hand förstås som en värdeåterbäringsskyldighet, vilken kan kombineras med ogiltighet i andra hänseenden (NJA 1976 s. 618, 1980 s. 311 och 1990 s. 343).[319] Vad nu sagts är även relevant (men i andra avseenden) i fråga om de sakrättsliga rättsverkningarna.[320]

[316] Jfr dock om preskriptionsproblemet i not 252.

[317] Uttrycket är smått klassiskt i tysk bolagsrätt och härrör från Ballerstedt s. 129.

[318] Adlercreutz, Avtalsrätt s. 220 och jfr Grönfors, Avtalslagen s. 138f.

[319] Jfr i viss mån justitierådet Alexanderson i NJA 1933 s. 25 på s. 32 i fråga om condictio indebiti och återkravsrättens omfång. Jfr därtill för en nyanserad bedömning beträffande spelskulder och ogiltighet NJA 1989 s. 768. Se om målet Agell, JT 1989–90 s. 627ff och i här berört hänseende Kleineman, JT 1994–95 s. 455f not 70.

[320] Jfr NJA 1985 s. 178 på s. 192f. HD framhåller bl.a. att den "tveksamhet som kommit till uttryck inom den svenska rättslitteraturen i valet mellan en separationsrätt och en bevakningslösen vid konkurs gäller främst sådana fall, där ett avtal skall återgå på grund av att parts förutsättningar angående något framtida förhållande av betydelse för avtalet har brustit och *vissa andra situationer i vilka det inte alltid framstår som naturligt att parten skall gynnas på bekostnad av motpartens övriga borgenärer, såsom fallet blir om parten tillerkänns separtionsrätt i motpartens konkurs*." (Min kursivering.)

Kleineman[321] har framhållit det mindre tillfredsställande i att (t.ex.)[322] en bank[323] vilken på intet sätt gynnats genom ett uttag ur bolaget i strid mot 12:2 ABL, utan som huvudsakligen medverkat till att sådant uttag kunnat ske, i realiteten trots denna begränsning skulle utgöra det rättssubjekt som i första hand skulle bära den primära "återbäringsplikten" när man inte kommer åt de intressen som verkligen gynnat sig genom vinstutdelning.[324] Det kan i vart fall ifrågasättas om en bank åtminstone borde undgå den antagna ogiltighets- och återgångspåföljden, om bolaget inte lyckades visa att banken borde ha förstått att fråga har varit om otillåten vinstutdelning (i motsats till att det blott skulle krävas att banken bort inse att fråga har varit om ett icke kommersiellt uttag ur bolaget – min anmärkning)[325] eller om bolaget inte lyckades bevisa att det förelegat identitet mellan de pengar som använts för utdelning och de pengar som använts för att återbetala den nytillträdde ställföreträdarens lån till banken.[326]

I det följande diskuterar Kleineman grunden "för att inte bara aktieägare utan även andra betalningsmottagare samt eventuella mottagare i senare led skulle kunna drabbas av återbäringsplikt".[327] Därvid påpekas bl.a. att den form av ogiltighet som aktualiseras vid en vindikationstalan understundom brukar betecknas som sakrättsligt verkande ogiltighet (ogiltigheten har sakrättsliga rättsverkningar med min terminologi).

Vad gäller utbetalningar i strid mot 12:2 ABL och frågan om "sakrättsligt verkande ogiltighet" synes[328] Kleineman mena att en förutsättning för att man skall kunna ge ogiltigheten en acceptabel ställning i den aktiebolagsrättsliga kontexten är att man uppställer en "lära om aktiebolagsrättslig ogiltighet". Denna lära skulle vara besläktad med en s.k. normskyddsanalys (även benämnd "skyddsändamålsanalys") som diskuteras inom skadeståndsrätten och skulle sålunda användas för bedömningen av ogiltighetens omfång vid "bolagsrättsligt kompetensöverskridande" (tydligen menar Kleineman att 8:14 ABL åtminstone i vissa avseende är relevant i sammanhanget; dessvärre har jag inte lyckats tillgodogöra mig *varför* så är fallet – samtidigt med legala förbud – såvida inte detta blott hänger samman med ett

[321] Se närmare JT 1994–95 s. 430ff.

[322] Jfr JT 1994–95 s. 461.

[323] Jfr utlåtande avgivet av Kleineman i nedan nämnda hovrättsmål. Se ock ovan.

[324] JT 1994–95 s. 451.

[325] Se Kleineman JT 1994–95 s. 449f beträffande Lindskog: Jfr Lindskog, JT 1992–93 s. 103 men observera JFK 12:5-5.2 (s. 110).

[326] JT 1994–95 s. 451. Kleineman hävdar att ett sådant skärpt krav skulle ligga väl i linje med de nya reglerna om mottagarens återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL, som innebär att utbetalningsmottagaren endast kan åläggas återbäringsskyldighet om bolaget visar att denne insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL. Jfr art. 16 i det andra bolagsdirektivet. Rättsläget har emellertid inte ändrats med de nya reglerna. Se härom avsnitt 13.2.4 nedan.

[327] JT 1994–95 s. 451.

[328] Jag är inte helt klar över Kleinemans framställning i detta avseende.

åsyftat omsättningsskydd, vilket dock kan tillgodoses [inom ramen för utbetalningsbegreppet och] genom 12:5 1 st. 2 meningen ABL).

Den antydda metoden uppges ha sin utgångspunkt dels i HD:s ogiltighetsanalys i NJA 1992 s. 717, dels i Karlgrens analys i studien "Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angriplighet".[329]

Enligt Kleineman krävs det för en ogiltighetsanalys först att man försöker fastställa vilka intressen som talar för ogiltighet i ett givet val. Med hänvisning till Karlgrens analys i nämnda arbete framhålles att Karlgren kommit till insikt om att normskyddsbedömningen hade direkt tillämpning vid analys av de bolagsrättsliga reglerna givna till borgenärskretsens skydd. Ställs man inför nya och svåra frågor om ogiltighet skall inträda har den som utför normskyddsbedömningen – normalt domstolarna – att först faställa de aktuella ogiltighetsreglernas syfte, därefter analysera om den yrkade ogiltigheten bidrar till dessa intressen och därefter väga andra intressen mot de förra och fastställa om den yrkade ogiltigheten skulle föra för långt såtillvida att andra intressen träds för förnär eller om rentav betydande skador skulle kunna tima om en viss rättshandling förklaras ogiltig.[330]

I polemik med Lindskog framhåller Kleineman att konklusionen "ogiltighet kan inträda" inte innebär att "ogiltighet inträder". Lindskog sägs alltför snabbt avvisa tanken att en närmare ogiltighetsanalys kan leda till ett ifrågasättande av om ogiltighet verkligen "skall inträda" i ett visst fall. Redan Karlgren uppges ha kommit till samma slutsats och HD skulle i NJA 1992 s. 717 ha visat att domstolen anser sig stå tämligen fri vid analysen av ogiltighetssanktionens inträdande vid avtal som ingåtts i strid mot legala förbud.[331]

NJA 1992 s. 717 berör frågan om avtal som ingåtts i strid mot låneförbudet i 12:7 ABL (Kleineman anser att såväl låneförbudet i 12:7 ABL som vinstutdelningsförbudet i 12:2 ABL i grunden är ett uttryck för den allmänna befogenhetsregeln i 8:14 ABL[332]). HD uttalar i NJA 1992 s. 717 att när det gäller den principiella frågan om handlingar, som strider mot lagstadgade och ofta straffbelagda förbud, är ogiltiga har i olika sammanhang getts uttryck åt den uppfattningen, "att något generellt svar inte kan ges utan att frågan får besvaras från fall till fall med beaktande bl.a. av syftet med förbudet".[333] Med utgångspunkt i detta uttalande, vilket enligt Kleineman påtagligt är efter samma mönster som Karlgrens analys,[334] söker sig HD fram till syftet bakom låneförbudet i 12:7 ABL. HD uttalar – som av Kleineman betecknas som *normskyddet* – att bestämmelserna "om låneförbud har till syfte att skydda aktiebolags kapital i borgenärernas intresse".[335]

[329] JT 1994–95 s. 454.
[330] JT 1994–95 s. 456f.
[331] JT 1994–95 s. 458.
[332] JT 1994–95 s. 458.
[333] NJA 1992 s. 717 på s. 727.
[334] JT 1994–95 s. 458.
[335] NJA 1992 s. 717 på s. 727.

Kleineman tolkar detta uttalande som att HD menar att låneförbudet principiellt har samma normskyddsintresse som utdelningsreglerna. Följaktligen är Kleineman beredd att rent principiellt utgå från att samma slutsatser som kan dras avseende ogiltighet vid brott mot låneförbudet bör kunna dras för brott mot utdelningsreglerna.

Vad beträffar låneförbudets effekter på kreditgivarnas ställning uttalar HD – såsom Kleineman förstår domen – att dessa inte ens vid ond tro bör drabbas av ogiltighetspåföljden.[336] HD förefaller vilja begränsa ogiltigheten till fall, "då den rättshandling som strider mot låneförbudet företagits under sådana förhållanden, att den till vars förmån den skett inte har något befogat anspråk på att få åberopa rättshandlingen" (i motsats till fall där frågan om utfästelsens infriande berör "någon tredje man, t.ex. en kreditgivande bank, som har anspråk på att få sin rätt skyddad").[337] Det är härvidlag närmast fråga om fall "då någon som har haft ett bestämmande inflytande över ett bolag medverkat i en överträdelse av låneförbudet till sin egen förmån".[338]

Med hänsyn till att samma rättsliga intresse uppbär låneförbudet som utdelningsförbudet borde inställningen till kreditgivarnas befogade skyddsintresse enligt Kleineman vara detsamma vid tillämpningen av det senare.[339] Sålunda borde återgångsskyldigheten ("återbäringsplikten") vara begränsad för den som *inte är betalningsmottagare* av utdelningen och därför inte fått del av detsamma. Typfallet är en bank vars intresse i en affärstransaktion, som innefattar en utbetalning i strid mot 12:2 ABL, är begränsat till att få behålla det belopp som betalningsmottagaren använt för att lösa *sitt lån* i banken med. Att banken inte är den omedelbart gynnade är enligt Kleineman ett verkligt tungt sakskäl för att banken inte skall drabbas av återbäringsskyldighet annat än när banken har ett verkligt ekonomiskt intresse knutet till betalningsmottagande rättssubjekt. Inte ens vid ond tro beträffande frågan om det bundna egna kapitalet trätts förnär, är ju banken gynnat i annat avseende än att banken fått tillbaka de pengar som lånats ut jämte ränta.[340]

De slutsatser som kommer till uttryck i Kleinemans framställning överensstämmer åtminstone något med vad jag har argumenterat för i det föregående. Ett annat och separat spörsmål är dock om Kleinemans slutsatser har

[336] HD konstaterar i NJA 1992 s. 717 på s. 727 att handlande i strid mot låneförbudet kan arrangeras på olika sätt, t.ex. i flera led med upptagande av krediter och lämnande av säkerheter, varvid den reella innebörden kan framgå mindre tydligt för den som inte deltagit i planeringen. Ett bolag kan t.ex. ställa säkerhet för en kredit, som en bank eller annan kreditinrättning lämnar en person vilken köper aktier i bolaget. HD uttalar därefter följande: "Även om kreditgivaren i det enskilda fallet borde ha förstått vad lånet skulle användas till, skulle det ofta vara alltför ingripande och leda till otillfredsställande resultat om säkerställande i strid med låneförbudet skulle vara ogiltigt. Syftet med bestämmelserna om låneförbud kan inte heller anses kräva en så långtgående effekt."

[337] NJA 1992 s. 717 på s. 727.

[338] NJA 1992 s. 717 på s. 727.

[339] JT 1994–95 s. 460.

[340] JT 1994–95 s. 461.

något stöd dels i HD:s ogiltighetsanalys i NJA 1992 s. 717, dels i Karlgrens analys i studien "Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angriplighet".

Vad gäller sistnämnda arbete synes utgångspunkten för Karlgren ha varit att utbetalningar till i varje fall aktieägare i strid mot (nuvarande) 12:2 1 st. ABL är ogiltiga i åtminstone obligationsrättsligt hänseende (dvs. förhållandet mellan bolaget och aktieägarna). Karlgren uttalar i nämnda arbete bl.a. att behovet av att förstärka effektiviteten av rättsskyddet för tredje man kan motivera, att rättsärendet göres ogiltigt (även) kontrahenterna emellan. Så t.ex. är fallet inom aktiebolagsrätten beträffande förfoganden, som innefattar åsidosättande av vissa "skyddsbestämmelser" till förmån för tredje man (se beträffande Karlgren därtill ovan).[341] Den allmänna principen vid ogiltighet synes vara att ogiltigheten också har sakrättsliga rättsverkningar, och denna princip var Karlgren bekant med.[342] Följaktligen synes det kunna antas, att utbetalningar till aktieägare i strid mot äldre lagbestämmelser svarande mot 12:2 1 st. ABL även med Karlgrens synsätt var ogiltiga och att ogiltigheten hade såväl obligationsrättsliga som sakrättsliga rättsverkningar. Vad särskilt gäller utbetalningar till utomstående (icke aktieägare) i strid mot (nuvarande) 12:2 1 st. ABL synes Karlgren ha varit en av de första författarna som hävdade att sådana var ogiltiga.[343] I så fall är det väl antagligt att ogiltigheten även här har rättsverkningar av angivet slag. (Det bör emellertid framhållas att Kleineman analyserar hithörande förfoganden från en annan utgångspunkt än jag; se särskilt s. 446.)

Däremot har Kleineman enligt min uppfattning rätt i fråga om Karlgren och den principiella normskyddsbedömningen i och för sig. I detta hänseende är vi helt överens; se härom ovan.

Nästa spörsmål är då om NJA 1992 s. 717 utgör något stöd för att begränsa rättsverkningarna av 12:2 ABL på samma sätt som 12:7 ABL? Kleineman hänvisar till HD, som uttalar att bestämmelserna om låneförbudet har till syfte att skydda aktiebolags kapital i borgenärernas intresse. Härav påstås följa att låneförbudet har samma normskyddsintresse som utdelningsförbudet i 12:2 ABL.

Enligt min mening fäster Kleineman för stor vikt vid detta enskilda uttalande av HD. Allmänt sett torde låneförbudet ha tillkommit för att motverka och förhindra transaktioner som typiskt sett kan tänkas riskera bolagsförmögenheten sådan den bl.a. skyddas av 12:2 ABL. Detta framgår kanske tydligast i SOU 1971:15 (på s. 322), där det t.ex. hänvisas till NJA 1951 s. 6. Mot bakgrund härav skulle man kanske kunna uttrycka saken som så, att "bakom" 12:7 ABL har alltid funnits 12:2 ABL.[344] Och det är sannolikt därför som rättshandlingar i strid mot 12:7 ABL inte nödvändigtvis är ogil-

[341] S 256 not 18 (på s 264f). Sålunda ogiltighet mellan bolaget och aktieägaren.

[342] Jfr t.ex. Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse s. 115ff, särskilt s. 116 not 75 och 117f samt Obehörig vinst s. 96f.

[343] Karlgren, Studier s. 128f och se därtill avsnitt 5.4.5 ovan.

[344] Jag bortser då från art. 23 p. 1 i det andra bolagsdirektivet, som komplicerar det hela.

tiga utan att huvudregeln är den motsatta. Penninglån etc. lämnade i strid mot 12:7 ABL är ju som huvudregel inte ogiltiga, eftersom det åsyftade skyddet för tredje man såsom bolagets borgenärer alltid tillgodoses genom 12:2 ABL och att ogiltighet kan (och förmodligen skall) upprätthållas vid tillämpningen av detta lagrum. Således anser jag – i motsats till Kleineman – inte att NJA 1992 s. 717 *i nu nämnda hänseende*[345] är relevant för 12:2 ABL och att kreditgivares ansvar av detta skäl skulle vara begränsat på så sätt som anges av Kleineman.[346]

Det nu sagda skall inte, som antytts, förstås som att jag är negativt inställd till Kleinemans slutsatser; snarare tvärtom. Som Kleineman framhåller finns det en risk för att utomordentligt stötande situationer kommer att uppstå, om man väljer att utsträcka reglerna om "återbäringsskyldighet" (eller 12:2 ABL som grund för ogiltighet med min systematik) till sådan tredje man vars intresse är begränsat till att få behålla de pengar som har lånats ut.[347] I sådana fall är det inte ointressant om aktieägaren vid konkurs eller likvidation skulle få behålla bolagets överskott (i följd av återkrav) vid dess upplösning. Eftersom den utomstående som här – på grund av reglerna om sakrättsligt verkande ogiltighet – tvingats avstå ett värde aldrig gynnats av bolaget, skulle reglerna om "återbäring" i ett sådant fall gynna de intressen som reglerna syftar till att hindra från otillbörligt gynnande. Reglerna om "återbäring" (eller motsvarande) skulle genom en utsträckning till utomståendes förmögenhetstillgångar kunna få till konsekvens att aktieägaren berikas genom en utsträckt tillämpning av 12:2 ABL (och 12:5) så att tillgångar som aldrig behövts för att skydda borgenärerna slutligt utbetalas till aktieägaren. Reglerna skulle i så fall motverka sina egna syften. För att hindra att reglerna om vinstutdelning tillåts gynna dem som kränkt dessa bestämmelser så skulle återgång "i bakre led" och som drar in förmögenhetsvärden knutna till en kreditgivares *eget riskkapital* endast böra tillämpas när det styrkts (av det påstått "återbäringsberättigade" bolaget) att inte andra än bolagets borgenärer skulle gynnas genom att kreditgivaren fick "återbära" sitt eget riskkapital. Med hänsyn till att det i praktiken skulle vara oerhört svårt att iakttaga en sådan princip anser tydligen Kleineman att även detta är en självständig grund för att inte låta ogiltigheten drabba kreditgivare utan – på det sätt HD antydde i NJA 1992 s. 717 – endast sådana intressen som är mer typiskt knutna till det utbetalande bolagets förmögenhet.[348]

Hovrätten för Övre Norrland har i ovan nämnda dom prövat frågan om de sakrättsliga rättsverkningarna då en utbetalning av pengar till aktieägare närstående (systerbolag till det utbetalande bolaget i en koncern) skett i strid mot 12:2 1 st. ABL. Hovrätten fann att rättsläget får uppfattas så att civil-

[345] En annan sak är att jag delar Kleinemans åsikt beträffande normskyddsanalysen. Se ovan.

[346] Samma bedömning gjorde hovrätten i det båda ovan och nedan nämnda avgörandet.

[347] JT 1994–95 s. 461.

[348] JT 1994–95 s. 461f.

rättslig ogiltighet föreligger även beträffande en rättshandling som är olovlig med tillämpning av grunderna för 12:5 1 st. ABL. Banken ansågs vara "återbäringsskyldig" beträffande de penningmedel som banken övertagit från det utbetalningsmottagande bolaget och som detta bolag olovligen tillgodogjort sig från det utbetalande bolaget, om banken genom sina behöriga ställföreträdare hade vetskap om att medlen olovligen uttagits från det utbetalande bolaget. Hovrätten ansåg inte att man kunde dra de slutsatser av NJA 1992 s. 717, som Kleineman gjort i ett utlåtande i målet; utlåtandet ger i väsentliga delar uttryck för samma åsikter som återgetts ovan och som har publicerats i JT.

Den princip som hovrätten använder sig av i målet vilar på vindikationsrättsliga grundsatser och innebär sålunda att banken blott är skyldig att återlämna (eller ersätta) penningmedel, om det visas att banken genom sina ställföreträdare hade *vetskap* (kvalificerad ond tro) om att medlen olovligen uttagits från det utbetalande bolaget. Denna princip bör emellertid jämföras med den princip som allmänt sett synes gälla, nämligen att A äger vindicera egendom från C, om C insett eller bort inse att ifrågavarande egendom olovligen avhänts A.

Hovrättens krav på kvalificerad ond tro kan förklaras på två vis. En förklaring är att hovrätten ansåg sig bunden i processuellt hänseende vid hur konkursboet formulerat sin talan. Konkursboet gjorde ju i målet gällande att bankens betalningsskyldighet var en följd av att banken – genom dess behöriga ställföreträdare – hade *vetskap* om att medlen olovligen uttagits ur bolaget A.

Enligt min mening är det tveksamt om hovrättens krav på kvalificerad ond tro verkligen kan förklaras på detta vis. Om rättsregeln i enlighet med vad som ovan sagts är att pengar kan vindiceras från C, om C insett eller bort inse att dessa olovligen avhänts A, borde väl hovrätten ha kunnat ålägga C (banken) att återställa vad som mottagits förutsatt att de faktiska omständigheter som åberopats av A:s konkursbo uppfyllde det senare ondtroskravet. Domskälen kan tolkas som att A:s konkursbo hade åberopat sådana faktiska omständigheter.[349] Ändock valde hovrätten att upprätthålla ett kvalificerat ondtroskrav i form av vetskap.

En annan förklaring är att hovrätten har ansett att rättsregeln beträffande vindikation av pengar innefattar ett krav på kvalificerad ond tro. Ett stöd härför är det i målet omnämnda uttalandet av Rodhe (se Aktiebolagsrätt s. 228f återgivet ovan och se härom avsnitt 14.6.4 nedan). Möjligen är det så att kravet på vetskap hos bankens behöriga ställföreträdare skall förklaras på detta vis (jfr ock NJA 1966 s. 475 på s. 485 och beträffande detta avgörande NJA 1976 s. 618 på s. 623 samt härom avsnitt 14.6.4 nedan).

En rättsregel med angivet innehåll, dvs. vindikation av pengar förutsätter kvalificerad ond tro i form av vetskap, kan tyckas stå i strid mot den allmänna principen vid vindikation, dvs. att C är skyldig att utge ifrågavarande

[349] Jfr domen s. 23f.

egendom till A, om C insett eller bort inse att den olovligen avhänts A.[350] Det kan dock ifrågasättas, om inte ett krav på kvalificerad ond tro enligt gällande rätt skall upprätthållas vid vindikation av pengar. Ett svagt stöd härför finns i rättspraxis[351] och litteraturen[352]. I systematiskt hänseende är en sådan lösning också konsekvent i förhållande till den motsatta situationen, där en bank inte mottar pengar (det s.k. inbetalningsfallet[353]) utan betalar ut pengar och vid vilken 30 § skuldebrevslagen skall tillämpas (det s.k. utbetalningsfallet;[354] jfr NJA 1976 s. 618, särskilt s. 623f). Från omsättningssynpunkt förefaller det även rimligt att uppställa ett särskilt skydd för mottagare av penningmedel, eftersom pengar är den typ av egendom som mest kommer till användning (än så länge) och vilken man har minst möjligheter att kontrollera varifrån de kommer.[355]

Ett problem, som uppmärksammas av Kleineman, är att utomordentligt stötande situationer kan (kommer att) uppstå, om man väljer att utsträcka reglerna om "återbäringsskyldighet" till sådan tredje man vars intresse är begränsat till att få behålla pengar som tidigare har lånats ut. Som Kleineman betonar finns det med en sådan lösning en risk för att tillgångar som aldrig behövts för att skydda borgenärerna slutligen utbetalas till aktieägare (som är att betrakta som "skurk B" i sammanhanget). Reglerna skulle i så fall motverka sina egna syften.

Kleineman har otvivelaktigt rätt i att en rättstillämpning av angivet eller liknande slag framstår som stötande. Jag anser dock – i motsats till Kleineman (se ovan) – att detta problem (som även aktualiseras i valet mellan brutto- och nettometoden) bör och skall lösas för sig; jag förutsätter då att utbetalningar i strid mot 12:2 ABL (m.m.) är ogiltiga och att ogiltigheten har såväl obligationsrättsliga som sakrättsliga rättsverkningar.

Med hänsyn till att 12:2 ABL syftar till att bereda tredje man skydd torde det vara möjligt att upprätthålla en princip som begränsar de sakrättsliga rättsverkningarna.[356] En princip som innebär att vid konkurs återgång endast skall ske om och i den utsträckning som det behövs för att tillgodose bolagets fordringsägare och andra tredjemansintressen.[357] Skulle domstolarna

[350] Jfr Lindskog JT 1992–93 s. 103 not 71 och JFK 12:5-5.2 (s. 110).

[351] Jfr NJA 1966 s. 475 på s. 485 och justitierådet Riben på s. 487 samt se om detta avgörande avsnitt 14.6.4 nedan. Jfr ock i någon mån NJA 1963 s. 502.

[352] Jfr bl.a. Benckert, Del II s. 178 men också Del I s. 130 in fine samt Del II s. 250 not 269; Benckerts hänvisningar i här aktuellt hänseende är av intresse även om dessa numera nästan får betraktas som "obsoleta". Notera att lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre inte är tillämplig (se prop. 1985/86:123 s. 16). Härav följer emellertid inte att godtrosförvärv inte kan göras.

[353] Se Lindskog, JT 1992–93 s. 102f.

[354] Se föregående not.

[355] Jfr Benckert, Del II s. 250 not 269.

[356] Jfr NJA 1985 s. 178 på s. 192f berört i not 320 ovan.

[357] En sådan princip är sannolikt inte svår att tillämpa. Men jfr annorlunda Kleineman, JT 1994–95 s. 462.

vilja gå ännu längre än så kan det ifrågasättas, om inte en princip om obehörig vinst skulle kunna tillämpas på så sätt att bankerna m.fl. inte anses skyldiga att ersätta mer än vad de vunnit på affären i form av provision, ränta och annat.[358]

12.5.3 Om återbäringsskyldighetens innebörd och omfattning i två typfall – utbetalning av utdelning i strid mot 12:2 ABL

12.5.3.1 Inledning

Jag har så här långt funnit att rättsföljden vid olovliga utbetalningar enligt gällande rätt är ogiltighet. Sker en utbetalning till aktieägare i strid mot 12:2 ABL skall mottagaren i princip återbära vad han mottagit. Typiskt sett innebär 12:5 1 st. 1 meningen ABL att aktieägaren skall återbära pengar eller annan egendom. Det är dock inte givet att bolagets prestation skall återgå vid alla typer av olovliga utbetalningar. Jag avser att i följande avsnitt analysera två typfall där återbäringsskyldigheten bör modifieras. Det första typfallet, som behandlas i följande avsnitt, är utbetalning av utdelning (eventuellt i förtäckt form men där aktieägaren inte erlägger någon motprestation) som blott delvis är olovlig enligt 12:2 ABL. Det andra typfallet, vilket jag återkommer till i avsnitt 12.5.3.3, är förtäckt utbetalning av utdelning (aktieägaren erlägger någon form av motprestation) som helt eller delvis står i strid mot 12:2 ABL. Jag förutsätter i det följande att samtliga aktieägare har samtyckt till ifrågavarande utbetalning och att vad som olovligen utbetalats finns kvar hos utbetalningsmottagaren.

12.5.3.2 Särskilt om utbetalning av utdelning som delvis strider mot 12:2 ABL

I rättspraxis tycks det som att HD beträffande en förtäckt utbetalning som endast delvis är olovlig enligt 12:2 ABL *faktiskt* intar ståndpunkten, att det är tillräckligt att aktieägaren betalar ersättning med ett belopp som motsvarar den enligt 12:2 ABL otillåtna delen av utbetalningen; jfr särskilt NJA 1951 s. 6 I och II och i viss mån NJA 1980 s. 311.[359] Med hän-

[358] Jfr härvidlag bl.a. NJA 1925 s. 184, 1925 s. 497 och 1931 s. 642, vilka inte är direkt relevanta men ändock av intresse beträffande legala förbud och i någon mån justitierådet Alexanderson i NJA 1933 s. 25 på s. 32 i fråga om condictio indebiti och återkravsrättens omfång. Jfr i sammanhanget därtill frågan om en allmän culparegel gäller vid obehöriga förfoganden över annans egendom och härom avsnitt 14.6.6 nedan.

[359] Jfr dessutom SOU 1971:15 s. 320 och Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 253). Se emellertid om den processuella bakgrunden i avsnitt 12.5.2 ovan.

syn till att utgångspunkten är att utbetalningar i strid mot 12:2 ABL är ogiltiga[360] framstår det emellertid som osannolikt att denna *faktiska princip* gäller vid alla typer av vederlagsfria prestationer – således oavsett vad bolagets prestation består av – i strid mot 12:2 ABL. Ovannämnda avgöranden har också ett begränsat prejudikatvärde såtillvida att HD hade att pröva "penninglån"[361] till aktieägare respektive en pantförskrivning[362] avseende aktieöverlåtares fordran gentemot två aktieförvärvare. I fråga om penninglån är det oproblematiskt att begränsa ogiltigheten – återbäringsskyldigheten enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL – till ett belopp som motsvarar den otillåtna delen enligt 12:2 ABL. På samma sätt förhåller det sig med pant[363] och annan form av säkerställande av bolaget tillhörig egendom samt annan generiskt bestämd egendom (delbar egendom).[364]

Vilken princip som skall tillämpas när bolagets prestation (motprestation saknas) består av "odelbar" egendom har inte lösts i praxis. En lösning är att bolagets prestation i likhet med vad som annars gäller vid ogiltighet skall återgå i sin helhet. En alternativ lösning är att aktieägaren skall utge ersättning till bolaget med ett belopp som motsvarar den del av utbetalningen som tagit i anspråk icke utdelningsbart eget kapital enligt 12:2 ABL. Ett tredje alternativ är att förena de båda lösningarna. Är bolagets prestation huvudsakligen otillåten skall denna återgå till bolaget. Är det motsatta förhållandet för handen bör det vara tillräckligt att aktieägaren blir värdeåterbäringsskyldig.[365]

Det med 12:2 ABL åsyftade skyddet för tredje man skall garantera *värdet* av bolagets förmögenhet. Vid utbetalning av utdelning som delvis strider mot 12:2 ABL, och där bolagets prestation består av odelbar egendom, tillgodoser enligt min mening värdeprincipen tredjemansskyddet i erforderlig omfattning; det räcker med att aktieägaren betalar ersättning till bolaget med ett belopp som motsvarar icke utdelningsbart eget kapital enligt 12:2 ABL.[366] Det förhållandet att en lösning av angivet slag inte stämmer överens med allmänna principer om rättsverkningar av

[360] Jag utgår från att så är fallet i fråga om både 1 och 2 st. i 12:2 ABL.

[361] NJA 1951 s. 6 I och II.

[362] NJA 1980 s. 311.

[363] Tydligen betraktas pant eljest som odelbar egendom. Se Rodhe, Sakrätt s. 402 med vidare hänvisningar.

[364] Jfr Lindskog, JFK 12:5-4.3.3 (s. 105f).

[365] Se beträffande frågan om bolaget (och) eller den återbäringsskyldige har en fakultativ rätt att välja i vilken form återbäring skall ske avsnitt 12.8.2 nedan.

[366] Jfr Rodhe, Sakrätt s. 255. Annorlunda Lindskog nedan. Jfr ock i ämnet Bramsjö, Om avtals återgång, s. 108ff och Lennander, Återvinning i konkurs s. 326ff, särskilt s. 341ff. Jfr om rättsläget i tysk rätt ovan avsnitt 11.3.3 och 11.3.5.

ogiltighet är inte en avgörande invändning. En "allt-eller-intet" lösning är, som framhållits, inte särskilt väl ägnad att lösa intressemotsättningar i det moderna samhället.[367] Återgång bör dock komma i fråga om värdet av bolagets prestation helt eller så gott som helt saknar täckning i utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL.[368]

Lindskog företräder en annan uppfattning.[369] Återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL bygger enligt Lindskog på att vad som mottagits från bolaget inte kan stödjas på ett giltigt beslut om utdelning. Återbäringen skall anses som en ogiltighetsverkan. Härav följer att mottagaren skall återbära vad han har uppburit. Om utdelning har skett av ett sakvärde måste mottagaren också återbära vad han har uppburit.

Vad särskilt gäller frågan om partiell ogiltighet när bolagsstämman beslutat om vinstutdelning av *odelbara sakvärden*, som endast delvis innebär ett åsidosättande av 12:2 ABL, anförs följande av Lindskog:[370] Det finns olika möjligheter för hur återbäringen skall genomföras. En första är att mottagaren har att betala ett belopp svarande mot skillnaden mellan utdelningsbart belopp och utbetalningsvärdet. En andra är att mottagaren skall återlämna sakvärdet, men har rätt att av bolaget uppbära ett belopp svarande mot utdelningsbart belopp. Båda möjligheterna sägs bygga på att bolagsstämmobeslutet intill utdelningsbart belopp skall anses vara verksamt, och att mottagaren alltså har rätt till detta värde. En tredje möjlighet skulle vara att låta de två första möjligheterna utgöra alternativ i någon av parternas val.[371] En fjärde möjlighet är att anse bolagsstämmans beslut om vinstutdelning helt overksamt, vilket innebär att mottagaren har att återbära vad som uppburits på samma sätt som om något utdelningsbart belopp aldrig har funnits. Lindskog beskriver rättsläget som "mycket oklart".

För egen del anser Lindskog det rimligt att anta, att den omständigheten att bolagsstämman beslutat om vinstutdelning av ett odelbart sakvärde inte nödvändigtvis behöver innebära att mottagaren går miste om vad som ryms inom utdelningsbart belopp. Tvärtom bör utgångspunkten vara, att vid åtminstone formenlig vinstutdelning av ett sakvärde återgångsverkningarna bör begränsas så att de inte träffar vad som ryms inom ramen för 12:2 ABL. Detta skulle betyda att alternativen är att mottagaren antingen har att återbära "vad med kapitalanvändningsvärdet överstiger utdelningsbart belopp" eller att han har att återbära sakvärdet men har rätt att av bolaget erhålla vad

[367] Jfr dessutom prop. 1975:103 s. 485f rörande förtäckt utdelning och härom ytterligare nedan.

[368] Se beträffande s.k. fyllnadsbetalning avsnitt 12.3.2.1 ovan.

[369] Se JFK 12:5-4.3.1ff (s. 104ff) med vidare hänvisningar. Notera att Lindskog har en annan utgångspunkt beträffande tillämpningsområdet för 12:5 1 st. 1 meningen ABL.

[370] Se JFK 12:5-4.3.3 (s. 105ff) med vidare hänvisningar.

[371] Jfr Bramsjö, Om avtals återgång s. 110f, som synes mena att återgångssvaranden normalt har rätt att välja mellan att återlämna saken och att utge värdeersättning. Se härom avsnitt 12.8.2 nedan.

som svarar mot utdelningsbart belopp. Med hänsyn till en rad olika skäl[372] stannar Lindskog slutligen vid att återbäring skall ske in species, dock att mottagaren möjligen har rätt till kompensation svarande mot utdelningsbart belopp.

12.5.3.3 Särskilt om förtäckt utbetalning av utdelning som helt eller delvis strider mot 12:2 ABL

Svårigheter liknande de nu nämnda ifrågakommer vid förtäckt utbetalning av utdelning i strid mot 12:2 ABL, där aktieägaren erlägger någon form av motprestation. Om ett bolag t.ex. avyttrar egendom till underpris till en aktieägare uppkommer frågan om medkontrahenten måste återbära vad han mottagit eller om det räcker med att aktieägaren betalar ersättning till bolaget med ett belopp som motsvarar det bristande vederlaget. Av uttalanden i förarbetena till ABL får man intrycket att den senare lösningen skall tillämpas:[373]

> "Reglerna om återbäringsskyldighet tar i första hand sikte på kontanta lagstridiga utbetalningar till aktieägare. Reglerna täcker emellertid även fall då egendom överförs i annan form till aktieägare. En olaglig vinstutdelning kan exempelvis ske i den formen att en aktieägare får rätt att använda bolaget tillhörig egendom utan att behöva betala något för det. En sådan förtäckt vinstutdelning kan medföra att aktieägaren i fråga blir skyldig att erlägga ersättning till bolaget motsvarande värdet av vad han sålunda erhållit från bolaget. Om bolaget betalar lön till anställd aktieägare och lönen överstiger rimligt belopp, kan aktieägaren också bli återbäringsskyldig med det överskjutande beloppet. Motsvarande gäller om aktieägare säljer vara till överpris till bolaget eller köper för underpris från bolaget."

En rättstillämpning av antytt slag strider, som påpekats i litteraturen,[374] troligtvis mot allmänna principer rörande rättsverkningar av ogiltighet. Enligt min uppfattning bör emellertid inte allmänna principer hindra en lösning som efter omständigheterna framstår som bättre och vilken motsvarar vad som krävs för att tillgodose det åsyftade skyddet för tredje man.[375] Det är helt enkelt tillräckligt att bolagets medkontrahent vid t.ex köp av bolaget tillhörig egendom till underpris betalar ersättning till

[372] Se närmare JFK 12:5-4.3.3 (s. 106f).

[373] Prop. 1975:103 s. 485f. Jfr SOU 1971:15 s. 321 och se i litteraturen Bökmark–Svensson s. 132; Kedner–Roos II 12:5.02 (s. 254) och Lind s. 267.

[374] Lindskog i JT 1992–93 s. 100f (avser rättsföljden enligt allmänna principer vid befogenhetsöverskridande).

[375] Jfr Bramsjö, Om avtals återgång s. 109f. Förevarande situation kan beskrivas som att "återgångsgrunden icke motiverar att förmögenhetstillgångar återföres i vidare mån än att motsidan kommer upp i viss förmögenhetsnivå" (s. 109).

bolaget med ett belopp som motsvarar den förtäckta utbetalningen, dvs. i regel skillnaden mellan värdet av aktieägarens prestation och värdet av bolagets prestation. Jag förutsätter härvidlag att den förtäckta utbetalningen i sin helhet strider mot 12:2 ABL. Skulle utbetalningen blott delvis stå i strid mot 12:2 ABL erfordras inte mer än att aktieägaren betalar ersättning med ett belopp som motsvarar icke utdelningsbart eget kapital enligt 12:2 ABL.[376]

> Om ett bolag förvärvar egendom till överpris från en aktieägare är det på motsvarande vis tillräckligt att aktieägaren återbär den del av köpeskillingen som innefattar en förtäckt utbetalning i strid mot 12:2 ABL.
>
> Även beträffande de här behandlade problemen företräder Lindskog en annan uppfattning.[377] Med utgångspunkt i 8:14 ABL hävdar Lindskog att förtäckta utbetalningar i strid mot 12:2 ABL skall ses som befogenhetsöverskridande[378] (Lindskog använder termen olovlig indirekt kapitalanvändning, varmed avses en av bolagsstämman beslutad olovlig kapitalanvändning som har formen av ett med tredje man träffat avtal[379]). Om medkontrahenten insett eller bort inse befogenhetsöverskridandet är bolaget inte bundet av avtalet.
>
> Ogiltighetens rättsverkan är enligt Lindskog att återbäring skall ske (i förekommande fall också på bolagets sida). Spörsmålet om partiell ogiltighet aktualiseras även i detta fall, om avtalet innefattar en utbetalning, som inte motsvaras av utdelningsbart belopp enligt 12:2 ABL. Härvidlag synes Lindskog mena att samma i princip bör gälla som vid återbäring enligt 12:5 1 st. I meningen ABL "i motsvarande situationer"; se härom avsnitt 12.5.3.2 ovan. Detta skulle "innebära att när så är möjligt – genom att situationen svarar mot vinstutdelning av generiskt bestämd egendom – bör rättsverkningarna begränsas till partiell återgång". Vad som gäller i andra fall uppges vara oklart.
>
> Dock synes Lindskog vara beredd att försätta mottagaren i ett bättre läge vid återgång enligt 12:5 1 st. ABL än vid återgång enligt 8:14 ABL (vilket jag anser är inkonsekvent). Det är således "tveksamt" om mottagaren vid "indirekt kapitalanvändning", t.ex. förvärv av egendom till underpris, skall ha rätt till att vid återgång erhålla ett belopp från bolaget som svarar mot vad som hade kunnat utdelas. Om avtalet på grund av 8:14 ABL inte får göras gällande mot bolaget bör påföljden vara återgång på båda sidor.

Det bör ock framhållas att kontrahenterna vid förtäckt utbetalning av utdelning av här diskuterat slag *faktiskt* har *ingått* ett *oneröst avtal*. Ett avtal som bygger på att parterna utbyter prestationer men där det förelig-

[376] Se beträffande s.k. fyllnadsbetalning avsnitt 12.3.2.1 ovan.
[377] JFK 12:5-5.1.1 med vidare hänvisningar (s. 107ff).
[378] Se härom bl.a. avsnitt 12.4 ovan med vidare hänvisningar.
[379] Se JFK 12:5-5.1.1 (s. 107).

ger en värdediskrepans. Med hänsyn härtill ligger det enligt min mening närmast till hands att fingera att parterna har ingått avtalet på marknadsmässiga villkor och att aktieägaren inte har fullgjort sin skyldighet att utge en marknadsmässig motprestation. Däremot bör återgång komma i fråga om värdet av aktieägarens motprestation är försvinnande litet jämfört med värdet av bolagets prestation och den förtäckta utbetalningen i sin helhet strider mot 12:2 ABL.[380]

Jfr Malmö tingsrätts, avdelning 1:3, dom 1992-01-17 DT 13 (mål nr T 3110-89). Svaranden hävdade i målet "att bolaget inte kan åläggas återbäringsskyldighet enligt konkursboets yrkande, eftersom bestämmelsen i 12 kap. 5 § 1 st. ABL endast medför rätt att vindicera – kräva tillbaka – den utdelade egendomen och inte att, när som i förevarande fall denna inte finns kvar hos mottagaren, kräva ut en ersättningsförpliktelse".[381] Tingsrätten fann att det av motiven till ABL klart framgår att bestämmelsen inte ansetts få en så snäv tolkning och att svarandens invändning i denna del inte utgjorde något hinder mot att ålägga bolaget återbäringsskyldighet.[382] Hovrätten fastställde tingsrättens domslut utan att i domskälen beröra denna fråga. Se dom avkunnad av Hovrätten över Skåne och Blekinge, avdelning 1, 1994-03-24 nr DT 1049 (mål nr T 93/92).[383]

12.6 Skall återbäringsregeln i 12:5 1 st. 1 meningen ABL tillämpas analogt vid olovliga (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående?

Reglerna i 12:2 ABL skall enligt gällande rätt troligtvis tillämpas vid aktiebolagsrättsliga utbetalningar till utomstående.[384] Ett aktiebolag får inte vederlagsfritt föra över tillgångar till utomstående i sådan omfattning att dispositionen tar i anspråk mer än vad som är fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL eller strider mot försiktighetsregeln i 12:2 2 st. ABL. Härutöver måste bolagsorganen – i aktieägarnas intresse – respektera generalklausulerna och reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen samt principen om att bolag inte får företa rättshandlingar

[380] Berörda situation påminner om den då bolaget företar en öppen utbetalning av utdelning i strid mot 12:2 ABL med en odelbar prestation och värdet av bolagets prestation helt eller så gott som helt saknar täckning i utdelningsbart fritt eget kapital.

[381] Domen s. 12.

[382] Lindskog har kritiserat domen i JT 1992–93 s. 99ff.

[383] Se om målet avsnitt 7.4.3.2.6 ovan.

[384] Se avsnitt 5.4.5 ovan.

som är uppenbart främmande för syftet med verksamheten (jfr dock 12:6 ABL).

Skulle ett aktiebolag företa utbetalningar till utomstående i strid mot dessa regler aktualiseras spörsmålet om återbäringsregeln i 12:5 1 st. 1 meningen ABL är analogt tillämplig. Uttalanden i förarbetena till ABL kan tolkas som att så är fallet; i allt fall beträffande utbetalningar i strid mot 12:2 ABL.[385]

> I aktiebolagsutredningens förslag (SOU 1971:15 s. 310) angavs dock att en transaktion mellan bolaget och utomstående, som strider mot bolagsverksamhetens föremål eller syfte, t.ex. en gåva eller en till formen onerös men i verkligheten benefik rättshandling i annat fall än som anges i 12:6 ABL (114 § i förslaget) är ogiltig enligt 8:13 och 8:14 ABL (62–63 § i förslaget).[386] Måhända skall detta tolkas som att ogiltigheten vid otillåtna utbetalningar till utomstående skall anses följa av 8:14 ABL och att ogiltigheten inte skall anses komma till uttryck i 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[387] En omständighet som talar för att ogiltigheten följer av 8:14 ABL är att detta lagrum skall tillämpas vid andra typer av rättshandlingar som företas av bolagets organ i strid mot bestämmelser i ABL uppställda *i aktieägarnas intresse*.
>
> För egen del anser jag emellertid att 12:5 1 st. 1 meningen ABL bör betraktas som en *exklusiv reglering av rättsföljden* vid *alla typer av utbetalningar i strid mot ABL* oavsett om utbetalningen strider mot en bestämmelse uppställd i aktieägarnas intresse eller tredje mans intresse och oavsett om utbetalningsmottagaren är aktieägare eller utomstående. Därigenom uppnår man en både enkel och enhetlig rättstillämpning. Jfr avsnitt 12.4 ovan om återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL och parallella anspråk som grundar sig på andra bestämmelser i ABL eller annan lagstiftning. Vad angår godtrosskyddet gäller på motsvarande vis att godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL bör tillämpas oavsett om utbetalningsmottagaren är aktieägare eller utomstående. Se om sistnämnda fråga avsnitt 13.5 nedan.
>
> Att ovanstående uttalanden skulle tala för att 8:14 ABL skall tillämpas vid utbetalningar – öppna och förtäckta – i strid mot 12:2 ABL kan i vart fall inte vara riktigt. I både utredningen och propositionen anförs efter ovan berörda yttrande att t.ex. en gåva eller en till formen onerös men i verkligheten benefik rättshandling som är ogiltig enligt nämnda lagrum kan bli giltig, om samtliga aktieägare samtycker till den. Sådant samtycke har dock verkan endast inom ramen för aktieägarnas dispositionsrätt över bolagets tillgångar, dvs. endast om transaktionerna inte tar i anspråk andra medel än

[385] Jfr SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 475f. Jfr dock i det följande.

[386] Se ock Prop. 1975:103 s. 475f.

[387] Jfr Lindskog i SvJT 1992 s. 85ff med s. 82f, Lindskog i JT 1992–93 s. 85 och s. 96ff, JFK 12:5-4.1.2 (s. 100f) samt Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 21ff (rubriken).

sådana som bolaget kan utdela såsom vinst.[388] Jag tolkar härvidlag utredningen och propositionen som att utbetalningar i strid mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2 ABL är ogiltiga och att rättsföljden av ogiltigheten får sökas i 12:5 1 st. 1 meningen ABL. Enligt min uppfattning rör det sig inte ens om en befogenhetsfråga.[389]

Dessa uttalanden finns återgivna i litteraturen[390] och stundom betonas det särskilt att 12:5 1 st. 1 meningen ABL skall tillämpas analogt[391] på utbetalningar till utomstående i strid mot 12:2 ABL. Vidare har 12:5 1 st. 1 meningen ABL i hovrättspraxis tillämpats analogt på utbetalningar till utomstående i avsaknad av fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL.[392]

Se RH 1992:80.[393] I målet var det fråga om att en aktieägare skjutit till medel till ett aktiebolag som aktieägartillskott. Sedermera övertogs den aktieägaren tillkommande fordringen på återbetalning av aktieägartillskottet av en utomstående och bolaget återbetalade beloppet till denne. Utbetalningen utgjorde sålunda en vederlagsfri utbetalning till honom i egenskap av utomstående. Svea Hovrätt anförde följande i fråga om utbetalningens lovlighet:[394]

"Vederlagsfria utbetalningar till tredje man är lovliga endast om de håller sig inom ramen för fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret och dessutom skulle kunna utdelas utan hinder av den allmänna försiktighetsregeln i 12 kap. 2 § aktiebolagslagen. Av balansräkningen för City Vox för 1985/86 framgår att förutsättningar inte förelegat för utbetalning av beloppet. På den olovliga utbetalningen bör i förevarande fall reglerna i 12 kap. 5 § aktiebolagslagen analogt tillämpas."

Se därtill de i avsnitt 7.4.3.2.6 ovan behandlade hovrättsavgörandena. Hovrätten för Övre Norrland synes dock anse att tillämpningsområdet för 12:1–2 och 12:5 ABL är begränsat. Enligt hovrätten kan 12:1–2 och 5 tillämpas analogt vid utbetalning till annan än aktieägare i sådana fall då mottagaren antingen är en bolaget närstående fysisk eller juridisk person eller i vart fall har en viss anknytning till bolaget.[395] Se närmare om avgörandet avsnitt 12.5.2 ovan. Jfr i sammanhanget avsnitt 5.4.5 ovan.

[388] SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 476.

[389] Se särskilt avsnitt 5.4.6.8 ovan.

[390] Jfr Kedner–Roos II 12:1.01 (s. 223).

[391] Se förutom hovrättsavgörandet nedan t.ex. Kedner–Roos 12:1.03 (s. 224) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 126.

[392] Lindskog vänder sig häremot, jfr SvJT 1994 s. 113 f, särskilt not 3, och JFK 12:5-4.1.2 (s. 100f). Lindskog hänvisar i förstnämnda arbete till NJA 1976 s. 618, där HD emellertid fann att fordringsöverlåtelsen var "ogiltig enligt grunderna för 73 § 2 momentet" 1944 års lag (12:5 ABL).

[393] Jfr dock Umeå tingsrätts dom 1992-12-10 DT 487 (mål nr T 26/90), där tingsrätten hänvisar till 8:14 ABL men tillämpade godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen.

[394] Referatet s. 201f.

[395] Domen s. 11.

Sammantaget synes 12:5 1 st. 1 meningen ABL enligt gällande rätt få anses vara analogt tillämplig vid utbetalningar till utomstående i strid mot 12:2 ABL. 12:5 1 st. 1 meningen ABL bör också kunna tillämpas vid utbetalningar till utomstående i strid mot generalklausulerna, reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen eller principen om att ett aktiebolag inte får företa dispositioner som är uppenbart främmande för syftet med verksamheten (jfr ock 12:6 ABL). Vad beträffar innebörden och omfattningen av återbäringsskyldigheten får det antas att vad som gäller i relation till aktieägare även gäller i relation till utomstående (se avsnitt 12.5 ovan).[396]

I litteraturen finns den uppfattningen företrädd att 8:14 ABL kan tillämpas parallellt med 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[397] Som redan framhållits finns det dock skäl som talar för att 12:5 1 st. 1 meningen ABL bör betraktas som en exklusiv reglering av rättsföljden vid alla typer av utbetalningar i strid mot ABL oavsett om utbetalningen strider mot en bestämmelse uppställd i aktieägarnas intresse eller tredje mans intresse och oavsett om utbetalningsmottagaren är aktieägare eller utomstående. Jfr finstilta partiet ovan och särskilt avsnitt 12.4 ovan.

12.7 Till vilken tidpunkt hänför sig bedömningen huruvida utbetalningen är olovlig?

Återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL förutsätter i princip att bolagets verkställande organ eller annan ställföreträdare *verkställer* en aktiebolagsrättslig utbetalning. Återbäringsskyldigheten synes uppkomma vid den tidpunkt bolaget låter verkställa den otillåtna utbetalningen till aktieägaren. Den tidpunkt vid vilken bolaget företar utbetalningen sammanfaller sålunda med den tidpunkt vid vilken återbäringsskyldigheten uppkommer.

Vid öppna utbetalningar – pengar eller annan egendom – är problemen vid tillämpningen av 12:5 1 st. 1 meningen ABL få. Genom att utbetalningen sker öppet är det tämligen enkelt att fastställa värdet av bolagets prestation och huruvida denna skall anses som tillåten eller ej. Skulle den öppna utbetalningen beslutas på en bolagsstämma skall dagen för bolagsstämman vara styrande vid värderingen av bolagets prestation liksom för

[396] Jfr om andra grunder för ersättningsansvar avsnitt 14.6 nedan.

[397] Jfr särskilt Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 366. Nerep synes mena att gåvor – vederlagsfria utbetalningar – i större omfattning än vad som stadgas i 12:6 ABL kan vara ogiltiga enligt 8:13-14 ABL i händelse av ond tro hos gåvomottagaren eller enligt 12:5 ABL.

frågan om utbetalningen är tillåten eller ej (jfr 12:3 1 st. 1 meningen, 9:5 1 st. p. 2, 12:2 1 st. och 9:17 ABL).[398] Om samtliga aktieägare fattar beslut om en öppen utbetalning måste på motsvarande vis dagen för beslutet vara styrande. Eljest torde den tidpunkt då bolaget företar den verkställande rättshandlingen vara styrande vid värderingen av bolagets prestation. Denna tidpunkt torde likaså vara avgörande för huruvida utbetalningen skall anses vara tillåten eller inte (t.ex. huruvida dispositionen innefattar otillåten utbetalning av förskottsutdelning).[399] Skulle det visa sig att utbetalningen strider mot ABL uppkommer vid den tidpunkt bolaget låter verkställa utbetalningen återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL.

Desto fler är svårigheterna vid förtäckta utbetalningar. Ett spörsmål som jag har berört i det föregående är vilken tidpunkt som är avgörande för om ett avtal eller annan rättshandling skall anses innefatta en förtäckt utbetalning. I rättspraxis har förfogandetidpunkten varit bestämmande för bedömningen.[400] Den tidpunkt då bolaget låter verkställa rättshandlingen torde i regel också vara avgörande för huruvida den förtäckta utbetalningen skall anses som tillåten eller inte.[401] Vidare uppkommer återbäringsskyldighet vid denna tidpunkt (penninglån nedan).

I rättspraxis har således förfogandetidpunkten varit bestämmande vid bedömningen huruvida t.ex. ett "penninglån" i verkligheten innefattat en förtäckt utbetalning (dvs. om aktieägaren saknade betalningsförmåga då lånet lämnades). Se särskilt NJA 1990 s. 343 på s. 348f och därtill NJA 1951 s. 6 I och II, 1976 s. 60 och 1976 s. 618. Denna tidpunkt har även legat till grund för bedömningen huruvida "penninglånet" som varande en förtäckt utbetalning tagit i anspråk icke utdelningsbart eget kapital. Se NJA 1951 s. 6 I på s. 25 och II på s. 37, 1976 s. 60 på s. 67 och 1976 s. 618 på s. 622 och 1990 s. 343 på s. 350f.

I de fall "penninglån" som varande en förtäckt utbetalning omfattat icke utdelningsbara medel har återbäringsskyldigheten uppkommit vid den tidpunkt "penninglånet" lämnades.

> Se NJA 1951 s. 6 II s. 37 och NJA 1990 s. 343 på s. 351. Samtliga avgöranden har jag refererat utförligt i bl.a. avsnitt 9.5.2. I NJA 1951 s. 6 I företog

[398] Lindskog, JFK 12:2-8.1 (s. 63f)

[399] Men jfr annorlunda Lindskog, JFK 12:2-8.1 (s. 63f).

[400] Se härom avsnitt 8.13 ovan.

[401] Jfr NJA 1980 s. 311 på s. 318: "/.../ att om i stället för en pantsättning medel eller annan egendom som tillhör bolaget överlämnas till borgenären i avräkning på skulden, tidpunkten för då detta överlämnande skedde och inte någon senare skulle vara avgörande vid bedömningen av om olovlig vinstutdelning skett". Jfr ock Nial SvJT 1943 s. 701 beträffande förvärv av egna aktier. Annorlunda Lindskog, JFK 12:2-8.2 (s. 63f).

HD:s majoritet en enhetlig prövning av om förfogandena över Suecias förmögenhet hade innefattat en förtäckt utbetalning men delade in prövningen av återbäringsskyldigheten i två delar (se s. 25f i referatet). Köpeskillingen för aktierna erlades till aktieöverlåtaren Carlsund i två omgångar. I den första lät Carlsund, *medan han fortfarande var aktieägare*,[402] utta tillgångar ur Suecia mot att bolaget erhöll en värdelös fordran gentemot aktieförvaren Santesson. Carlsund befanns beträffande detta uttag vara återbäringsskyldig enligt 54 § 1910 års lag (och 4 § 1943 års lag med särskilda bestämmelser om begränsning av vinstutdelning från aktiebolag). Aktieförvärvaren Santesson var i sin tur ansvarig för den brist som kunde uppkomma i Carlsunds återbäring.

Den andra delen av köpeskillingen erlades på så sätt att aktieförvärvaren Santesson – tydligen i egenskap av *aktieägare*[403] – lät Suecia uppta ett penninglån, som därefter överfördes på Carlsund. Santesson befanns vara återbäringsskyldig för detta belopp i den mån det yrkats av konkursboet. Carlsund, som inte ens "avvetat" att Santesson lät Suecia uppta ett penninglån, ansågs inte vara ansvarig för den brist som kunde uppstå i Santessons återbäring.

Den tidpunkt vid vilken man skall bedöma om en tredjemanspantsättning innefattar en förtäckt utbetalning i strid mot ABL är enligt NJA 1980 s. 311 tidpunkten för pantsättningen. En tredjemanspantsättning som är att betrakta som en förtäckt utbetalning är enligt NJA 1980 s. 311 giltig i den mån pantsatt egendom svarar mot vid tidpunkten för pantsättningen utdelningsbart belopp.

NJA 1980 s. 311 har jag refererat utförligt i avsnitt 9.6.2.1. I målet var det fråga om att ett bolag fått ställa viss sin egendom som säkerhet för två aktieförvärvares skuld till aktieöverlåtaren på grund av aktieköpet. I målet hade HD – vid tillämpningen av de aktiebolagsrättsliga reglerna om utdelningsbart belopp – att välja mellan att hänföra bedömningen av pantsättningen antingen till den tidpunkt då pantsättningen gjordes, vid vilken denna enligt allmänna panträttsliga regler vinner giltighet mot tredje man, eller till den tidpunkt då panten togs i anspråk för täckande av den fordran till säkerhet för vilken panten ställts.

Fråga var sålunda om det av aktiebolagsrättsliga skäl var motiverat att hänföra bedömningen av pantsättningen till den tidpunkt då panten tas i anspråk och därmed göra avsteg från en "grundläggande panträttslig princip", nämligen den att pantsäkerhet just skall skydda panthavaren så långt panten räcker mot den betalningsskyldiges senare inträffade insolvens. HD fann slutligen att intresset av att upprätthålla aktiebolagsrättens regler om motverkande av olovlig vinstutdelning inte innefattade tillräckliga skäl för

[402] Denna omständighet poängteras i referatet på s. 25.
[403] Jfr referatet s. 25f.

att göra avsteg från nämnda panträttsliga princip. Härvidlag åberopades bl.a. att låneförbudet i 12:7–9 ABL avser motverka illojala transaktioner på förevarande område och att en panträttslig specialregel – dvs. att bedömningen av pantsättningens giltighet skall hänföras till tidpunkten då den tas i anspråk – inte var nödvändig för att de aktiebolagsrättsliga reglerna om skydd för bolagsborgenärerna skulle bli tillgodosedda i erforderlig utsträckning.

HD skiljer, som framgått, i avgörandet mellan, å ena sidan, aktiebolagsrättsliga skäl och, å den andra, en "grundläggande panträttslig princip". Aktiebolagsrättsliga skäl skulle tala för att bedömningen av pantsättningens giltighet borde hänföra sig till den tidpunkt då panten tas i anspråk för täckande av fordran och inte – som är fallet beträffande den grundläggande panträttsliga principen – den tidpunkt då bolaget företog pantsättningen. Enligt min uppfattning kan det dock ifrågasättas, om inte *även skyddet för bolagsborgenärerna* talar för att bedömningen av pantsättningens giltighet skall hänföras till *tidpunkten då pantsättningen sker.* Skyddet för bolagets fordringsägare och andra utomstående intressenter är ett ändamålsskäl som talar för att man skall bedöma frågan huruvida rättshandlingen är vederlagsfri eller ej – se om detta spörsmål avsnitt 9.6.2.4 ovan, varav det framgår att det är tidpunkten för pantsättningen som är avgörande – i ett *sammanhang* med frågan huruvida rättshandlingen är tillåten eller ej. Tredje man måste kunna bilda sig en säker uppfattning om bolagets ekonomiska ställning och i vad mån aktieägarna har förfogat över bolagsförmögenheten (jfr 11:3 2 st. ABL). Dessutom bör en panthavare åtnjuta skydd såtillvida att han vid pantförskrivningstillfället en gång för alla måste kunna avgöra om pantsättningen är giltig eller ej. Med andra ord bör en panträtts giltighet inte vara beroende av framtida förhållanden (t.ex. 20 år senare), om vilka panthavaren inte har någon kunskap vid den tidpunkt pantförskrivning sker (dessa är oförutsägbara). Inte bara berörda *grundläggande panträttsliga princip* utan även det *aktiebolagsrättsliga skyddet för bolagets borgenärer* samt *omsättningsskyddet* talar enligt min mening sålunda för att bedömningen av pantsättningens giltighet skall hänföras till tidpunkten då pantsättningen sker: Vid tidpunkten då pantsättningen sker skall den vederlagsfria pantförskrivningen – förtäckta utbetalningen – motsvaras av utdelningsbara medel i bolaget.

På samma vis som är fallet beträffande en vederlagsfri pantförskrivning (förtäckt utbetalning) måste man i fråga om en vederlagsfri borgensförbindelse[404] avgöra vid vilken tidpunkt denna skall motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL. Ett alternativ är att låta den tidpunkt då bolaget ingick borgensförbindelsen vara bestämmande för prövningen.[405] Ett annat alternativ innebär att pantförskrivningen skall

[404] Vad gäller frågan när så skall anses vara fallet, se avsnitt 9.7 ovan.
[405] NJA 1980 s. 311 på s. 316 och se Danielsson, Aktiekapitalet s. 231 not 1.

motsvaras av utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL vid den tidpunkt då borgenförbindelsen görs gällande.[406] Den senare lösningen rekommenderades tidigare av Nial.[407] Nial förespråkar dock numera en modifierad lösning med följande innehåll:[408] Om borgensförbindelsen då den ställdes hade kunnat fullgöras med disponibla vinstmedel men detta sedan på grund av bolagets försämrade ställning inte är möjligt, bör den likväl anses som giltig, ifall den från början i bolagets balansräkning faktiskt utförts så att den ända tills den görs gällande fyllt funktionen av att minska den utdelningsbara vinsten eller om bolaget efter borgensförbindelsens tillkomst inte verkställt någon vinstutdelning eller kapitalåterbäring.[409]

Frågan om vilken tidpunkt som är bestämmande för borgensförbindelsers giltighet berördes av HD i nyss nämnda NJA 1980 s. 311. Något bestämt besked i frågan ger HD emellertid inte. En borgensförbindelse beskrivs som en vanlig – villkorlig – fordran, som är beroende av borgensmannens ekonomiska ställning i gäldhänseende vid den tidpunkt då förbindelsen görs gällande. Enligt HD kan det måhända vara naturligt att också i ovan berört hänseende fästa avgörande vikt vid borgensmannens – bolagets – ekonomiska ställning, då förbindelsen aktualiseras, eventuellt med de modifikationer som hävdas av Nial (ovan).[410]

Jag vill mena att man inte, som HD antyder i NJA 1980 s. 311, kan utgå från att det är "naturligt" att avgörande vikt skall fästas vid bolagets ekonomiska ställning, när förbindelsen aktualiseras; inte ens med de modifikationer som framförts av Nial. En borgensförbindelses giltighet i t.ex. avtalsrättsligt hänseende torde i regel prövas med hänsyn till förhållandena vid borgensavtalets ingående. Enligt min mening talar detta för att frågan åtminstone bör prövas förutsättningslöst.

Den allmänna principen vid förtäckta utbetalningar är att den tidpunkt, vid vilken bolaget lät verkställa utbetalningen, är avgörande för om den förtäckta utbetalningen skall anses som tillåten eller ej. Vid denna tidpunkt uppkommer även eventuell återbäringsskyldighet. Det kan därför tyckas som att systematiskt skäl talar för att man bör använda sig av samma tidpunkt vid prövningen av borgensförbindelsers giltighet. På grund av borgensförbindelsers juridisk-tekniska utformning skulle detta

[406] NJA 1980 s. 311 på s. 316 med vidare hänvisning till äldre upplagor av Nial, Borgensförbindelser (1 uppl. 1948 s. 17 och 2 uppl. 1972 s. 35) respektive Rodhe, Aktiebolagsrätt (9 uppl. 1978 s. 109).

[407] Se föregående not.

[408] Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 23 och HD i NJA 1980 s. 311 på s. 316f.

[409] Se Lindskog i JT 1992–93 s. 83 för kritik.

[410] Se referatet s. 317. Se för kritik Lindskog, JFK 12:2-8.2 not 149 (s. 66).

medföra att förhållandena då en borgensförbindelse tas i anspråk, och inte då den ingås, vore avgörande för dess giltighet.

Inte ens detta senare systematiska argument är dock något tyngre ändamålsskäl. Och skyddet för bolagets borgenärer och andra utanförstående intressenter talar enligt min mening för att tredje man redan vid avtalstidpunkten måste kunna bilda sig en säker uppfattning om huruvida borgensförbindelsen innefattar en *olovlig förtäckt utbetalning* (jfr 11:3 2 st. ABL). Vidare måste den borgenär vars fordran borgensåtagandet säkerställer redan vid tidpunkten för borgensavtalets ingående kunna fastställa om borgensförbindelsen är giltig eller ej. Med hänsyn till tredjemansskyddet och omsättningsskyddet bör således en vederlagsfri borgensförbindelse (förtäckt utbetalning) prövas mot utdelningsbart fritt eget kapital vid den tidpunkt då bolaget ingår borgensförbindelsen.[411]

> Se för en annan bedömning Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 5, beslut 1993-09-21, Ö 374/92. Hovrätten menar (s. 5) att skillnaden mellan borgen och tredjemanspant talar för att en vederlagsfri borgensförbindelse, med hänsyn till de aktiebolagsrättsliga reglerna om olovlig vinstutdelning och verkan därav och med beaktande särskilt av reglernas syfte att utgöra ett borgenärsskydd, är giltig endast om och i den mån bolaget har fritt eget kapital vid den tidpunkt då förbindelsen görs gällande.
>
> Den i målet aktuella borgensförbindelsen ansågs emellertid vara särpräglad på så sätt att konkursbolaget till säkerhet för fullgörandet av sina förpliktelser enligt borgensåtagandet pantsatt företagshypoteksbrev till banken. Hovrätten fann att pantsättningen lika gärna hade kunnat ske direkt till säkerhet för moderbolagets förpliktelser gentemot banken. Om så hade skett, skulle pantsättningen, i enlighet med den i NJA 1980 s. 311 fastslagna principen, ha varit giltig till ett belopp som motsvarade de utdelningsbara vinstmedel, som konkursbolaget förfogade över när pantsättningen gjordes och borgensförbindelsen lämnades. På grund härav och då det inte ens gjorts gällande att borgensföbindelsen lämnats i något i förhållande till andra borgenärer än banken illojalt eller annat oacceptabelt syfte, borde enligt hovrättens mening i det aktuella fallet tillämpas samma princip som enligt rättspraxis gäller beträffande tredjemanspant.

Ett spörsmål som här kort skall beröras är hur vederlagsfri pant och borgen skall redovisas.[412] Av 19 § BFL följer att inom linjen skall redovisas ställda

[411] Samma Lindskog i JT 1992–93 s. 82 not 2 (rättshandlingstidpunkten) men jfr JFK 12:2-8.2 not 149 (s. 66) (beslutstidpunkten). Jfr Danielsson, Aktiekapitalet s. 231 not 1. Annorlunda Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 23.

[412] Se härom bl.a. NJA 1980 s. 311 på s. 318f; Danielsson, Aktiekapitalet s. 231 not 1; Lindskog, JT 1992–93 s. 83 not 8; Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 23; Rodhe i Balans 1981:1 s. 4f (Studier s. 381f) och Balans 1981:4 s. 26 (Studier s. 384) samt Aktiebolagsrätt s. 129.

panter och ansvarsförbindelser såsom borgen. FAR har i förevarande sammanhang uttalat att ställande av säkerhet för annans gäld utgör en eventualförpliktelse, oavsett om panten anses vara vederlagsfri eller affärsmässigt betingad.[413] Eventualförpliktelser bör markeras i årsredovisningen genom att ställd pant för annans gäld anges separat inom linjen med angivande av pantens värde enligt balansräkningen. I likhet med vad som gäller för andra eventualförpliktelser skall däremot skuldföring först ske när det är sannolikt att ersättning kommer att utgå och beloppets storlek kan fastställas med rimlig sannolikhet.

Vid *ordinär vinstutdelning* gäller att varje aktieägare i och med stämmobeslutet får en fordran mot bolaget på att utfå ett belopp som motsvarar hans andel av den beslutade vinstutdelningen. En vederlagsfri pantsättning eller en vederlagsfri borgensförbindelse innefattar en *förtäckt utbetalning* och skall enligt min mening som varande en *dissimulerad rättshandling* bedömas och behandlas enligt *samma rättsregler* som gäller beträffande *öppna utbetalningar.* Av FAR:s uttalande att döma gäller det anförda tydligen inte med avseende på bolagets redovisning. Skuldföring skall ske som om en vederlagsfri pantsättning vore att jämställa med en ordinär pantsättning, och detsamma torde vara fallet beträffande en vederlagsfri borgensförbindelse. Det förefaller vidare som att fritt eget kapital inte skall reduceras förrän dess att pantsättningen skuldförs.[414]

Enligt min mening framstår det som att FAR med nyss nämnda rekommendation inte tycks vilja inse att bolagets redovisning måste följa de aktiebolagsrättsliga reglerna. En vederlagsfri pantsättning – och detsamma gäller beträffande en vederlagsfri borgensförbindelse – skall aktiebolagsrättsligt behandlas som en (förtäckt) utbetalning och därmed måste förfogandet i bolagets redovisning behandlas på samma sätt. Det i ABL åsyftade skyddet för tredje man – och för den delen bolagets aktieägare – förutsätter att en vederlagsfri pantförskrivning åtminstone reducerar fritt eget kapital[415] och kanske att den skuldförs som vilken annan aktiebolagsrättslig utbetalning som helst. Fritt eget kapital bör således reduceras så snart bolaget har företagit den vederlagsfria pantsättningen[416] och detta med ett belopp som motsvarar det vederlagsfria inslaget, dvs. i regel det lägre värdet av panten eller fordringen. Det bör framhållas att vad som nu sagts inte torde vara något annat än vad HD *redan antydde* i NJA 1980 s. 311 på s. 318f:[417] "En sak för

[413] Publicerat i Balans 1986:10 och återgivet i FAR:s årliga samlingsvolym.

[414] Jfr uttalandet.

[415] Eljest är det ju fullkomligt meningslöst att hänföra bedömningen av pantsättningens giltighet till tidpunkten för pantförskrivningen. Meningen med detta måste vara att utdelningsbart fritt eget kapital också faktiskt skall reduceras med aktuellt belopp. Trots detta menar till synes FAR att det förhållandet att det fria egna kapitalet tagits i anspråk blott behöver avspegla sig i redovisningen på ovan angivet sätt. Synsättet är för mig obegripligt.

[416] Jfr Danielsson, Aktiekapitalet s. 231 not 1 och Lindskog i JT 1992–93 s. 83 not 8.

[417] FAR synes dock inte tillmätt uttalandet någon betydelse.

sig är, att pantsättning, vars giltighet är beroende av att det finns disponibla vinstmedel vid tidpunkten för pantsättningen, kan böra *bokföras så att det framgår, att mot panten svarande vinstmedel tagits i anspråk* (jfr bokföringslagen 19 §)" (min kursivering).

12.8 Vissa processuella frågor

12.8.1 Återbäringsskyldighet och talerätt

12.8.1.1 Styrelsens talerätt avseende återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL

Sker en utbetalning till aktieägare i strid mot ABL är bolagets styrelse *berättigad* att föra talan om återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL och bristtäckning enligt 12:5 2 st. ABL;[418] i det följande hänvisar jag endast till talan om återbäring. Denna talerätt kan sägas följa av att styrelsen ansvarar för förvaltningen av bolagets angelägenheter (8:6 1 st. 1 meningen ABL).[419] Det *åligger* förmodligen också styrelsen såsom ansvarig för förvaltningen av bolagets angelägenheter att föra talan om återbäring, när en olovlig utbetalning är känd för någon av styrelsens ledamöter. Styrelsen kan troligtvis föra talan om återbäring även om samtliga aktieägare har samtyckt till förfogandet och detta i sin helhet ryms inom utdelningsbart fritt eget kapital enligt 12:2 ABL (jfr vetorätten i 12:3 1 st. 2 meningen ABL).

Styrelsen bör kunna uppdra åt annan, t.ex. en verkställande direktör, att föra talan på bolagets vägnar, och lika med styrelsen kan en likvidator vid bolagets likvidation föra talan om återbäring.[420] En likvidator bör i sistnämnda fall, och förutsatt samtycke av samtliga aktieägare saknas,[421] kunna föra talan om återbäring avseende utbetalningar i strid mot såväl bestämmelser uppställda tredje mans intresse och aktieägarnas intresse som regler rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen.

[418] Jfr SOU 1941:9 s. 286 och SWN s. 181.

[419] Däremot torde verkställande direktören sakna en självständig talerätt; jfr 8:6 1 st. ABL.

[420] Jfr 13:7 ABL och NJA 1990 s. 343.

[421] Det är mer tveksamt om ett dylikt samtycke skall tillmätas betydelse när styrelsens samtycke saknas; jfr vetorätten i 12:3 1 st. 2 meningen med 13:13 1 st. ABL och att likvidatorn måhända kan åberopa den förstnämnda regeln.

12.8.1.2 Konkursförvaltares talerätt å konkursboets vägnar avseende återbäring enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL

En återbäringstalan torde ändock typiskt sett aktualiseras vid aktiebolags konkurs. Att en konkursförvaltare å konkursboets vägnar äger föra talan om återbäring beträffande det som utbetalats i strid mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse, särskilt 12:2 ABL, är oomtvistat.[422] Det är däremot oklart om en konkursförvaltare äger föra talan om återbäring avseende det som utbetalats i strid mot bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse eller reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen.[423]

I portalbestämmelsen i 1:1 KonkL stadgas att "genom konkurs tar en

[422] Se NJA 1951 s. 6 I och II; 1966 s. 475; 1976 s. 618 och jfr 1980 s. 311 och 1990 s. 343 samt NJA 1993 s. 641. Jfr ock SOU 1941:9 s. 286 och SWN s. 181. Tredje man såsom bolagets borgenärer bör enligt min mening kunna föra talan enligt de allmänna skadeståndsreglerna i 15 kap. ABL gentemot aktieägare eller ledamöter av bolagsorganen avseende t.ex. överträdelser av 12:2 ABL. Se SOU 1941:9 s. 641f med vidare hänvisningar; Kedner–Roos II 12:5.04 (s. 256f) och Lind s. 269 samt Lindskog, JFK 12:5-7.3 (s. 116). Jfr SWN s. 492. Annorlunda Nial, Svensk associationsrätt s. 310f.

Av NJA 1979 s. 157, där det av käranden hävdades att vederlag inte tillförts ett aktiebolag för en av bolaget godkänd faktura och där HovR:n konstaterade att samtliga borgenärer (däribland käranden) medelbart tillfogats en skada motsvarande fakturabeloppet, kan man mot bakgrund av HD:s domskäl få den uppfattningen att skadeståndsskyldighet för styrelseledamot och revisor förutsätter att den "skadegörande handlingen medfört insolvens för bolaget eller förvärrat en redan förhandenvarande insolvens" (referatet s. 162).

För egen del tror jag inte – oavsett om domskälen måhända bör tolkas annorlunda – att domen i denna del bör tillmätas ett bestående prejudikatvärde avseende *tillämpningen av skadeståndsreglerna i 15 kapitlet ABL vad angår överträdelser av* (t.ex.) *12:2 ABL*; jfr NJA 1948 s. 651 men se SOU 1941:9 s. 642 not 3 och Dotevall s. 473ff. Enligt min uppfattning är en dylik lösning oförenlig med det i 12:2 ABL åsyftade skyddet för bolagets borgenärer. Det måste hållas i minnet att det bundna egna kapitalet och den del av fritt eget kapital som måste innehållas enligt försiktighetsregeln är tänkt att fungera som en slags säkerhet för bolagets borgenärer under bolagets bestånd. Att 12:2 ABL syftar till att garantera ett kontinuerligt skydd för bolagets borgenärer är ett ändamålsskäl som talar för att bolagsborgenärerna bör ha rätt att kräva skadestånd så snart bestämmelsen har överträtts och fordringsägarna av någon anledning har svårt att få betalt. För övrigt är det inte förenligt med hur kapitalskyddet är konstruerat som ett *sufficienskrav* (jfr NJA 1948 s. 651), att uppställa ett krav på orsakssamband mellan den skadegörande handlingen (utbetalningen) och *insolvens*; låt vara att detta stämmer överens med hur skadeståndsreglerna i andra fall skall tillämpas. Därtill kommer att om HD avsett upprätthålla ett orsakssamband av angivet slag kommer skadeståndsreglerna inte annat än undantagsvis att kunna tillämpas vid olovliga utbetalningar trots det i 12:2 ABL åsyftade borgenärsskyddet. Frånsett sådana situationer där bolaget är insolvent vid tidpunkten för åtgärden eller genom åtgärden blev insolvent blir det strängt taget omöjligt för bolagets borgenärer att erhålla något skadestånd oavsett hur många gånger bolaget på grund av alltför stora uttag har fått betalningsproblem och oavsett om bolagets fordringsägare kanske helt eller delvis har tvingats avstå från sina anspråk.

[423] Däremot torde så vara fallet beträffande utbetalningar i strid mot vetorätten i 12:3 1 st. 2 meningen ABL.

gäldenärs samtliga borgenärer i ett sammanhang tvångsvis i anspråk gäldenärs samlade tillgångar för betalning av sina fordringar". Syftet med konkursförfarandet kan således sägas vara att bolagets tillgångar skall tas om hand för att tillgodose bolagets fordringsägare. Den rätt som tillkommer en konkursförvaltare att föra talan om återbäring syftar alltså till att tillgodose *bolagsborgenärernas rätt*, och omfattar utbetalningar till aktieägare eller utomstående i strid mot bestämmelser i ABL uppställda i bl.a. *bolagsborgenärernas intresse*. Med hänsyn till att ändamålet är att tillgodose bolagsborgenärernas rätt synes det som om en konkursförvaltare inte bör ha rätt att föra talan om återbäring avseende utbetalningar som – utan att de strider mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse – innefattar ett åsidosättande av bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse eller strider mot reglerna rörande funktionsfördelningen mellan bolagsorganen.[424] En talerätt av angivet slag skulle omfatta mer än vad som följer av ändamålet med konkursförfarandet och skulle för övrigt vid aktiebolags konkurs vara avhängigt av om aktieägarna – vid tidpunkten för förfogandet eller eventuellt senare – godkänt dispositionen.[425] Något återbäringsanspråk torde ju enligt den allmänna principen om samtliga aktieägares samtycke åtminstone inte kunna göras gällande om samtliga aktieägare samtyckte till förfogandet.[426]

12.8.2 Talerätt och frågan om aktiebolagets ställföreträdare (och) eller den återbäringsskyldige har en fakultativ rätt att välja i vilken form återbäring skall ske

Återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL återspeglar det faktum att utbetalningar i strid mot bestämmelser i ABL är ogiltiga. Sker en utbetalning till aktieägare eller utomstående skall den egendom som frånhänts bolaget i regel återgå enligt de principer som gäller vid ogiltiga avtal och andra rättshandlingar i allmänhet. Jag har emellertid i avsnitt 12.5.3 ovan framfört den uppfattningen att denna huvudregel inte alltid bör tillämpas med avseende på utbetalningar i strid mot 12:2 ABL. Vid delvis otillåten utbetalning avseende odelbar egendom och otillåten förtäckt utbetalning (aktieägaren erlägger en motprestation) är det mer

[424] Jfr Lindskog, JFK 12:5-7.3 (s. 116). Återbäringsskyldighet bör dock komma i fråga om utbetalning av utdelning har skett i strid mot vetorätten i 12:3 1 st. 2 meningen ABL. Se föregående not.

[425] Jfr om läkning avsnitt 12.3.2.1 ovan.

[426] Jfr NJA 1951 s. 6 I och II och i viss mån NJA 1948 s. 651 på s. 666f. Men jfr NJA 1920 s. 584 I och II.

ändamålsenligt att ålägga mottagaren en värdeersättningsskyldighet motsvarande den otillåtna delen av förfogandet.

Med en undantagsregel av angivet slag kan det problemet uppkomma att bolagets ställföreträdare (och) eller den i och för sig återbäringsskyldige hävdar att valrätt föreligger med avseende på det som skall återbäras. Bolagets ställföreträdare anser sig kunna välja mellan att kräva återgång av den egendom som aktieägaren mottagit eller ersättning motsvarande värdet av denna. På samma vis kan aktieägaren hävda att det är han som har valrätt.[427]

Ett tungt vägande skäl som talar mot att ge den återbäringsskyldige valrätt mellan att fullgöra med den egendom som han har mottagit eller värdeersättning, är att en aktieägare (eller utomstående mottagare) därigenom kan spekulera på bolagets bekostnad. Den återbäringsskyldige kan närmare bestämt välja mellan att fullgöra med det ena eller det andra allt efter om egendomen har ökat eller minskat i värde sedan utbetalningstillfället. Detta argument kan på exakt samma vis åberopas mot att bolaget skall anses ha en *fakultativ* rätt att välja mellan återgång eller värdeersättning.[428]

Jag vill mena att spekulationsrisken är ett tillräckligt tungt vägande skäl för man varken skall tillerkänna bolaget eller den återbäringsskyldige någon fakultativ rätt att välja mellan återgång eller värdeersättning. Det tredje alternativet, vilket är att föredra, är att i varje enskilt fall ge återbäringsskyldigheten ett bestämt innehåll (se avsnitt 12.5.2–12.5.3 ovan). Rättsläget i frågan är emellertid osäkert; inte ens innebörden av återbäringsskyldigheten behöver vara den ovan angivna.[429]

12.8.3 Vem har bevisbördan för att en utbetalning är olovlig?

Utgångspunkten vid tillämpningen av återbäringsregeln i 12:5 1 st. 1 meningen ABL torde vara att bolaget har att visa att en viss rättshandling innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning.[430] Bevisbördan för att en sådan utbetalning är *olovlig*, dvs. i ett eller annat avseende står i strid mot reglerna i ABL, torde enligt gällande rätt följa samma princip. Det åligger således bolaget eller dess konkursförvaltare att visa att en rätts-

[427] Jfr Bramsjö, Om avtals återgång s. 110f, som synes mena att återgångssvaranden normalt har rätt att välja mellan att återlämna saken och att utge värdeersättning. Jfr ock Lindskog, JFK 12:5-4.3.3 (s. 106).

[428] Jfr Lindskog, SvJT 1992 s. 98, JT 1992–93 s. 101 och JFK 12:5-4.3.3 (s. 106f).

[429] Jfr inte minst Lindskog, JFK 12:5-4.3.3 (s. 106).

[430] Jfr NJA 1990 s. 343 och se härom avsnitt 8.12.

handling dels innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning, dels en aktiebolagsrättslig utbetalning i strid mot ABL.

KAPITEL 13
Återbäringsskyldighet och godtrosskydd

13.1 Inledning

En ovillkorlig återbäringsskyldighet för aktieägare som uppburit utbetalning av utdelning i strid mot ABL skulle i många fall framstå som obillig. Aktieägarna saknade måhända vid tidpunkten för utbetalningen all kännedom om att utbetalningen stod i strid med ABL och kan således tänkas ha konsumerat denna i god tro. Det är även tänkbart att utdelningen uppgår till ett blygsamt belopp och att det ekonomiskt inte lönar sig för bolaget att kräva åter vad som olovligen utbetalats; i allt fall inte från de mindre aktieägarna.

I 12:5 1 st. 2 meningen ABL stadgas ett godtrosskydd för aktieägare som uppburit utbetalning av utdelning i strid med ABL. Regeln syftar primärt på *öppen* utbetalning av utdelning och ger en aktieägare som i god tro uppburit en olovlig utbetalning av utdelning rätt att behålla vad han uppburit. Godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL är från den 1 januari 1995 språkligt sett något annorlunda utformad jämfört med tidigare.[1] Om en utbetalning har skett i form av vinstutdelning, är mottagaren återbäringsskyldig endast om bolaget visar att han insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL (jfr art. 16 i det andra bolagsdirektivet).

I rättspraxis har aktieägare tillerkänts ett godtrosskydd vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning i form av penninglån. Återbäringsskyldighet förutsätter att aktieägaren var i ond tro när lånet lämnades.[2]

[1] Se om denna ändring nedan avsnitt 13.2.4. Ändringen är föranledd av art. 16 i det andra bolagsdirektivet; se härom ovan avsnitt 11.2.

[2] NJA 1951 s. 6 I och II (aktieägaren i ond tro om att bolagets fordran mot aktieförvärvaren var värdelös) men jfr NJA 1990 s. 343 (ställföreträdaren för moderbolaget – moderbolaget – var i ond tro om att moderbolaget inte kunde påräknas betala tillbaka lånen till dotterbolaget; alltså förutsattes att aktieägaren – moderbolaget – var i ond tro om sin egen bristande betalningsförmåga).

> Jag bör kort kommentera terminologin något. Jag kommer i det följande stundom att beteckna godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL (och alternativt eller enligt 8:14 2 st. 1 meningen ABL för den som vill se en tillämpning av sistnämnda bestämmelse) som ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet. Detta följer av att en aktieägare inte är återbäringsskyldig, om han uppbar den olovliga utbetalningen i god tro. Sålunda är en förutsättning för att en aktieägare vid olovlig utbetalning av vinstutdelning skall vara återbäringsskyldig enligt *12:5 1 st. ABL i sin helhet* att han i ond tro uppbar den olovliga utbetalningen (se art. 16 i det andra bolagsdirektivet).[3]

Jag avser att i förevarande kapitel undersöka det godtrosskydd som dels återfinns i 12:5 1 st. 2 meningen ABL (både enligt den före och från 1 januari 1995 gällande lydelsen), dels har utvecklats i rättspraxis. Kapitlet är disponerat på så vis att jag inleder med att presentera rättsutvecklingen avseende godtrosskyddet från 1848 års lag till och med den nyligen genomförda ändringen i ABL i avsnitt 13.2.1 till 13.2.4. En närmare undersökning av tillämpningsområdet för godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL återfinns i avsnitt 13.3.1. Godtrosregelns innebörd behandlas i avsnitt 13.3.2. Avsnitt 13.3.3 syftar till att belysa några faktiska omständigheter av betydelse vid godtrosbedömningen. Frågan om aktieägare eller utomstående vid olovliga utbetalningar kan åberopa exstinktionsprincipen behandlas i avsnitt 13.3.4 (exkurs). Jag övergår i avsnitt 13.4 till att undersöka det ondtroskrav för återbäringsskyldighet (godtrosskydd) som i rättspraxis har upprätthållits vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning. I avsnitt 13.4.2 presenterar jag översiktligt rättsfallen på området. Avsnitt 13.4.3 syftar till att fastställa den rättsliga grunden för detta ondtroskrav. De lege lata gränsande till de lege ferenda försöker jag i avsnitt 13.4.4 fastställa huruvida ett generellt ondtroskrav gäller för återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning. Huruvida något generellt ondtroskrav gäller för återbäringsskyldighet vid olovliga utbetalningar till utomstående är en fråga som behandlas i avsnitt 13.5. Spörsmålet vilken tidpunkt som är bestämmande vid tillämpningen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL behandlas i avsnitt 13.6. Jag avslutar kapitlet med att i avsnitt 13.7 fastställa bevisbördans placering och i en exkurs – avsnitt 13.8 – diskutera om det behövs ett godtrosskydd för aktieägare (eller utomstående) för beslutad, men icke uppburen, vinstutdelning (utbetalning).

[3] Jfr om art. 16 i det andra bolagsdirektivet avsnitt 11.2 ovan.

13.2 Återbäringsskyldighet och godtrosskyddets historiska utveckling

13.2.1 Rättsutvecklingen från 1848 till och med början av 1930-talet

I 1848 års lag återfanns en bestämmelse (9 §) om ersättningsskyldighet för medlemmar av styrelsen som deltagit i beslut om olovlig utdelning. I händelse av brist hos bolaget (i förhållande till bolagets borgenärer) var styrelseledamöter och aktieägare solidariskt ansvariga för vad som blivit för mycket utdelat. Regeln om ersättningsskyldighet innehöll inte någon uttrycklig bestämmelse om återbäringsskyldighet för mottagaren.[4] Det stadgades följaktligen inte heller något skydd för den aktieägare som i god tro mottagit en olovlig utbetalning av utdelning. Trots detta torde en mottagare av en olovlig utbetalning ha varit återbäringsskyldig för vad han mottagit.[5] Hagströmer hävdade att återbäringsskyldigheten var beroende av ond tro.[6] Den rättsliga grunden för godtrosskyddet synes dock ha varit en helt annan än den som känns igen i gällande rätt:[7]

> "Som bekant har inom vår rättsteori och rättsskipning numer den grundsats stadgat sig, att den, som i god tro kommer i besittning af ett rättsobjekt af lös egendoms natur, därigenom förvärfvar all den rätt, han anser sig erhålla, äfven om en annans rättsliga anspråk på samma objekt därigenom skulle blifva inskränkt eller tillintetgjordt, eller att han åtminstone icke utan full ersättning kan beröfvas densamma. Vi tro, att denna grundsats äfven här är tillämplig, och att således den i god tro uppburna utdelningen icke kan återfordras."

Godtrosskyddet synes, såvitt jag kan bedöma, ha grundat sig på exstinktionsprincipen.

> Enligt Hagströmer kunde ond tro inte föreligga enbart av den orsaken, att balansräkningen inte utvisade några disponibla vinstmedel. En aktieägare ansågs inte ha någon skyldighet att innan han lyfter en beslutad utdelning skaffa sig kännedom om bolagets balansräkning.[8]

Under en följd av år efter Hagströmers avhandling uppmärksammades

[4] Hagströmer s. 274. I lagtexten används dock uttrycket "återbäring" med avseende på bristtäckningsskyldigheten.
[5] Jfr följande not.
[6] Hagströmer s. 274ff.
[7] Hagströmer s. 274. I en not (utelämnad i citatet) hänvisas till bl.a. 218 § ADHGB. Jfr avsnitt 11.3.6.1 ovan, särskilt vid not 131.
[8] Hagströmer s. 275.

inte frågan huruvida en aktieägare som i god tro uppbär olovlig utbetalning av utdelning undgår återbäringsskyldighet.[9] Frågan berördes t.ex. inte i motiven till 1895 års lag[10] och 1910 års lag[11]. Rättspraxis från denna tid saknas.[12]

Rättsläget mellan 1848 och början på 1930-talet torde få karaktiseras som osäkert. I den mån ett godtrosskydd verkligen fanns är det tänkbart att detta baserade sig på exstinktionsprincipen.

13.2.2 Rättsutvecklingen från början av 1930-talet till och med ABL

Under 1930-talet kom godtroskyddet att åter uppmärksammas i litteraturen.[13] Aktieägare var för utdelning som uppburits på grundval av ett bortklandrat stämmobeslut *i princip* återbäringsskyldiga oberoende av god tro.[14] Nial menade dock att man för godtroende mottagare möjligen kunde begränsa återbäringsskyldigheten till "obehörig vinst" eller något liknande. Återbäringsskyldigheten skulle alltså vara begränsad enligt allmänna rättsregler angående condictio indebiti.[15]

Några år senare framförde Karlgren i en recension av Jacob Arnholms arbete "Streiftog i obligasjonsretten" liknande åsikter. Allmänna principer rörande condictio indebiti skulle tillämpas vid otillåten utbetalning av utdelning. En aktieägare, som mottagit utdelning och kunde stödja sig

[9] Under 1800-talets senare hälft förordades i lagstiftningssammanhang en till synes strikt återbäringsskyldighet. Jfr härom Karlgren, Studier s. 119 not 1 och ovan avsnitt 2.2.

[10] Möjligen var aktieägare enligt 1895 års lag endast återbäringsskyldiga enligt de grunder som gäller för skadeståndsskyldighet, jfr 65 §.

[11] Jfr dock Kallenbergs yttrande angående återbäringsskyldighetens omfattning i 1908 års förslag s. 148.

[12] NJA 1951 s. 6 I, vari 54 § 1910 års lag och ondtroskravet tillämpades, avgjordes efter tillkomsten av 1944 års lag, där ett godtrosskydd infördes i 73 § 2 mom. 2 st. respektive 74 § 2 st.

[13] Se emellertid redan Karlgren, Studier s. 128, som förordade ett godtrosskydd med avseende på utbetalningar till utomstående (icke aktieägare) som inkräktade på bundet eget kapital.

[14] Nial, Om klanderbara stämmobeslut s. 94f.

[15] Nial. Om klanderbara stämmobeslut s. 95 not 155. Se härtill avsnitt 12.5 ovan om återbäringsskyldigheten innebörd. Nial var dessutom av den uppfattningen att en återbäringsplikt för aktieägare som uppburit utdelning i enlighet med en fastställd balansräkning, vilken sedermera befanns ogiltig på grund av någon för aktieägarna okänd omständighet (t.ex. övervärdering), möjligen till förmån för godtroende kunde begränsas till obehörig vinst och att någon bristtäckningsskyldighet i varje fall inte borde komma i fråga. Se Nial, Om klanderbara stämmobeslut s. 101 not 174. Nials mening synes i hög grad – om inte till och med helt – ha legat till grund för godtrosregelns utformning i 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag. Jfr nedan.

på ett lagakraftvunnit bolagsstämmobeslut, fick anses vara skyddad mot återbäringskrav som grundade sig på att viss eller vissa aktieägare som en följd av utbetalningen inte fått så mycket som de var berättigade till. Detsamma skulle gälla om en aktieägare inte erhållit täckning för sin fordran om att utfå beslutad utdelning som en följd av att annan aktieägare uppburit utdelning från bolaget. Karlgren förutsatte i det senare fallet att bolagsstämmobeslutet med hänsyn till de förhållanden som vid dess fattande kunde överskådas inte stod i strid mot de aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddsreglerna (54 § 1910 års lag).[16]

Återbäringsskyldigheten i 54 § 1910 års lag var enligt lagrummets ordalydelse ovillkorlig liksom den ansvarighet för brist vid återbäringen som stadgades för dem som deltagit i beslut om utdelning.[17] I lagberedningens förslag till 1944 års lag påpekades att om 54 § 1910 års lag enligt sin ordalydelse även skulle tillämpas då vinstutdelning skett enligt en av bolagsstämman fastställd men i strid med tvingande regler upprättad balansräkning, skulle resultatet bli att inte bara de som uppburit vinstutdelning blev återbäringsskyldiga oberoende av god eller ond tro utan också att de aktieägare, som deltagit belutet och som ofta saknade kännedom om de faktiska förhållanden av vilka de i balansräkningen upptagna posternas oriktighet berodde, skulle bli ansvariga för bristen. Lagberedningen menade att det redan vid den tidpunkten, och alltså vid tillämpningen av 54 § 1910 års lag, kunde ifrågasättas, om det inte med hänsyn till rättsutvecklingen rörande condictio indebiti var möjligt att fästa avseende vid aktieägarens goda tro.[18]

> Lagberedningen hänvisar (SOU 1941:9 s. 284 not 1; det är något oklart vad noten täcker men antagligen avses både godtrosskyddet och bristtäckningsskyldigheten) till vad som anförts av Hagströmer (ovan) och i 1883 års förslag till förändrad organisation av bankanstalterna. Vad angår godtrosskyddet är det väl tveksamt om Hagströmer gav uttryck åt ett godtrosskydd grundat på allmänna principer rörande condictio indebiti. Snarare synes han ha grundat detta på exstinktionsprincipen. Inte heller 1883 års förslag till förändrad organisation av bankanstalterna stödjer tanken om ett godtrosskydd grundat på allmänna principer rörande condictio indebiti. Däremot överensstämmer lagberedningens uppfattning med Nials uttalanden i ämnet (Nial var som bekant ledamot av denna). Se ovan efter not 14.

Lagberedningen föreslog i enlighet med det sagda ett godtrosskydd för visst fall. Om vinstutdelning hade skett av belopp som enligt fastställd

[16] SvJT 1940 s. 341.
[17] SOU 1941:9 s. 283.
[18] SOU 1941:9 s. 283f.

balansräkning var utdelningsbart men balansräkningen upprättats i strid mot bestämmelserna om värdering av aktiebolags tillgångar och skulder respektive balansräkningens uppställning (100–101 §§ 1944 års lag), borde hänsyn tas till god tro hos den som uppburit beloppet. Ett beslut varigenom en sådan balansräkning fastställdes eller varigenom stämman fattade beslut om utdelning utan att bolagets verkliga ställning var sådan att utdelningsbar vinst fanns stod i strid mot tvingande regler uppställda till skydd för bolagsborgenärerna. Beslutet var ogiltigt och denna ogiltighet ansågs bestå även om det förblev oklandrat (nullitet). Om bolagsorganen verkställde beslutet var det enligt lagberedningen obilligt med återbäringsskyldighet; en skyldighet som kanske skulle medföra ruinerande verkningar inom vida kretsar. Lagberedningen menade att aktieägare i synnerhet i större bolag vanligen står helt och hållet främmande för bolagets förvaltning. Aktieägarna har i regel inte möjlighet att kontrollera riktigheten av den av styrelsen upprättade balansräkningen. En skyldighet för aktieägare att kanske efter flera år återbära erhållna utdelningar vore därtill särskilt betungande, då det är fråga om inkomst, som flertalet aktieägare förbrukar för sitt uppehälle.[19] I enlighet med lagberedningens förslag infördes med 1944 års lag ett lagstadgat godtrosskydd. Godtrosskyddet var utformat på följande vis i 73 § 2 mom. 2 st:

> Samma lag vare [dvs. återbäringsskyldighet föreligger], om utdelning skett av vinst som utvisats av fastställd balansräkning till följd därav att balansräkningen upprättats i strid mot bestämmelserna i 100 och 101 §; dock må utdelning ej återkrävas från den, som vid dess uppbärande varken insåg eller bort inse balansräkningens oriktighet."

Aktieägare var enligt 73 § 2 mom. 1 st. 1944 års lag ovillkorligen återbäringsskyldiga för utdelning som utbetalats, om utdelningen tog i anspråk ett större belopp än vad som utgjorde utdelningsbar vinst enligt fastställd balansräkning för sista räkenskapsåret.[20] Ovillkorlig återbäringsskyldighet förelåg även för utdelning som utbetalats utan att någon balansräkning hade blivit upprättad eller när en upprättad balansräkning inte hade blivit fastställd.[21] Vidare uppkom ovillkorlig återbäringsskyldighet då utdelning utbetalats i strid mot bl.a. bestämmelse i bolagsordningen[22]. Hade utdelning skett enligt fastställd balansräkning av mer än som enligt en riktig balansräkning skulle ha utgjort utdelningsbar vinst, var ondtroende mottagare enligt 73 § 2 mom. 2 st. skyldig att återbära så mycket

[19] SOU 1941:15 s. 285.
[20] SOU 1941:9 s. 285.
[21] SOU 1941:9 s. 284f och se SWN s. 180.
[22] SOU 1941.9 s. 285 och SWN s. 180f.

som uppburits utöver den utdelningsbara vinsten enligt en riktig balansräkning.[23]

I 74 § 1 st. 1944 års lag återfanns en särskild regel om begränsning av vinstutdelning från moderbolag i koncerner. Regeln kan liknas vid den nuvarande försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL (se närmare avsnitt 5.4.4.2 ovan). Av moderbolagets vinst fick, ändå att vinstutdelning eljest var medgiven, inte så stort belopp utdelas att vinstutdelningen, med hänsyn till koncernens ställning och resultatet av koncernens verksamhet i dess helhet, kunde anses stå i strid mot god affärssed. I 74 § 2 st. stadgades återbäringsskyldighet för de aktieägare som uppburit utbetalning av utdelning i strid mot första st. Vad som olovligen utbetalats kunde dock inte återkrävas från den som varken insett eller bort inse att vinstutdelning beslutats och verkställts i strid mot 74 § 1 st.[24]

13.2.3 Godtrosskyddet enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL – godtrosregelns utvidgade tillämpningsområde

Aktiebolagsutredningen föreslog att det i 1944 års lag stadgade godtrosskyddet skulle utvidgas till att omfatta fler fall av otillåten utbetalning av utdelning. Utredningen erinrade om att 73 § 2 mom. 1 st. 1944 års lag stadgade en ovillkorlig återbäringsskyldighet dels för utdelning som verkställts utan att någon balansräkning blivit fastställd, dels för utdelning som verkställts med ett större belopp än vad balansräkningen utvisade som vinst. Denna regel ansågs av utredningen vara för sträng. Visserligen ansågs aktieägarna ha möjlighet att kontrollera att balansräkningen blivit fastställd och att denna utvisade vinst av tillräcklig storlek. Men man var tvungen att räkna med att många aktieägare, särskilt ägare av mindre poster i stora bolag, ej hade förmåga att bedöma om utdelningen höll sig inom ramen för vad den fastställda balansräkning utvisade, och det ansågs kunna vålla dem svåra olägenheter att behöva betala tillbaka utdelning som de uppburit och kanske konsumerat i god tro.[25]

Utredningens förslag till godtrosregel omfattade alla fall då belopp utbetalats som vinstutdelning utan att lagens regler därom iakttagits. Aktieägare skulle sålunda vara skyddade mot återbäringskrav om bolagsstämman fattat beslut om större utdelning än styrelsen föreslagit eller godkänt eller då utdelning verkställts utan att bolagsstämman fattat beslut därom, eller då stämmans beslut av formella skäl var ogiltigt eller undanröjts efter klander. Dessutom skulle vinstutdelning i strid mot

[23] SOU 1941:9 s. 285 och se SWN s. 181f.
[24] Se närmare SOU 1941:9 s. 289 och SWN s. 184.
[25] SOU 1971:15 s. 321.

regeln i nuvarande 6:5 2 meningen ABL få behållas av godtroende mottagare. En ovillkorlig återbäringsskyldighet skulle dock gälla om kapitalnedsättning med utbetalning till aktieägare skett utan att de därom givna reglerna iakttagits.[26] Aktiebolagsutredningens förslag till godtrosregel löd på följande vis:

> 113 § 1 st: " Detta (dvs. återbäringsskyldighet föreligger) gäller dock ej om utbetalningen skedde såsom vinstutdelning och mottagaren varken insåg eller bort inse att utdelningen var olaglig."

I lagrådsremissen byttes ordet "såsom" ut mot "som". Lagrådet hade sakligt sett inga invändningar mot det utvidgade tillämpningsområdet för godtrosregeln men riktade kritik mot den språkliga utformningen. Vad som närmare skulle förstås med uttrycket "om utbetalningen skedde som vinstutdelning" var inte fullt klart. Enligt lagrådet skulle godtrosregeln bli tydligare och *den avsedda innebörden knappast ändras*, om 12:5 1 st. 2 meningen utformades på så sätt som godtrosregeln var utformad före den 1 januari 1995[27]:[28]

> "Detta gäller dock ej, om mottagaren hade skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning."

Formuleringen "skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning" måste med hänsyn till godtrosregelns utformning i 1944 års lag, aktiebolagsutredningens förslag till godtrosregel och lagrådets uttalande ovan förstås som att utbetalningsmottagaren varken skulle ha insett eller bort inse att utbetalningen var olovlig.[29]

13.2.4 Implementeringen av art. 16 i det andra bolagsdirektivet och 12:5 1 st. 2 meningen ABL enligt gällande lydelse från den 1 januari 1995

Mot bakgrund av art. 16 i det andra bolagsdirektivet föreslog Aktiebolagskommittén i SOU 1992:83 en ändring av godtrosregeln i 12:5 1 st.

[26] SOU 1971.15 s. 321.

[27] Ett kommatecken skiljer.

[28] Lagrådet i prop. 1975:103 s. 770f och se föredraganden i prop. 1975:103 s. 789.

[29] Att formuleringen "mottagaren hade skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning" skulle förstås som att aktieägaren varken insett eller bort inse att utbetalningen av utdelning var olaglig är dock inte någon självklarhet. En i SkbrL förekommande formulering är vad medkontrahenten hade kunskap om eller "skälig anledning till misstanke" om (se t.ex. 30 § SkbrL). Det senare rekvisitet synes kunna förstås som vad medkontrahenten "måste inse" och inte som vad medkontrahenten "bort inse"; jfr beträffande 30 § SkbrL NJA 1976 s. 618 på s. 623f ("måste misstänka").

2 meningen ABL. Aktiebolagskommitténs förslag löd närmare bestämt på följande vis:

> "Har utbetalningen skett i form av vinstutdelning, är dock mottagaren återbäringsskyldig endast om bolaget visar att han kände till eller måste antagas ha känt till att utbetalningen stred mot denna lag".

Motivet till den föreslagna ändringen var att direktivets "godtroskrav"[30] ansågs vara mer förmånligt för aktieägarna och i motsvarande mån mer till nackdel för bolagets borgenärer än det som föreskrevs i 12:5 1 st. 2 meningen ABL i 1975 års lydelse.[31] Det i den föreslagna lagtexten begagnade ondtroskravet "kände till eller måste antas ha känt till" uppgavs i sak – i vad avser utbetalningsmottagarens subjektiva insikt – överensstämma med det ondtrosrekvisit som uppställs i 33 § AvtL ("måste antagas hava ägt sådan vetskap").[32]

För egen del företräder jag den uppfattningen att ondtroskravet i art. 16 ("/.../ aktieägarna kände till att utdelningen var olaglig eller att de med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunniga om det") bör tolkas som vad utbetalningsmottagaren insett eller bort inse. I allt fall kan det konstateras, att art. 16 har implementerats på detta sätt i Danmark, Tyskland och troligtvis Storbritannien. Se härom avsnitt 11.2 ovan. Härav följer att om den av Aktiebolagskommittén föreslagna lydelsen av 12:5 ABL hade införts i ABL skulle godtrosskyddet för aktieägare vad avser olovlig utbetalning av utdelning ha varit bättre än vad som är fallet i våra grannländer (vilkas lagstiftning grundar sig på art. 16; jfr ovan) och vad som – för den delen – var fallet före den 1 januari 1995 enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Blott om en aktieägare *insett* att utbetalningen stred mot ABL skulle ond tro ha ansetts föreligga (jfr uppsåt). Således skulle ett aktiebolag inte ha kunnat rikta återbäringsanspråk mot aktieägare, som av enkel oaktsamhet (vårdlöshet) undgått att märka att en utbetalning av utdelning var olovlig.[33]

> En dylikt skärpt ondtrosrekvisit – "måste antas ha känt till" – avser principiellt vetskap som psykisk realitet men sänker kravet på bevisning i det särskilda fallet till stor sannolikhetsövervikt på grund av svårigheter att bevisa

[30] För egen del föredrar jag att med avseende på art. 16 i det andra bolagsdirektivet och 12:5 1 st. ABL tala om ondtroskrav för återbäringsskyldighet. Se ovan avsnitt 13.1.

[31] SOU 1992:83 s. 139 och jfr s. 266.

[32] SOU 1992:83 s. 166.

[33] Jfr uttrycken "måste insett" och "måste antagas hava ägt sådan vetskap" i AvtL, vilka i princip inte anses omfatta enkel oaktsamhet. Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 256 och Grönfors, Avtalslagen s. 165.

psykiska fakta.[34] Man kan undra över om den av Aktiebolagskommittén föreslagna lydelsen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL skulle ha inneburit att en aktieägare fick anses vara i god tro även i följande situation: På grund av grov oaktsamhet undgår en aktieägare att lägga märke till faktiska omständigheter av vilka han skulle ha förstått – om han hade varit uppmärksam – att det rörde sig om en otillåten utbetalning av utdelning. Aktiebolagskommittén synes åtminstone ha företrätt den uppfattningen att god tro skulle anses föreligga i denna situation.[35] En aktieägare skulle alltså inte ha kunnat åläggas återbäringsskyldighet, om han uppburit olovlig utbetalning av utdelning i grovt oaktsam god tro.

Den av Aktiebolagskommittén föreslagna lydelsen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL omprövades i propositionen (1993/94:196). Direktivets ordalydelse ansågs inte, som jag tidigare har nämnt, utesluta en tolkning som närmare överensstämmer med vad som allmänt gäller i fråga om ond tro i svensk rätt ("insett eller bort inse"). Vad angår den närmare utformningen av ondtrosrekvisitet menade föredraganden, att det var sakligt motiverat med en bestämmelse som ansluter till vad som allmänt gäller i svensk rätt angående ond och god tro, dvs. skyldigheten att betala tillbaka vinstmedlen bör vara beroende av om aktieägaren insett eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL.[36] 12:5 1 st. 2 meningen ABL lyder från den *1 januari 1995* på följande vis:[37]

> "Om utbetalningen har skett i form av vinstutdelning, är dock mottagaren återbäringsskyldig endast om bolaget visar att han insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot denna lag."

Från den 1 januari 1995 gäller sålunda enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL att medel som har betalats ut som (otillåten) vinstutdelning inte behöver betalas tillbaka annat än om mottagaren insett eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL. Med (otillåten) vinstutdelning avses enligt föredraganden endast (olovlig) öppen vinstutdelning,[38] dvs. sådan utdelning som (inte) har skett på i lagen föreskrivet sätt.[39] Ondtrosrekvisitet uppges

[34] Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 37.

[35] SOU 1992:83 s. 166. Aktiebolagskommittén menade ju att formuleringen "kände till eller måste antagas ha känt till" skulle tolkas på samma sätt som ondtrosrekvisitet i 33 § AvtL, och det subjektiva rekvisitet i denna bestämmelse tar just sikte på dolösa förfaranden. Se Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 256. Det subjektiva rekvisitet i 33 § AvtL torde omfatta såväl direkt och indirekt uppsåt som eventuellt uppsåt.

[36] Prop. 1993/94:196 s. 129.

[37] Jfr lagtextförslag i det av mig avgivna remissyttrandet s. 10.

[38] Vad som gäller beträffande olovlig förtäckt utbetalning av utdelning framgår inte. Se härom närmare avsnitt 13.4.

[39] Uttalandet kan missförstås. Orden inom parantes har lagts till i klargörande syfte.

i sak överensstämma med det ondtrosrekvisit som uppställs i bl.a. 32 § AvtL. Redan av ordalydelsen följer att bolaget har bevisbördan för att utbetalningsmottagaren var i ond tro (se ock art. 16 i det andra bolagsdirektivet).[40]

Sakligt sett kan man måhända ifrågasätta, om det verkligen var motiverat med en ändring av 12:5 1 st. 2 meningen ABL. God tro förutsatte ju – enligt min mening – redan före den 1 januari 1995 att aktieägaren varken insett eller bort inse att utbetalningen av utdelning var olovlig. Återbäringsskyldighet aktualiserades bara om aktieägaren insett eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL.

Inte heller i övrigt tycks ändringen innebära något nytt. Den tidigare godtrosregeln tog sikte på öppen olovlig vinstutdelning[41] och bolaget hade bevisbördan för att utbetalningsmottagaren var i ond tro[42]. Härav följer att art. 16 i det andra bolagsdirektivet kan sägas ha varit "implementerad" redan när ABL trädde i kraft 1977.

Den från den 1 januari 1995 gällande lydelsen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL är emellertid bättre utformad språkligt sett. Det får antas att bestämmelsen därmed blir enklare att tillämpa.

> Ändringen måste också förstås mot bakgrund av den i SOU 1992:83 föreslagna godtrosregeln.

13.3 Godtrosregeln – före och från den 1 januari 1995

13.3.1 Tillämpningsområdet för godtrosregeln

Före den 1 januari 1995 gällde ett godtrosskydd vid olovliga utbetalningar med den innebörd, att mottagaren inte behövde återbära vara han hade uppburit *om mottagaren hade skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning*. Formuleringen skulle förstås på samma sätt som i aktiebolagsutredningens förslag: Utbetalningen skedde som vinstutdelning och mottagaren varken hade insett eller bort inse att utdelningen var olaglig.

En förutsättning för att godtrosregeln skulle vara tillämplig synes – *för det första* – ha varit att aktieägaren skulle ha uppfattat utbetalningen som att det utbetalande bolaget *verkställde vinstutdelning*. Godtrosskyddet

[40] Prop. 1993/94:196 s. 174.
[41] Se avsnitt 13.3.1.
[42] Se avsnitt 13.7.

var avhängigt av om utbetalningen hade skett *i form av vinstutdelning* såtillvida att *aktieägaren skulle ha uppfattat utbetalningen som utbetalning av vinstutdelning*. Huruvida utbetalningen betecknats som utbetalning av beslutad vinst eller dylikt torde i och för sig inte ha varit avgörande.[43]

Detta krav känns även igen i den från den 1 januari 1995 gällande lydelsen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Utbetalningen skall ha skett *i form av vinstutdelning*.

Utbetalningen till aktieägaren skulle – *för det andra* – ha framstått som *laglig* utbetalning av vinstutdelning. Aktieägaren skulle följaktligen ha uppfattat utbetalningen som *rättsenlig* utbetalning av vinstutdelning. Också från den 1 januari 1995 krävs det för godtrosskydd enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL att aktieägaren skall ha uppfattat utbetalningen som laglig utbetalning av vinstutdelning, närmare bestämt skall aktieägaren varken ha insett eller bort inse att *utbetalningen stred mot ABL*.

Det första kravet måste – såväl före som från den 1 januari 1995 – anses utesluta alla utbetalningar till aktieägare som inte till sin form framstår som utbetalning av vinstutdelning utan som utbetalning i samband med kapitalnedsättning eller som utbetalning vid likvidation (verkställande av utskiftning).[44] Gränsdragningen mellan utbetalning av vinstutdelning och utbetalning vid likvidation saknar betydelse då utbetalning av vinstutdelning efter det att ett bolag har trätt i likvidation inte kan komma i fråga (se avsnitt 5.3.4 ovan). Vad angår avgränsningen mellan utbetalning av vinstutdelning och utbetalning i samband med kapitalnedsättning är ett problem att utbetalning av utdelning som inkräktar på bundet eget kapital *tekniskt sett* kan betraktas som otillåten nedsättning av någon av de i bundet eget kapital ingående posterna, t.ex av reservfonden eller aktiekapitalet (se avsnitt 5.3.3 ovan). Godtrosregeln synes dock vara tillämplig i nämnda situation, om aktieägaren har uppfattat utbetalningen som utbetalning av vinstutdelning (och som rättsenlig sådan).[45]

Det är betydligt svårare att i allmänna ordalag precisera det andra kravet sådant det följer av 12:5 1 st. 2 meningen ABL före den 1 januari 1995. Vad krävs för att utbetalningen för aktieägaren skall framstå som *laglig* utbetalning av vinstutdelning? En tänkbar tolkning är att detta endast innebär att utbetalningen för aktieägaren skall framstå som att bolaget företar en rättshandling som tar i anspråk tillgångar motsvarande

[43] Jfr i tysk rätt ovan avsnitt 11.3.6.1.

[44] Jfr SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485. Jfr ock Bökmark–Svensson s. 133; Kedner–Roos 12:5.03 (s. 255f); Lind s. 268f och Lindskog, JFK 12:5-4.2 (s. 103).

[45] Jfr SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485: "/.../ alla fall då belopp utbetalats såsom vinstutdelning".

utdelningsbart fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret (jfr 12:2 ABL). Jag vill dock mena att en dylik tolkning stämmer dåligt överens med hur godtrosregeln var utformad i lagtexten ("/.../ laglig vinstutdelning").[46] Enligt min uppfattning var det för god tro enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL inte tillräckligt, att en *otillåten* utbetalning *materiellt sett* för aktieägaren framstod som att bolaget företog en rättshandling som tog i anspråk tillgångar motsvarande utdelningsbart fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. Det måste *härutöver* ha krävts, att den otillåtna utbetalningen *formellt sett* för aktieägaren framstod som en rättshandling varigenom bolaget verkställde vinstutdelning, där vinstutdelningen grundade sig på ett beslut av bolagsstämman eller eljest samtycke av samtliga aktieägare, som var förenligt med vad styrelsen föreslagit eller godkänt (12:3 1 st. ABL). Att en utbetalning innefattade otillåten utbetalning av vinstutdelning innebar alltså inte att en aktieägare kunde påräkna något godtrosskydd enligt 12:5 ABL 1 st. 2 meningen ABL även om han hade uppfattat situationen på så sätt, att utbetalningen tog i anspråk tillgångar motsvarande utdelningsbart fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret.

Jämlikt den från den 1 januari 1995 gällande lydelsen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL krävs för godtrosskydd att utbetalningen har skett i form av vinstutdelning och att aktieägaren inte insett eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL. Enligt min uppfattning måste också godtrosregeln i dess nu gällande lydelse – och alltså i överensstämmelse med den tidigare gällande lydelsen – tolkas som att den för god tro ställer ett krav på att en otillåten utbetalning för aktieägaren dels i *materiellt hänseende* skall framstå som att bolaget företar en rättshandling som tar i anspråk tillgångar motsvarande utdelningsbart fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, dels i *formellt hänseende* skall framstå som en rättshandlingen varigenom bolaget verkställer vinstutdelning, där vinstutdelningen grundar sig på ett beslut av bolagsstämman eller eljest samtycke av samtliga aktieägare, som är förenligt med vad styrelsen föreslagit eller godkänt.

Det anförda har såväl före som från den 1 januari 1995 betydelse för godtrosregelns tillämpningsområde. Enligt min uppfattning skall godtrosregeln tillämpas vid *otillåten öppen* utbetalning av *utdelning*. Detta innebär emellertid inte att 12:5 1 st. 2 meningen ABL är tillämplig vid *otillåten förtäckt* utbetalning av *utdelning*. Vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning framstår "utbetalningen" inte *formellt sett* som tillåten, dvs. som en rättshandling varigenom bolaget verkställer vinstutdelning,

[46] Se nedan om tillämpningsområdet för godtroregeln sådant det anges i motiven till ABL.

där vinstutdelningen grundar sig på ett beslut av bolagsstämman eller eljest samtycke av samtliga aktieägare, som är förenligt med vad styrelsen föreslagit eller godkänt. Den rättspraxis som finns på området tyder dock (delvis) på att 12:5 1 st. 2 meningen ABL är tillämplig vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning. HD har beträffande olovlig förtäckt utbetalning av utdelning i form av penninglån och pant (samt obiter beträffande borgen) upprätthållit ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet eller ogiltighet.[47] Till frågan om 12:5 1 st. 2 meningen ABL generellt skall tillämpas vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning återkommer jag till i avsnitt 13.4 nedan.

Vad gäller tillämpningsområdet för 12:5 1 st. 2 meningen ABL från den 1 januari 1995 kan man notera, att det i propositionen poängteras att med vinstutdelning avses endast öppen vinstutdelning, dvs. sådan utdelning som har skett på i lagen föreskrivet sätt.[48] Uttalandet torde få förstås som att 12:5 1 st. 2 meningen ABL blott är tänkt att vara tillämplig vid otillåten *öppen* utbetalning av utdelning. Vad som mot bakgrund av ovannämnda rättspraxis skall gälla vid otillåten *förtäckt* utbetalning av utdelning framgår inte.[49] Se härom nedan avsnitt 13.4.

> Man kan mot bakgrund av rättspraxis på området tycka att ett uttalande om vad som skall gälla vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning hade varit på sin plats. En tänkbar förklaring är att man på departementsnivå inte önskade ta ställning till detta spörsmål, där ju en tillämpning av befogenhetsregeln i 8:14 ABL påståtts vara ett alternativ till 12:5 1 st. 2 meningen ABL.[50]

Av det sagda följer att tillämpningsområdet för godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL såväl före som från den 1 januari 1995 är vidsträckt. Jag utgår i det följande från att 12:5 1 st. 2 meningen ABL från den 1 januari 1995 har samma tillämpningsområde som var fallet före denna dag.

Den förmodligen principiellt viktigaste situationen där godtrosregeln kan tillämpas är öppen utbetalning av utdelning som tar i anspråk mer än

[47] Jfr NJA 1951 s. 6 I och II; 1980 s. 311 och 1990 s. 343.

[48] Prop. 1993/94:196 s. 174.

[49] Se i not 47 anförda rättsfall. Uttalandet i propositionen kan tolkas som att 12:5 1 st. 2 meningen ABL över huvud taget *inte* skall tillämpas (ens analogt) vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning. Detta skulle i så fall innebära att det vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning antingen inte finns något ondtroskrav för återbäringsskyldighet eller att ett sådant ondtroskrav (för ogiltighet) i stället följer av befogenhetsregeln i 8:14 ABL. Man kan emellertid också tolka uttalandet som att det inte utesluter en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning. Se nedan avsnitt 13.4.

[50] Se föregående not.

vad som är fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL eller som står i strid mot försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL.[51] Härav följer att godtrosregeln också är tillämplig om utbetalningen tar i anspråk medel som rätteligen borde avsatts till reservfonden enligt 12:2 1 st. p. 2 jämfört med 12:4 1 st. p. 1 ABL.

En i praktiken betydelsefull situation vid vilken aktieägare kan åberopa 12:5 1 st. 2 meningen ABL är då öppen utbetalning av utdelning sker trots att balansräkningen är felaktig.[52] Detsamma gäller om balansräkningen inte är fastställd.[53] Vidare torde godtrosregeln kunna tillämpas, om öppen utbetalning av utdelning sker på grundval av en förfalskad balansräkning.[54] Uppkommer återbäringsskyldighet jämlikt 12:5 1 st. 1 meningen ABL då resultaträkning saknas eller är bristfällig i något annat avseende, vilket enligt min mening är fallet,[55] bör aktieägare kunna åberopa 12:5 1 st. 2 meningen ABL.

Aktieägare som uppburit utbetalning av utdelning i god tro är skyddade mot återbäringsanspråk, om bolagsstämman inte har fattat något beslut om utdelning eller då stämmans beslut av formella skäl är ogiltigt eller undanröjs efter klander (9:17 ABL).[56] Godtrosregeln bör ock kunna åberopas då utdelning verkställs på grundval av ett stämmobeslut som strider mot en regel uppställd i aktieägarnas intresse – t.ex. likhetsprincipen eller bestämmelse i bolagsordningen om olika rätt till utdelning – och där stämmobeslutet är klanderbart enligt 9:17 1 och 2 st. ABL. 12:5 1 st. 2 meningen ABL kan även åberopas av aktieägare som uppbär utdelning i enlighet med ett stämmobeslut om vinstutdelning, där stämmobeslutet är ogiltigt enligt 9:17 3 st. p. 1 ABL på grund av att den

[51] Jfr prop. 1975:103 s. 485 och vad angår det förra SOU 1971:15 s. 321. Se härom bl.a. Lindskog, JFK 12:5-4.2 (s. 103) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 111.

[52] Jfr 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag och att ABL enbart syftade till att utvidga godtrosskyddet. Se ovan och jfr SOU 1971:15 s. 321. Se ock t.ex. Lindskog, JFK 12:5-4.2 (s. 103).

[53] SOU 1971:15 s. 321 och jfr prop. 1975:103 s. 485. Att aktieägarna, som det poängteras i propositionen, alltid har möjlighet att kontrollera att balansräkningen blivit fastställd innebär inte att godtrosregeln inte i princip är tillämplig.

[54] Att förfalskning enligt allmänna principer anses utgöra en stark ogiltighetsregel hindrar inte att den i 12:5 1 st. 2 meningen ABL stadgade godtrosregeln bör väga tyngre vid utbetalning av utdelning på grundval av en förfalskad balansräkning.

[55] Se avsnitt 12.3.2.2 ovan.

[56] SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485. Se i litteraturen t.ex. Kedner–Roos II 12:5.03 (s. 255). Enligt 1944 års lag var bestämmelserna om återbäring inte tillämpliga om ett stämmobeslut bortklandrades. I stället skulle det anses som om ett vinstutdelningsbeslut aldrig hade förelegat. Verkställd utdelning skulle återbäras enligt allmänna regler. Se SOU 1941:9 s. 286 och jfr s. 560. Se ock SWN s. 182 och jfr s. 385. Vad nu sagts synes också varit fallet enligt 1910 års lag. Se Nial, Om klanderbara stämmobeslut s. 94f och s. 101 not 174. Jfr i sammanhanget Lindskog, JFK 12:5-4.2 not 30 (s. 103).

beslutade vinstutdelningen tar i anspråk mer än vad som är fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL eller står i strid mot försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Vidare är aktieägare i god tro skyddade mot återbäringskrav avseende verkställd utdelning som stämman beslutat om och som är större än vad styrelsen i enlighet med 12:3 1 st. 2 meningen ABL föreslagit eller godkänt.[57] Slutligen skall nämnas att 12:5 1 st. 2 meningen ABL kan tillämpas om utbetalning av utdelning skett i strid mot 6:5 2 meningen[58] eller 11:4 2 st. 2 meningen ABL.

13.3.2 Vad krävs för god tro?

Enligt 73 § 2 mom. 2 st. och 74 § 2 st. 1944 års lag kunde återbäringsanspråk i anledning av olovlig utbetalning av vinstutdelning inte göras gällande mot aktieägare, som varken insett eller bort inse att utbetalningen var rättsstridig i visst avseende; nämnda godtrosregler hade emellertid ett begränsat tillämpningsområde (se ovan avsnitt 13.2.2). Aktiebolagsutredningen föreslog, som jag redan har nämnt, en godtrosregeln som förutsatte att utbetalningen skett som vinstutdelning och att mottagaren varken hade insett eller bort inse att utdelningen var olaglig. På lagrådets initiativ blev, som jag likaledes redan har framhållit, godtrosregeln sedermera utformad som att en aktieägare undgår återbäringsskyldighet, om han hade *skälig anledning antaga* att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning (se ovan).

Formuleringen "skälig anledning antaga" att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning torde böra förstås som att utbetalningsmottagaren varken skulle ha insett eller bort inse att utbetalningen var olaglig (se avsnitt 13.2.3 ovan). Det subjektiva rekvisitet "insett" bör i huvudsak kunna jämställas med uppsåt (även eventuellt uppsåt).[59] I förevarande fall innebar det att en aktieägare, som hade faktisk vetskap om att en utbetalning av vinstutdelning stod i strid med ABL, var återbäringsskyldig för vad han mottagit från bolaget. Rekvisitet "bort inse" bör i huvudsak kunna jämställas med enkel oaktsamhet (vårdslöshet).[60] När aktieägaren uppbar utbetalningen kände han i och för sig inte till att denna var olovlig men det förelåg sådana omständigheter att man som utomstående

[57] SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485.
[58] SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485.
[59] Jfr justitierådet Riben i NJA 1966 s. 475 på s. 488.
[60] Jfr justitierådet Riben i NJA 1966 s. 475 på s. 488 och Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 37 och s. 245f. Se i avsnitt 11.2 ovan beträffande art. 16 i det andra bolagsdirektivet; avsnitt 11.3.6.1 vad gäller 62 § 1 st. 2 meningen AktG i tysk rätt och avsnitt 11.4.2 i fråga om 113 § 1 st. 2 meningen AL i dansk rätt.

betraktare – objektivt sett – måste säga sig, att det hade varit naturligt och normalt, att aktieägaren förstått hur saken låg till.[61] Det subjektiva rekvisitet "bort inse" innebär att man skall företa en mer objektiv (normativ)[62] bedömning: Man avstår från att utröna vad vederbörande verkligen insett och gör en bedömning av vad en person i vederbörandes ställning, under ifrågavarande förhållanden etc. normalt sett måste bli medveten om.[63]

Sammanfattningsvis kanske ond tro enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL jämlikt den före den 1 januari 1995 gällande lydelsen kan sägas föreligga under följande förutsättningar: Aktieägaren har på grund av oaktsamhet undgått att märka faktiska omständigheter av vilka han skulle ha förstått – om han hade varit uppmärksam – att det var fråga om en otillåten utbetalning.[64] Det krävs för att en aktieägare skall anses vara i god tro att han med fog uppfattat händelseförloppet kring en viss utbetalning som att den utgjorde tillåten utbetalning av vinstutdelning.

Enligt den från den 1 januari 1995 gällande lydelsen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL krävs för godtrosskydd att utbetalningen har skett i form av vinstutdelning och att aktieägaren *inte insett eller bort inse* att utbetalningen stred mot ABL. Detta är i lagtexten angivet på så sätt att om utbetalningen har skett i form av vinstutdelning, är mottagaren återbäringsskyldig endast om bolaget visar att han insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL. Motivet till nämnda ondtroskrav för återbäringsskyldighet, vilket enligt min uppfattning är detsamma som hur motsvarande ondtroskrav i art. 16 i det andra bolagsdirektivet skall tolkas, har enligt föredraganden i prop. 1993/94:196 sagts vara att det är sakligt motiverat med en bestämmelse som ansluter till vad som allmänt gäller i svensk rätt angående ond och god tro.[65] Ondtrosrekvisitet sägs således i sak överensstämma med det ondtrosrekvisit som uppställs i bl.a. 32 § AvtL.[66] Av det anförda följer att ondtroskravet för återbäringsskyldighet enligt den från den 1 januari 1995 gällande lydelsen av 12:5 1 st. ABL torde få förstås som ondtroskravet enligt den tidigare gällande regeln.

[61] Jfr Hessler, Allmän sakrätt s. 103.
[62] Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 37.
[63] Hessler, Allmän sakrätt s. 103.
[64] Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 137. Jfr ock 62 § 1 st. 2 meningen AktG i tysk rätt och om denna godtrosregel i avsnitt 11.3.6.1 ovan.
[65] Prop. 1993/94:196 s. 129.
[66] Prop 1993/94:196 s. 174.

13.3.3 Omständigheter av betydelse för godtrosbedömningen

Både i förarbetena till 1944 års lag och i förarbetena till ABL återfinns uttalanden om vilka faktiska förhållanden som bör påverka bedömningen huruvida en aktieägare som uppburit en olovlig utbetalning skall anses vara i god tro om att utbetalningen var lagstridig. I regel tycks det som att man skall fästa vikt vid om bolaget har en större eller mindre aktieägarkrets.[67] I aktiebolag med en begränsad aktieägarkrets är det vanligt att aktieägarna har god insyn i bolagets förhållanden och det är därför mer sannolikt att de vid utbetalning av vinstutdelning har förmåga att bedöma om denna står i strid mot ABL. Detta gäller i ännu högre grad beträffande aktieägare som tar aktiv del i bolagets skötsel såsom styrelseledamot eller verkställande direktör, vilket ju ofta är fallet i mindre bolag.[68] I sådant fall finns det enligt föredraganden i prop. 1975:103 knappast något större utrymme för god tro utan aktieägaren torde som regel bli återbetalningsskyldig.[69]

I nämnda proposition framhåller föredraganden vidare att aktieägarna alltid har möjlighet att kontrollera om balansräkningen blivit fastställd och om den utvisar utdelningsbar vinst av tillräcklig storlek (utdelningsbart enligt 12:2 1 st. ABL; se nedan vad gäller 12:2 2 st. 1 meningen).[70] Beträffande sådana förhållanden torde följaktligen aktieägare sällan kunna hävda god tro. På motsvarande vis bör aktieägarna alltid kunna kontrollera om någon resultaträkning och balansräkning blivit upprättad och om bolagsstämman har fattat beslut om vinstutdelning.

Det får betraktas som osäkert om och i vilken utsträckning det existerar en undersökningsplikt för aktieägare i sistnämnda fall.[71] En aktieägare som uppburit en olovlig utbetalning bör i vart fall inte *enbart* kunna försvara sig med att han inte kände till att någon balansräkning inte har blivit upprättad eller att en upprättad balansräkning inte har blivit fastställd.[72] Enligt min mening bör det finnas en – förvisso begränsad – undersökningsplikt.[73]

Utrymmet för att aktieägare skall anses vara i god tro torde vara betydligt större när en utbetalning har skett i strid mot försiktighetsregeln i

[67] Se prop. 1975:103 s. 485 och jfr SOU 1971:15 s. 321.
[68] Jfr Prop. 1975:103 s. 485.
[69] s. 485.
[70] Prop. 1975.103 s. 485. Uttalandet motsäger i och för sig inte det faktum att godtrosregeln i princip är tillämplig.
[71] En sådan undersökningsplikt torde dock följa av ondtrosrekvisitet "bort inse".
[72] Jfr SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485.
[73] Se not 71.

12:2 2 st. 1 meningen ABL (jfr uttrycket "god affärssed").[74] Typiskt sett torde den bedömning av bolagets ekonomiska ställning som skall företas enligt försiktighetsregeln förutsätta en betydande kännedom om de ekonomiska förhållandena i bolaget. Styrelsen är det bolagsorgan som handhar förvaltningen av bolagets angelägenheter (8:6 1 st. 1 meningen ABL). Med hänsyn härtill torde det kunna antas att den bedömning som skall företas enligt försiktighetsregeln i första hand ankommer på styrelsen.[75] Man kan inte av enskilda aktieägare kräva att de skall företa en motsvarande eller ens likartad bedömning såvida de inte tar aktiv del i skötseln av bolaget eller eljest på grund av särskilda omständigheter är väl förtrogna med bolaget. En aktieägare som uppburit en utbetalning i strid mot försiktighetsregeln får presumeras vara i god tro, om han inte besitter den kompetens som krävs för att bedöma om utbetalningen är olovlig enligt ABL.[76] Vad nu sagts torde också vara relevant vid godtrosbedömningen då resultaträkning eller balansräkning upprättats i strid mot ABL eller BFL.[77]

Det är dock svårt att mera precist ange hur godtrosbedömningen skall gestalta sig vid utbetalning av vinstutdelning i strid mot ABL. Frågan huruvida utbetalningsmottagaren var i god tro eller ej måste bedömas med hänsyn till omständigheterna i varje särskilt fall.[78]

[74] Se prop. 1975:103 s. 485.

[75] Jfr 11:9 3 st. och 12:3 1 st. 2 meningen ABL.

[76] Rodhe framhåller i anslutning till förarbetena, där det anges att det knappast finns något större utrymme för god tro hos den aktieägare som tar aktiv del i bolagets skötsel (jfr ovan), att uttalandet tydligen bygger på att en dylik aktieägare inte kan åberopa att han saknar kännedom om de faktiska förhållanden, som skulle göra försiktighetsregeln tillämplig. Vidare: "Om uttalandet dessutom innebär, att denne aktieägare skall anses ha förmåga att bedöma, om dessa faktiska omständigheter också föranleder att försiktighetsregeln träder i funktion, är detta hårt mot den aktieägare som inte har tillräckliga juridiska kunskaper för att kunna gissa vad en domstol i en oviss framtid kommer att anse ha varit förenligt med god affärssed." Se Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 111. Lindskog synes i enlighet med "allmänna principer" mena att det vid bedömningen av huruvida mottagaren bort inse att försiktighetsspärren överträtts är tillräckligt att han insett den omständigheten som legat till grund för bedömningen att försiktighetsspärren skall slå till; det skulle inte krävas att den värdering som ligger till grund för denna bedömning har omfattats eller ens bort befaras av honom. För egen del vill jag mena att aktieägaren både skall ha kännedom om de faktiska förhållanden som gör försiktighetsregeln tillämplig och kunna värdera dessa; låt vara att man därmed kanske befinner sig på gränsen till s.k. rättsvillfarelse. Jfr i liknande riktning Kedner–Roos II 12:5.03 (s. 255).

[77] Jfr SOU 1941:9 s. 285.

[78] Se SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485 samt Kedner–Roos 12:5.03 (s. 255). Det kan tänkas att storleken på utdelningen i vissa fall bör resultera i en skärpt godtrosbedömning.

Enligt min uppfattning kan det ifrågasättas, om man inte vid godtrosbedömningen bör tillmäta den omständigheten betydelse att en olovlig utbetalning både *uppburits och konsumerats*. En aktieägare som *både uppburit och konsumerat medel i god tro* förtjänar ett vidsträckt godtrosskydd i enlighet med allmänna principer rörande condictio indebiti, vilka ligger till grund för godtrosregeln.[79]

Det bör särskilt framhållas att ovanstående torde få anses vara vägledande vid tillämpningen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL såväl före som från den 1 januari 1995. Enligt min mening påverkas alltså inte rättsläget av den senaste lagändringen.

13.3.4 Exkurs: Kan aktieägare eller utomstående vid en olovlig utbetalning avseende lösöre åberopa exstinktionsprincipen?

Jag har i det föregående uppmärksammat att det i äldre doktrin finns uttalanden med innebörd att exstinktionsprincipen kan tillämpas vid olovlig utbetalning av vinstutdelning.[80] I gällande rätt finns det all anledning att ställa samma fråga.[81] Av 2 § lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre följer att om någon förvärvat lösöre genom överlåtelse från någon annan som hade egendomen i sin besittning men varken var ägare till den eller behörig att förfoga över den på det sätt som skett, får förvärvaren äganderätt till egendomen, om han har fått den i sin besittning och var i god tro. I och med att lagtexten anger att överlåtaren varken skall ha varit ägare till egendomen eller behörig att förfoga över den på det sätt som skett utesluts från lagens tillämpningsområde sådana fall där ägaren förfogar över sin egendom utan att ha rätt till det, t.ex. därför att han är omyndig eller försatt i konkurs eller därför att hans dispositionsrätt är inskränkt på grund av särskild föreskrift i testamente.[82] Det anges dock i motiven till godtrosförvärvslagen att bestämmelserna i denna för vissa sådana fall torde kunna tillämpas analogt.[83] Däremot är godtrosförvärvslagen definitivt tillämplig vid överlåtelse från den som handlar för ägarens räkning, dvs. överlåtaren inte var behörig att förfoga över egendomen på det sätt som skett.[84] Förvärvaren kan göra ett godtrosförvärv vare sig överlåtaren helt saknade *behörighet* – t.ex. på grund

[79] Se SOU 1941:9 s. 284 (och se s. 285) och SWN s. 180. Jfr dessutom SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485.

[80] Se avsnitt 13.2.1 ovan.

[81] I det följande undersöker jag bara godtrosförvärvslagens eventuella tillämpning.

[82] Prop. 1985/86:123 s. 17.

[83] Prop. 1985/86:123 s. 17.

[84] Prop. 1985/86:123 s. 18. Med behörighet avses den rätt som överlåtaren hade på grund av lag eller avtal och som var giltig gentemot bl.a. förvärvaren.

av förfalskad fullmakt – eller *hade viss behörighet* att företräda huvudmannen men genom överlåtelsen överskred denna.[85]

Jag har i det föregående framhållit (se avsnitt 5.4.6.4 och 5.4.6.8 samt se nedan), att en olovlig öppen eller förtäckt utbetalning i vissa fall kan ses som att bolagets verkställande organ rättshandlar för bolaget i avsaknad av behörighet; stundom får utbetalningen till och med anses ligga utanför bolagets rättshandlingsförmåga (utbetalningar i strid mot t.ex. 12:2 ABL). Det kan därmed ifrågasättas, om godtrosförvärvslagen är tillämplig (eventuellt analogt om den olovliga utbetalningen ligger utanför bolagets rättshandlingsförmåga) parallellt med godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL.

Godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL vilar på allmänna principer rörande condictio indebiti, vilket är ett *obligatoriskt anspråk* på att återfå av misstag eller dylikt utbetalade pengar såvida inte mottagaren mottog pengarna i kanske främst god tro.[86] Den principiella bakgrunden till godtrosregeln och dess senare utveckling är enligt min mening ett skäl som talar mot att exstinktionsprincipen är tillämplig. Något behov av att tillämpa exstinktionsprincipen med avseende på utbetalningsmottagaren finns inte heller då godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL tillgodoser skyddsintresset. Trots att återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. 1 meningen ABL får anses återspegla det faktum att utbetalningen är ogiltig och att bolaget (sannolikt) i princip äger *vindicera* (sakrättsligt anspråk) den egendom som utbetalats från vem som helst, är enligt min mening exstinktionsprincipen således inte tillämplig med avseende på den aktieägare eller utomstående som mottagit egendomen *direkt* från bolaget (utbetalningsmottagaren).

Förklaringen till att det existerar en systematisk inkonsekvens mellan, å ena sidan, återbäringsskyldigheten och, å den andra, godtrosskyddet såtillvida att återbäringsanspråket är ett sakrättsligt anspråk och att godtrosskyddet vilar på allmänna principer rörande condictio indebiti där utgångspunkten är ett obligationsrättsligt anspråk, är att den svenska rättsutvecklingen har påverkats av allmänna principer i tysk rätt.

13.4 Ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning?

13.4.1 Inledning

Det är de lege lata osäkert om 12:5 1 st. 2 meningen ABL skall tillämpas vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning. Lagtexten kan tolkas som

[85] Prop. 1985/86:123 s. 18f.

[86] Ett sådant anspråk på återbetalning kan förklaras – låt vara att så vanligen inte är fallet i svensk rätt – med att utbetalningsmottagaren har gjort en "obehörig vinst".

att så inte bör vara fallet; jfr "Om utbetalningen har skett i form av vinstutdelning /.../". På motsvarande vis förhöll det sig med den före den 1 januari 1995 gällande lydelsen av godtrosregeln; "/.../ om mottagaren hade skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning".

Förarbetena till den före den 1 januari 1995 gällande lydelsen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL ger inte någon klar vägledning i frågan.[87] I rättspraxis har i varje fall HD upprätthållit ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet (ogiltighet),[88] låt vara att detta i systematiskt hänseende inte i senare avgöranden[89] på området är direkt kopplat till återbäringsskyldigheten. Den rättsvetenskapliga litteraturen på området ger inget säkert besked. Vissa författare menar att berörda ondtroskrav i rättspraxis grundar sig på godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL.[90] Andra författare hävdar att ondtroskravet grundar sig på (i förekommande fall äldre motsvarigheter till) befogenhetsregeln i 8:14 ABL. Enligt en uppfattning skall befogenhetsregeln i 8:14 ABL också generellt tillämpas vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning.[91]

Inte heller beträffande den nu gällande godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL ges något klart besked i förarbetena. Enligt föredraganden i prop. 1993/94:196 avses med vinstutdelning endast öppen vinstutdelning, dvs. sådan utdelning som har skett på i lagen föreskrivet sätt.[92] Uttalandet kan tolkas som att 12:5 1 st. 2 meningen ABL över huvud taget *inte* skall tillämpas (ens analogt) vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning. Detta skulle i så fall innebära att det vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning antingen inte finns något ondtroskrav för återbäringsskyldighet eller att ett sådant ondtroskrav i stället följer av befogenhetsregeln i 8:14 ABL. Man kan emellertid även tolka uttalandet mindre "hårt". 12:5 1 st. 2 meningen ABL bör åtminstone analogt kunna tillämpas vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning.

Jag avser att i förevarande avsnitt undersöka på vilket sätt HD i rättspraxis har upprätthållit ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet (ogiltig-

[87] Både i utredningen och propositionen anges att återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL uppkommer vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning. Se SOU 1971:15 s. 310 och s. 321 respektive prop. 1975:103 s. 475 och 485f. Av detta uttalande kan man emellertid inte dra slutsatsen att 12:5 1 st. 2 meningen skall tillämpas. Se ytterligare nedan.

[88] I NJA 1951 s. 6 I och II upprätthölls till synes ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet. Jfr ock NJA 1980 s. 311 och 1990 s. 343.

[89] Detta synes inte ha varit fallet i NJA 1980 s. 311 och 1990 s. 343.

[90] Se vidare nedan.

[91] Jfr särskilt Lindskog i JFK 12:5-4.1.2 (s. 99ff).

[92] s. 174.

het), vilken rättslig grund detta ondtroskrav vilar på och om man generellt bör upprätthålla ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet – som man ibland okritiskt utgår från – vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning. Avsnittet innehåller därtill en analys av rättsläget med hänsyn till den ändring av 12:5 1 st. 2 meningen ABL som trädde i kraft den 1 januari 1995.

Min syn på rättsläget de lege lata i följande avsnitt, särskilt avsnitt 13.4.4, har i inte obetydlig utsträckning influerats av rättsläget i Tyskland. Se härom avsnitt 11.3.6 ovan.

13.4.2 En inledande rättsfallsöversikt

HD har i fyra aktiebolagsrättsliga avgöranden upprätthållit ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet (ogiltighet) vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning: NJA 1951 s. 6 I och II, 1980 s. 311 och 1990 s. 343. Rättsfallen refereras i det följande. Jag inleder dock rättsfallsöversikten med det föreningsrättsliga avgörandet NJA 1948 s. 651, där bl.a. fråga var om styrelseledamots skadeståndsskyldighet.

Käranden förde i NJA 1948 s. 651 talan om bl.a. skadeståndsskyldighet för en styrelseledamot enligt 87 § 1911 års föreningslag jämförd med 18 § samma lag rörande vinstutdelning. En ensam ägare av samtliga andelar i en fastighetsförening hade förmått styrelseledamoten att utställa två skuldebrev på föreningens vägnar. Skuldebreven utgavs i syfte att ensamägaren i samband med en andelsöverlåtelse skulle kunna erhålla betalning för sin köpeskillingsfordran gentemot andelsförvärvaren. Styrelseledamoten fick "antagas hava insett eller åtminstone bort inse, att något vederlag för skuldebreven icke kom eller kunde förväntas komma föreningen till del" (det senare ondtroskravet korresponderar mot ett oaktsamhetskrav).[93]

Det förhållandet att samtliga andelar vid tidpunkten för utställandet innehades av en person ägde styrelseledamoten inte åberopa till undgående av skadeståndsskyldighet gentemot konkursboet försåvitt styrelseledamotens förfarande innefattade ett förfogande som stod i strid med det till skydd för tredje mans rätt meddelade stadgandet i 18 § 1911 års föreningslag, enligt vilket utdelning av ekonomisk förenings vinst inte fick göras i vidsträcktare mån än att tillgångarna, enligt behörigen granskade räkenskaper, översteg skulderna med minst det belopp som motsvarade insatserna jämte reservfond.[94]

I målet var det ostridigt att några räkenskaper inte förts för föreningen under den tid styrelseledamoten var ledamot av styrelsen liksom att någon

[93] Referatet s. 666.
[94] Se referatet s. 666f.

revision under samma tid inte hade förekommit. Styrelseledamoten ansågs följaktligen, då hon medelst skuldebrevens utgivande utan vederlag för föreningen förfogade över dess tillgångar annorledes än på grundval av behörigen granskade räkenskaper, ha gjort sig skyldig till överträdelse av 18 § 1911 års föreningslag. Med hänsyn härtill, och då styrelseledamoten inte styrkt att vid den tidpunkt skuldebreven utställdes utdelningsbar vinst i verkligheten fanns hos föreningen, ansågs styrelseledamoten jämlikt 87 § 1911 års föreningslag vara ersättningsskyldig i förhållande till konkursboet.[95]

Det ovan citerade ondtroskravet i NJA 1948 s. 651 känns igen i NJA 1951 s. 6 I och II. I NJA 1951 s. 6 I, vilket jag har refererat utförligt i det föregående,[96] hade en större del av köpeskillingen för aktierna erlagts på så sätt att aktieöverlåtaren Carlsund, medan han var aktieägare, uttog tillgångar ur Suecia mot att bolaget erhöll en fordran mot aktieförvärvaren Santesson. Den resterande delen av köpeskillingen erlades på så sätt att Santesson efter aktieförvärvet och i egenskap av aktieägare lät Suecia låna medel som överfördes på aktieöverlåtaren Carlsund i egenskap av utomstående (ej längre aktieägare) mot att bolaget erhöll ytterligare en fordran mot Santesson. Med hänsyn till framför allt att bolagets sammanlagda motfordran mot Santesson praktiskt taget saknade värde skulle berörda förfoganden anses innefatta utbetalning av vinstutdelning. Eftersom utdelningsbar vinst i stort sett saknades hade utbetalningen förutom med ett mindre belopp skett i strid mot 54 § 1910 års lag och 1 § 1943 års lag med särskilda bestämmelser om begränsning av vinstutdelning från aktiebolag. Jämlikt 54 § 1910 års lag och 4 § 1943 års lag med särskilda bestämmelser om begränsning av vinstutdelning från aktiebolag förelåg skyldighet att i motsvarande mån verkställa återbäring.[97]

I fråga om Carlsunds och Santessons ansvar för återbäring befanns att Carlsund senast i samband med överlåtelsen av aktierna – och medan han fortfarande var aktieägare – övertog och behöll tillgångar till ett större belopp. *Carlsund* fick antagas ha *insett eller åtminstone bort inse*, att den fordran som Suecia därvid erhöll mot Santesson var värdelös. Med hänsyn härtill och till vad övrigt förekommit i målet var Carlsund återbäringsskyldig med ett belopp som motsvarade det belopp varmed den förtäckta utbetalningen – dvs. uttaget – tog i anspråk mer än fritt eget kapital. Santesson var i sin tur skyldig att täcka den brist som kunde uppkomma vid Carlsunds återbäring.[98]

Medel till betalning för den resterande delen av köpeskillingen för aktierna anskaffade Santesson på så sätt att han lät Suecia i bank upptaga ett

[95] Se referatet s. 667.

[96] Se t.ex avsnitt 8.6.

[97] Se referatet s. 25. Detta förbises av Lindskog i SvJT 1992 s. 96. Jfr dock Lindskog i JFK 12:5-4.1.2 not 25 (s. 102) med vidare hänvisning till Andersson i SvJT 1993 s. 570 not 15.

[98] Se referatet s. 25.

lån om 500000 kr. Santesson befanns skyldig att återbära nämnda belopp (i den mån det hade yrkats av konkursboet). Det bör framhållas att HD inte synes ha krävt att Santesson var i ond tro om att bolagets fordran mot honom var värdelös, dvs. *att aktieägaren i egenskap av aktieägare skulle ha insett eller bort inse sin egen bristande betalningsförmåga* (jfr till synes annorlunda i NJA 1990 s. 343 nedan). Carlsund, som inte "ens avvetat" att Santesson upptog ett banklån, ansågs inte skyldig att ansvara för den brist som kunde uppstå vid Santessons återbäring.[99]

I NJA 1951 s. 6 II hade aktieöverlåtaren Andersson, samtidigt med att överlät aktierna i Elegant, av bolaget friskrivits från sin skuld om 35000 kr till detta bolag. Elegant erhöll i gengäld en värdelös fordran om samma belopp mot aktieförvärvaren Alandh. Åtgärden att friskriva Andersson ansågs jämlikt 73 § 1 mom. 1944 års lag innefatta en förtäckt utbetalning av vinstutdelning. Den utdelningsbara vinsten uppgick till 3001 kr och 18 öre. En olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning hade således skett med 31998 kr 82 öre. Enligt 73 § 2 mom. 1944 års lag var Andersson, som fick antagas ha *insett eller åtminstone bort inse* att Elegants fordran mot Alandh var värdelös, skyldig att till Elegant återbära nämnda belopp.[100]

Även i NJA 1980 s. 311 fanns det en bakomliggande aktieöverlåtelse. Sveton, som var ägare till samtliga aktier i Svetons Mekaniska Verkstads Aktiebolag, överlät 1964 samtliga aktier för en köpeskilling om 1200000 kr, av vilken en mindre del skulle erläggas genast och återstoden genom årliga amorteringar under 25 år. I samband med aktieöverlåtelsen överlämnande bolaget till Sveton, som säkerhet för aktieköparnas skuld till honom på grund av aktieförvärvet, inteckningar i bolagets fasta egendom och förlagsinteckningar i bolagets rörelse.

Jag har i avsnitt 9.6.2.1 utförligt redogjort för och kommenterat domskälen i målet. Man kan i flera avseenden kritisera avgörandet då HD – åtminstone skenbart – inte tillämpar de principer som kommer till uttryck i NJA 1951 s. 6 I och II trots att HD till synes anser sig tillämpa dessa. Det bör dock framhållas, att det slutliga resultatet torde stå i överensstämmelse med 1951 års avgöranden.

Enligt HD i NJA 1980 s. 311 har en förutsättning i rättspraxis – NJA 1951 s. 6 I och II och jfr NJA 1966 s. 475 och 1976 s. 618 – för att behandla penninglån som olovlig[101] (utbetalning av) vinstutdelning varit, att den fordran som bolaget mot aktieägaren förvärvat på återbetalning av det lånande beloppet framstått som osäker på grund av låntagarens insolvens och att borgenären insett eller bort inse att så var fallet. Med aktieägaren torde avses aktieförvärvaren. Borgenären är aktieöverlåtaren.[102]

Det typfall som HD använder sig av för att illustrera principerna korre-

[99] Se referatet s. 25f.
[100] Se referatet s. 37.
[101] Se not 103.
[102] Se avsnitt 9.6.2.1 not 84.

sponderar knappast mot de faktiska omständigheterna i både NJA 1951 s. 6 I och II. Det *typiska och gemensamma för båda avgörandena* är att aktieöverlåtaren samtidigt med att han var aktieägare förfogade över bolagets tillgångar (uttag av tillgångar i mål I och friskrivning av skuld i mål II) mot att bolaget erhöll en fordran gentemot aktieförvärvaren, vilken vid samma tidpunkt fick anses som utomstående (icke aktieägare). I 1980 års avgörande beskrivs emellertid aktieförvärvaren som aktieägare.

Eftersom bolagets fordran mot aktieförvärvaren i 1951 s. 6 I respektive II var värdelös innefattade aktieöverlåtarens – aktieägarens – förfogande över bolagsförmögenheten en förtäckt utbetalning, som var otillåten på grund av att det inte i erforderlig omfattning fanns utdelningsbara vinstmedel. I nästa led prövade HD aktieöverlåtarens återbäringsskyldighet. En förutsättning för att aktieöverlåtaren skulle kunna åläggas återbäringsskyldighet enligt 54 § 1910 års lag respektive 73 § 2 mom. 1944 års lag var att han – i egenskap av aktieägare – var i ond tro om att bolagets fordran mot aktieförvärvaren saknade värde (aktieförvärvaren saknade återbetalningsförmåga): Aktieägaren var sålunda i ond tro om att förfogandet innefattade en förtäckt utbetalning. I NJA 1980 s. 311 tycks HD däremot anse nämnda ondtroskrav hänförligt till frågan huruvida ett penninglån skall anses innefatta en (olovlig)[103] *förtäckt utbetalning*. Härutöver tyder domskälen på att *aktieöverlåtaren* – borgenären – *i egenskap av utomstående* (icke aktieägare) *måste vara i ond tro* om att bolagets fordran var värdelös på grund av aktieförvärvarens – aktieägarens – bristande betalningsförmåga.

Det typfall som HD i 1980 års avgörandena använder sig av för att illustrera principerna rörande olovliga förtäckta utbetalningar saknar i och för sig inte en motsvarighet i NJA 1951 s. 6 I och II. Det andra förfogandet i NJA 1951 s. 6 I, där Santesson lät bolaget i bank upptaga ett penninglån som användes för att likvidera den resterande obetalda delen av köpeskillingen för aktierna, innefattade en förtäckt utbetalning som *aktieförvärvaren tillgodogjorde sig sedan han blivit aktieägare*. Men i det fallet krävdes det inte, att aktieöverlåtaren skulle ha insett eller bort inse att aktieförvärvaren saknade återbetalningsförmåga för att penninglånet skulle anses innefatta en *förtäckt utbetalning* eller för att aktieöverlåtaren skulle anses vara *återbäringsskyldig* jämlikt 54 § 1910 års lag. Vad HD fann var att aktieöverlåtaren inte kunde anses vara *bristtäckningsskyldig* då han inte var i ond tro ("ej ens avvetat"). Penninglånet ansågs innefatta en *förtäckt utbetalning till aktieförvärvaren* på grund av att bolagets fordran mot honom var värdelös. *Aktieförvärvaren* var till synes *återbäringsskyldig oavsett ond tro* (se ovan).

Den bedömning som HD i 1980 års avgörande gör av NJA 1951 s. 6 I och II är av betydelse för den materiella prövningen i målet. Genom den säkerhet bolaget i NJA 1980 s. 311 fått ställa för aktieförvärvarnas skuld till

[103] Frågan om ett penninglån till en aktieägare utgör *olovlig* förtäckt utbetalning skall bedömas efter huruvida, och förutsatt penninglånet i och för sig innefattar en *förtäckt utbetalning*, bolaget *inte* i erforderlig utsträckning *disponerar över utdelningsbart fritt eget kapital* enligt 12:2 ABL.

aktieöverlåtaren på grund av aktieköpet hade bolaget förvärvat en regressfordran mot aktieförvärvarna som var värdelös. Aktieöverlåtaren ansågs ha haft full insikt om aktieförvärvarnas ekonomiska ställning och var alltså i ond tro. Det säkerställande som skett av bolagets egendom var – liksom förfogandena i NJA 1951 s. 6 I och II – tydligen från det pantsättande bolagets synpunkt sett inte affärsmässigt betingat utan fick betraktas som vederlagsfritt.[104]

Rättstillämpningen i NJA 1990 s. 343 skiljer sig också från den i NJA 1951 s. 6 I och II. Ett dotterbolag hade genom ett antal penninglån försträckt sitt moderbolag drygt 10,5 milj kr.[105] Mellan dotterbolaget och moderbolaget ingicks någon tid efter det att penninglånen lämnats en ackordsöverenskommelse, varigenom dotterbolaget beviljade moderbolaget ackord. Dotterbolaget gjorde i moderbolagets konkurs gällande att ackordsöverenskommelsen var ogiltig, eftersom lånen utgjorde olovlig förtäckt (utbetalning av) vinstutdelning. HD fann att moderbolagets ekonomiska ställning var så bräcklig att dotterbolagets fordringar med anledning av lånen redan från början måste anses ha varit praktiskt taget värdelösa. Detta borde styrelseledamoten och firmatecknaren – Bengt H – för moderbolaget ha insett.[106] Lånen hade således inneburit *förtäckt* (utbetalning av) *vinstutdelning från dotterbolaget*. Eftersom dotterbolaget saknade utdelningsbara medel, hade lånen lämnats i strid mot *12:1–2 ABL*. Moderbolaget var enligt *12:5 ABL* skyldigt att återbetala lånebeloppen. Ackordsöverenskommelsen var ogiltig och dotterbolaget ägde bevaka lånesumman i moderbolagets konkurs.

Rättsutvecklingen från NJA 1951 s. 6 I och II till NJA 1990 s. 343 visar att ondtroskravet för återbäringsskyldighet numera tillämpas på ett annat vis än vad som från början synes ha varit åsyftat. I NJA 1951 s. 6 I respektive II förutsattes för att *aktieöverlåtaren, som varande aktieägare*, skulle anses *återbäringsskyldig* enligt 54 § 1910 års lag respektive 73 § 2 mom. 1944 års lag att han *insett eller bort inse*, att den *substitutionsfordran* som bolaget erhöll *mot aktieförvärvaren var värdelös*. Vad angick det lån *aktieförvärvaren i egenskap av aktieägare* lät bolaget i NJA 1951 s. 6 I upptaga i en bank och vilket användes för att betala den återstående obetalda delen av köpeskillingen för aktierna, befanns att aktieförvärvaren var återbäringsskyldig utan något krav på ond tro. Det förutsattes *inte för återbäringsskyldighet enligt 54 § 1910 års lag att han insett eller bort inse sin egen bristande betalningsförmåga med avseende på den fordran* som bolaget därvidlag erhållit mot honom. Rättstillämpningen i NJA 1990 s. 343 tyder däremot på

[104] Referatet s. 316. Se härom avsnitt 9.6.2 ovan.

[105] Därtill kom att dotterbolaget hade ett återkrav mot moderbolaget avseende erlagd köpeskilling för ett ogiltigt fastighetsförvärv.

[106] Bengt H hade därtill rätt att ensam teckna dotterbolagets firma. Jag förstår Bengt H:s insikt om förhållandena i moderbolaget som att den tillmättes betydelse på så sätt att moderbolaget – och inte det utbetalande dotterbolaget – skulle anses vara i "ond tro" (aktieägaren). Det går emellertid att tolka Bengt H:s insikt som att den i stället var relevant med avseende på det utbetalande dotterbolaget.

ett sådant krav och dessutom synes ondtroskravet ha uppställts inom ramen för utbetalningsbegreppet.[107]

Ondtroskravet kan enligt min uppfattning, och i enlighet med NJA 1951 s. 6 I och II, inte anses hänförligt till utbetalningsbegreppet. Se härom närmare avsnitt 8.6–8.8 ovan. I stället bör enligt mitt förmenande ondtroskravet anses hänförligt till återbäringsskyldigheten. Vad som därmed återstår att undersöka är den rättsliga grunden för detta ondtroskrav för återbäringsskyldighet.

13.4.3 Ondtroskrav för återbäringsskyldighet i rättspraxis och rättslig grund – en analys

Med 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag infördes ett godtrosskydd för aktieägare som i god tro uppburit beslutad och verkställd vinstutdelning på grundval av en felaktig balansräkning, dvs. som vid utdelningens uppbärande varken insett eller bort inse balansräkningens oriktighet.[108] Aktieägare som i god tro uppburit en beslutad och verkställd olovlig utdelning av berört slag var alltså inte återbäringsskyldiga. Det ondtroskrav som uppställs i NJA 1951 s. 6 II hänför sig till återbäringsskyldigheten och är därför möjligt att förklara med att HD analogt tillämpade 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag.[109] På samma vis torde – om nu detta är korrekt – HD analogt ha tillämpat 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag i NJA 1980 s. 311 och 12:5 1 st. 2 meningen ABL i NJA 1990 s. 343.[110]

En liknande förklaringsmodell kan ge svaret på frågan varför HD i NJA 1951 s. 6 I valde att uppställa ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet. Lagberedningen ifrågasatte om det inte redan vid tillämpningen av 54 § 1910 års lag kunde fästas avseende vid aktieägarens goda tro och som skäl härför anfördes rättsutvecklingen i fråga om condictio indebiti.[111] Det ondtroskrav som i NJA 1951 s. 6 I aktualiseras i samband med återbäringsskyldigheten går med det sagda att förklara med att HD tagit intryck av allmänna principer rörande condictio indebiti.[112]

Se beträffande terminologin i det följande ovan avsnitt 13.1.

Båda förklaringsmodellerna kan emellertid ifrågasättas. Vad angår 73 §

[107] Jfr referatet s. 350 men annorlunda på s. 348.

[108] Se ock 74 § 2 st. 1944 års lag.

[109] Bramsjö i SvJT 1953 s. 246 och Andersson i SvJT 1993 s. 570 not 15 men annorlunda Danielsson, Aktiekapitalet s. 236f.

[110] Se närmare slutet av detta avsnitt.

[111] Jfr SOU 1941:9 s. 284.

[112] Bramsjö i SvJT 1953 s. 246 och Andersson i SvJT 1993 s. 570 not 15. Jfr Nial:s uttalanden i ämnet efter not 14 ovan.

2 mom. 2 st. 1944 års lag bör det noteras, att godtrosregeln enbart var tillämplig när vinstutdelning beslutats och verkställts på grundval av en felaktig balansräkning. Lagberedningen ansåg tydligen inte att ett generellt godtrosskydd behövde införas i 1944 års lag.[113] Man kan därmed fråga sig varför 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag skulle ha vunnit analog tillämpning i NJA 1951 s. 6 II, där HD använde sig av ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning. Det kan vidare erinras om att det för återbäringsskyldighet enligt 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag förutsattes att aktieägaren insett eller bort inse att utdelning av vinst skett på grundval av en felaktigt upprättad balansräkning, dvs. att aktieägaren insett eller bort inse utbetalningens rättsstridighet, och inte, som i NJA 1951 s. 6 II, att aktieägaren insett eller åtminstone bort inse att förfogandet över huvud taget innefattade en förtäckt utbetalning. Det anförda är likaså relevant med avseende på NJA 1980 s. 311 men blott delvis vad beträffar NJA 1990 s. 343 (enbart den senare synpunkten).

På motsvarande vis haltar förklaringen till det i NJA 1951 s. 6 I uppställda ondtroskravet för återbäringsskyldighet. Regeln i 54 § 1910 års lag om återbäringsskyldighet vid olovlig utbetalning av vinstutdelning innehöll inte någon godtrosregel. Lagberedningen menade till synes att allmänna principer rörande condictio indebiti kunde ligga till grund för en godtrosregel vid vinstutdelning som beslutats och verkställts på grundval av en oriktig balansräkning och ansåg tydligen inte, som nyss nämnts, att ett generellt godtrosskydd behövde införas i 1944 års lag[114]. Det kan därför betvivlas att allmänna principer rörande condictio indebiti låg till grund för ondtroskravet för återbäringsskyldighet i NJA 1951 s. 6 I även om dessa i och för sig är generellt tillämpliga. För övrigt uppställdes inte heller i NJA 1951 s. 6 I ondtroskravet för återbäringsskyldighet som att aktieägaren insett eller bort inse att utbetalningen var rättsstridig utan som att han insett eller åtminstone bort inse att förfogandet innefattade en förtäckt utbetalning.

> Det kan i sammanhanget nämnas att allmänna principer rörande condictio indebiti typiskt sett brukar anses tillämpliga vid penningprestationer. Det förhållandet att aktieöverlåtaren i NJA 1951 s. 6 I uttog tillgångar av olika

[113] Jfr SOU 1941:9 s. 283ff. Jfr dock 23 § lag (1948:175) med särskilda bestämmelser om dispositioner av aktiebolags vinstmedel, enligt vilken beslutad och verkställd utdelning inte kunde återkrävas från den, som vid dess uppbärande varken insåg eller bort inse utdelningsbeslutets oriktighet. Tydligen ansåg lagstiftaren redan en kort tid efter det att 1944 års lag hade trätt i kraft, men före NJA 1951 s. 6 I och II, att aktieägarna borde komma i åtnjutande av ett bättre godtrosskydd än det som stadgades i 1944 års lag. Måhända kan denna godtrosregel dock förklaras av lagens speciella karaktär.

[114] Men se föregående not.

slag ur bolaget i utbyte mot att detta erhöll en värdelös fordran gentemot aktieförvärvaren torde dock inte i och för sig vara en omständighet som talar mot att HD tog intryck av dessa principer. Rimligtvis bör väl den godtrosprincip som är relevant enligt allmänna principer rörande condictio indebiti kunna tillämpas vare sig mottagaren mottar pengar eller annan egendom; må så vara att man därmed kanske närmar sig institutet obehörig vinst[115]. Följaktligen får det i NJA 1951 s. 6 I aktuella ondtroskravet för återbäringsskyldighet, vilket tillämpades så att HD fäste avseende vid om aktieägaren Carlsund insett eller bort inse att bolagets fordran mot aktieförvärvaren Santesson var värdelös, anses vara förenligt med allmänna principer rörande condictio indebiti.

En alternativ förklaringsmodell till det i NJA 1951 s. 6 I och II samt senare rättspraxis uppställda ondtroskravet för återbäringsskyldighet är att HD har tillämpat bestämmelserna om verkan därav att styrelsen eller annan ställföreträdare för bolaget överskridit sin befogenhet i 58 § 1910 års lag (jfr ock 66 § med 55 § 1 st.), 93 § 1 st. 1944 års lag och 8:14 1 meningen ABL (8:14 2 st. 1 meningen ABL från den 1 januari 1995). Till stöd för denna förklaringsmodell kan åberopas ett uttalande i motiven till 1944 års lag,[116] vilket i så fall skulle innebära att bestämmelsen i 93 § 1 st. var tillämplig vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning (t.ex. i strid mot 73 § 1 mom. 1944 års lag och sålunda även om den förtäckta utbetalningen inkräktade på bundet eget kapital). Återbäringsskyldighet skulle enligt gällande rätt förutsätta att aktieägaren enligt 8:14 2 st. 1 meningen ABL insett eller bort inse att den olovliga förtäckta utbetalningen stod i strid med en bestämmelse i ABL (legal befogenhetsinskränkning; t.ex. 12:2 ABL). Uttalandet lyder på följande vis:[117]

"Har åtgärden karaktär av förtäckt utdelning, måste enligt 99 § (sedermera 93 § 1944 års lag – min anm.) samt grunderna till 79 § (73 § 1944 års lag – min anm.) föreligga såväl återbäringsskyldighet för aktieägare som gynnats av åtgärden, där de äro i ond tro, som ock skyldighet för styrelsen och verkställande direktör att svara för brist som kan uppkomma vid återbäringen."

I litteraturen har Danielsson kopplat samman ondtroskravet för återbäringsskyldighet i NJA 1951 s. 6 I och II med motivuttalandet.[118]

[115] Jfr avsnitt 12.5.2 ovan.

[116] SOU 1941:9 s. 654 och se därtill SWN s. 495. Lagberedningen torde emellertid haft behörighetsöverskridande med ett godtrosskydd baserat på 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag och allmänna principer rörande condictio indebiti i åtanke; jfr formuleringen "grunderna till" i 73 § 1944 års lag i citatet nedan. Se avsnitt 5.4.6.8 ovan not 382 och Andersson i SvJT 1993 s. 570 not 15.

[117] SOU 1941:9 s. 654 och se SWN s. 495.

[118] Se Danielsson, Aktiekapitalet s. 236.

> Danielsson var emellertid kritisk till en sådan rättstillämpning och menade att det vore ganska egendomligt att lösa den förtäckta vinstutdelningens problem utanför utbetalningsförbudets ram och därigenom beträffande förtäckt vinstutdelning föra in ett krav på ond tro, då den goda trons betydelse i utbetalningsförbudet var uttryckligen och på annat sätt bestämd i 73 § 1944 års lag.[119]

På senare tid har Lindskog hävdat att HD i så gott som samtliga avgöranden rörande olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning (avser 12:2 ABL eller motsvarande i äldre lag) har tillämpat befogenhetsregeln i 8:14 ABL eller dess äldre motsvarighet.[120] Hellner synes företräda en liknande ståndpunkt.[121]

Något egentligt stöd för att HD i rättspraxis har tillämpat befogenhetsregeln i 8:14 ABL eller dess äldre motsvarighet finns inte. I NJA 1951 s. 6 I respektive II följer återbäringsskyldigheten av 54 § 1910 års lag (jämte 4 § 1943 års lag med särskilda bestämmelser om begränsning av vinstutdelning från aktiebolag) respektive 73 § 2 mom. 1944 års lag.[122] I rättspraxis efter NJA 1951 s. 6 I och II har HD hänvisat till antingen 73 § 2 mom. 1944 års lag eller 12:5 ABL.[123]

Det kan enligt min mening knappast vara korrekt att man vid öppna eller förtäckta[124] utbetalningar till aktieägare, som företas av styrelsen eller annan ställföreträdare i strid mot 12:2 ABL eller någon annan bestämmelse i ABL uppställd i tredje mans intresse, befinner sig inom området för behörigheten men utanför området för befogenheten.[125] Ett sådant

[119] Danielsson, Aktiekapitalet s. 237.

[120] Lindskog i SvJT 1992 s. 85ff och därjämte i JT 1992–93 s. 96ff men mer försiktigt i JFK 12:5-4.1.2 (s. 99ff).

[121] Jfr Hellner, Kommersiell avtalsrätt s. 67.

[122] Referatet s. 25 och s. 37. Annorlunda Lindskog i SvJT 1992 s. 96 beträffande NJA 1951 s. 6 I, vilken hävdar att HD:s majoritet inte explicit angett den rättsgrundsats varpå Carlsund ansågs återbäringsskyldig. Se häremot referatet på anfört ställe. Jfr i sammanhanget Lindskog i JFK 12:5-4.1.2 not 25 (s. 102).

[123] Se NJA 1966 s. 475 på s. 484f (73 § 2 mom. 1944 års lag); 1976 s. 618 på s. 623f (blott 73 § 2 mom.); 1980 s. 311 på s. 316 (73 § 1944 års lag) och NJA 1990 s. 343 på s. 351 (12:5 ABL).

[124] Lindskog menar rättsföljdsfrågan av en olovlig kapitalanvändning skall hänföras till 12:5 1 st. ABL endast i fråga om sådana fall, där mottagarens fång omedelbart vilar på bolagsstämmans beslut (som kan ha fattats formlöst). Till befogenhetsregeln i 8:14 ABL bör av samma skäl hänföras de fall, då fånget vilar på ett avtal eller annan av bolagets företrädare vidtagen rättshandling. Se Lindskog i JFK 12:5-4.1.2 (s. 102).

[125] Se utförligt Lindskog i SvJT 1992 s. 85ff; i JT 1992–93 s. 85, 97 och 99f särskilt not 60 och i JFK 12:5-4.1.2 (s. 99ff). Jfr Hellner, Kommersiell avtalsrätt s. 67. Se härom avsnitt 5.4.6 ovan.

påstående förutsätter – såsom till synes t.ex. Lindskog gör[126] beträffande olovliga förtäckta utbetalningar[127] – att 8:11 ABL (vad angår verkställande direktör 8:12 ABL) är den *enda bestämmelsen i ABL* som anger styrelsens och annan ställföreträdares behörighet (kompetens) och firmateckningsrätt och detta är inte riktigt. Visserligen är regeln i 8:11 1 st. ABL (8:12 för verkställande direktör) utgångspunkten vad gäller styrelsens och annan ställföreträdares behörighet och firmateckningsrätt. Men 8:11 1 st. ABL ger *inte* uttryck för någon *behörighet* som sträcker sig längre än vad som följer av *övriga bestämmelser i ABL* och allmänna principer.

Om styrelsen rättshandlar för bolaget i ärenden, som bolagsstämman ensam har beslutanderätt över – t.ex. val av förvaltnings- och kontrollorgan, om fastställelse av balansräkning, om vinstutdelning, om nedsättning av aktiekapitalet[128] och ändring av bolagsordningen – handlar styrelsen i strid mot kompetensfördelningen (funktionsfördelningen) mellan bolagsorganen. Och om styrelsen vidtar rättshandlingar för bolaget i strid mot kompetensfördelningen mellan bolagsorganen blir bolaget inte bundet vid rättshandlingarna oberoende av om bolagets medkontrahent var i god tro.[129] Styrelsen har sålunda *varken befogenhet eller behörighet att företräda bolaget* i ärenden som med exklusiv bestämmanderätt tillkommer bolagsstämman att avgöra, där det saknas ett stämmobeslut eller samtycke av samtliga aktieägare.[130] Detsamma gäller för annan ställföreträdare såsom särskild firmatecknare eller verkställande direktör.

> Berörda princip kan också förklaras på följande vis: Styrelsen företräder bolaget och tecknar dess firma enligt 8:11 1 st. ABL. Denna regel korresponderar mot 8:6 1 st. 1 meningen ABL, där det stadgas att styrelsen svarar för förvaltningen av bolagets angelägenheter. Vinstutdelning skall enligt 12:3 1 st. 1 meningen ABL fattas av bolagsstämman. En utbetalning av vinstutdelning – vare sig den sker öppet eller förtäckt – som inte grundar sig på ett stämmobeslut eller samtycke av samtliga aktieägare strider mot 12:3 1 st. 1 meningen jämfört med 8:11 1 st. och 8:6 1 st. 1 meningen ABL.

Bolagets ställföreträdare äger motsatsvis verkställa beslut som har fattats på bolagsstämman rörande t.ex. vinstutdelning, nedsättning av aktiekapitalet och ändring av bolagsordningen. I och med stämmobeslutet kom-

[126] Jfr särskilt Lindskog i SvJT 1992 s. 85ff men något annorlunda i JFK 12:5-4.1.2 (s. 101f).
[127] Se not 124.
[128] Jag bortser från vad som i enlighet med 6:8 ABL eventuellt kan följa av bolagsordningen beträffande beslutsrätten (6:2 1 st. 1 meningen ABL).
[129] Se SOU 1992:83 s. 224 (jfr s. 223). Se ock prop. 1993/94:196 s. 125 och s. 168f och ytterligare hänvisningar i avsnitt 5.4.6 ovan.
[130] Jfr SOU 1992:83 s. 224.

mer styrelsen eller annan ställföreträdare att med bindande verkan för bolaget kunna företa rättshandlingar för detta (t.ex. utbetalningar till aktieägarna). Till grund för denna förmåga att företa rättshandlingar med bindande verkan för bolaget ligger stämmobeslutet. Stämmobeslutet[131] får betraktas som det *rättsfaktum*, som konstituerar *behörighet* för bolagets ställföreträdare i den betydelsen att de kan företa *rättshandlingar* med *bindande verkan för bolaget*. Med stämmobeslutet uppkommer samtidigt *befogenhet* för bolagets ställföreträdare att företa rättshandlingar för detta. Vad nu sagts beträffande stämmobeslut gäller ock beträffande samtycke av samtliga aktieägare. Se närmare avsnitt 5.4.6.

En annan övergripande princip vid tillämpningen av ABL är att varken bolagsstämman eller samtliga aktieägare kan fatta beslut om större dispositioner över bolagsförmögenheten än som är tillåtet med hänsyn till skyddet för tredje man. Ett stämmobeslut eller samtycke av samtliga aktieägare i strid mot en bestämmelse uppställd i tredje mans intresse såsom 12:2 ABL binder inte övriga bolagsorgan eller eljest bolagets ställföreträdare.

Bolagets ställföreträdare får således inte verkställa ett stämmobeslut eller eljest ett motsvarande beslut som följer av samtliga aktieägares samtycke, om detta strider mot en bestämmelse uppställd i tredje mans intresse (8:13 2 st. ABL). Eftersom ett dylikt beslut är att anse som en nullitet enligt 9:17 3 st. p. 1 ABL så kommer bolagets ställföreträdare i enligt med vad som sagts ovan att sakna behörighet och befogenhet; det finns ju inget giltigt beslut som kan konstituera behörighet och befogenhet.[132]

[131] Motsvarande gäller beträffande ett samtycke av samtliga aktieägare.

[132] Se avsnitt 5.4.6.6 vad särskilt gäller stämmobeslut som är angripliga enligt 9:17 1 och 2 st. ABL. Blott beträffande angripliga stämmobeslut – t.ex. om stämman har fattat beslut om en öppen eller förtäckt utbetalning av vinstutdelning i strid mot likhetsprincipen – kan man hävda att bolagets ställföreträdare saknar befogenhet, närmare bestämt under den tid stämmobeslutet är angripligt. Skulle bolagets ställföreträdare under denna tid verkställa stämmobeslutet genom att företa en rättshandling för bolaget kan rättshandlingen angripas enligt befogenhetsregeln i 8:14 ABL. Om bolagets medkontrahent var i ond tro vid den tidpunkt rättshandlingen företogs är rättshandlingen oförbindande för bolaget. Följaktligen skulle det kunna hävdas att befogenhetsregeln i 8:14 ABL kan tillämpas, då bolagets ställföreträdare verkställer ett enligt 9:17 1 st. och 2 st. ABL angripligt stämmobeslut avseende en aktiebolagsrättslig utbetalning. Enligt min mening måste dock 12:5 1 st. 2 meningen ABL tillämpas även i denna situation. 12:5 1 st. 2 meningen ABL får i förevarande fall betraktas som lex specialis i förhållande till befogenhetsregeln i 8:14 ABL (se SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485). Sålunda måste 12:5 1 st. 2 meningen ABL anses tillämplig vid alla typer av aktiebolagsrättsliga utbetalningar. Vad särskilt gäller förtäckta utbetalningar som grundar sig på ett angripligt stämmobeslut blir det dock fråga om en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL; se följande avsnitt 13.4.4. Se med avseende på det anförda i förhållande till utomstående avsnitt 13:5 nedan, där jag även berör 12:6 ABL.

Det anförda innebär att varken styrelsen, verkställande direktören eller annan ställföreträdare i princip kan binda bolaget vid rättshandlingar som strider mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse. (Att styrelsen eller någon annan ställföreträdare inte på eget initiativ kan företa öppna eller förtäckta utbetalningar följer redan av vad som sagts ovan.) När en ställföreträdare rättshandlar för ett bolag i strid mot en bestämmelse uppställd i tredje mans intresse försöker ställföreträdaren i själva verket att ingå en rättshandling med bindande verkan för bolaget som ligger utanför bolagets rättshandlingsförmåga. Se närmare avsnitt 5.4.6.8.

> Framhållas bör att den i 12:5 1 st. 2 meningen ABL stadgade godtrosregeln är förenlig med detta synsätt.

Det är enligt min uppfattning dock inte särskilt meningsfullt att vid öppna eller förtäckta utbetalningar i strid mot normer i ABL uppställda i tredje mans intresse analysera förfogandet med utgångspunkt i att bolagets ställföreträdare handlat i avsaknad av behörighet eller att förfogandet ligger utanför bolagets rättshandlingsförmåga. Jag företräder den åsikten att regler i ABL uppställda i tredje mans intresse måste ses som tvingande regler med självständig ogiltighetsverkan, där rättsföljden beträffande aktiebolagsrättsliga utbetalningar är reglerad i 12:5 ABL. Enligt mitt förmenande är det av denna orsak som HD i rättspraxis beträffande 54 § 1910 års lag och 73 § 1 mom. 1944 års lag (jfr 12:2 ABL) betonat att de "avser att bereda rättsskydd även för tredje man" och att aktieägarna av HD befanns vara återbäringsskyldiga enligt 54 § 1910 års lag och 73 § 2 mom. 1944 års lag oavsett att samtliga aktieägare samtyckt till förfogandena (se NJA 1951 s. 6 I på s. 25 och II på s. 37).[133]

Det sagda innebär således att 8:14 2 st. 1 meningen ABL inte skall tillämpas, om en ställföreträdare för ett bolag företar en öppen eller förtäckt utbetalning i strid mot 12:2 ABL eller annan bestämmelse i ABL uppställd i tredje mans intresse.

Sammanfattningsvis är det svårt att hitta en hållbar förklaringsmodell till det i NJA 1951 s. 6 I och II, 1980 s. 311 och 1990 s. 343 uppställda ondtroskravet för återbäringsskyldighet (ogiltighet). Enligt min uppfattning är det, som jag framhållit, inte möjligt att förklara detta ondtroskrav med att det skulle vara fråga om en tillämpning av 8:14 ABL eller mot-

[133] Jfr dessutom NJA 1948 s. 651 på s. 666f (" /.../ det till skydd för tredje mans rätt meddelade stadgandet i 18 §" 1911 års föreningslag – jfr 54 § 1910 års lag) och Karlgren i NJA 1951 s. 66 I på s. 30 (Karlgren hänvisar till 54 § 1910 års lag och 73 § 1944 års lag och anför något senare att återbäringsskyldigheten och bristtäckningsskyldigheten grundar sig på "rättsärendets ogiltighet"). I litteraturen se Karlgren, Studier s. 114f och särskilt s. 118f; i Festskrift till Ussing s. 256 not 18 (på s. 264f) och s. 259f och jfr i Handelsrätt s. 71 respektive i SvJT 1938 s. 209.

svarande i äldre lag rörande befogenhetsöverskridande. Det får i stället antas att HD i NJA 1951 s. 6 I och II – trots de ovan framförda invändningarna – tog intryck av allmänna principer rörande condictio indebiti (i mål I) respektive analogt tillämpade 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag (i mål II).[134] Vad angår NJA 1980 s. 311 förklaras ondtroskravet för ogiltighet liksom i NJA 1951 s. 6 II av att HD analogt tillämpade 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag (se hänvisningen till NJA 1951 s. 6 I och II på s. 316 i referatet).[135] I gällande rätt blir det fråga om en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL, som sålunda torde ha tillämpats analogt i NJA 1990 s. 343 (avgörandet bygger uppenbarligen på äldre rättspraxis).

En tredje förklaringsmodell till berörda ondtroskrav – vilken jag själv håller för osannolik – skulle kunna tänkas vara rättsgrundsatsen om rättshandlingar in fraudem legis, dvs. rättshandlingar syftande till kringgående av tvingande lag (ogiltighet torde förutsätta ond tro). Jfr Benckerts rättsutlåtande i NJA 1951 s. 6 I på s. 14f.[136]

[134] Se samma Bramsjö i SvJT 1953 s. 246; Andersson i SvJT 1993 s. 570 not 15 och jfr Karlgren, Handelsrätt s. 71.

[135] Lindskog synes mena att HD i NJA 1976 s. 618 tillämpade eller åtminstone tog intryck av 93 § 1 st. 1944 års lag (befogenhetsregeln i 8:14 ABL); se SvJT 1992 s. 103f och JFK 12:5-4.1.2 (s. 102) samt jfr SvJT 1994 s. 113f. Detta är emellertid ett avgörande som i högsta grad talar mot att HD har tillämpat reglerna om befogenhetsöverskridande. HD konstaterade i målet att aktieförvärvaren Bengt L var återbäringsskyldig och att Inga G var bristtäckningsskyldig (det senare genom tingsrättens lagakraftvunna dom; se hänvisningen till 73 § 2 mom. 3 st. 1944 års lag i referatet på s. 622, där bristtäckningsskyldigheten dock beskrivs som att Inga G förpliktats "återbära" mottaget belopp). En förutsättning för att styrelseledamot eller verkställande direktör skall kunna åläggas bristtäckningsskyldighet är att vederbörande uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet har medverkat till en olovlig utbetalning. Vad beträffar aktieägare krävs uppsåt eller grov oaktsamhet. Se närmare avsnitt 14.3 nedan. Det är mot denna bakgrund man skall läsa domskälen i målet. HD fann att det i målet förelåg omständigheter, vilka talade för att Inga G måste ha förstått, att Bengt L avsåg att finanisera aktieköpet genom uttag från bolag. När så var fallet fann HD den mellan mellan Bengt L och Inga G träffade överenskommelsen om överlåtelse av fordran mot ICA-matmarknad – vilken ingick som ett led i verkställandet av den av Bengt L gjorda olovliga vinstutdelningen – vara ogiltig enligt grunderna för 73 § 2 mom. 1944 års lag (se referatet s. 623). Utbetalningen stod i strid med 73 § 1 mom. 1944 års lag (jfr 12:2 1 st. ABL), som får betraktas som en självständig ogiltighetsregel (se referatet s. 622). Den i 73 § 2 mom. 1944 års lag (12:5 ABL) stadgade återbäringsskyldigheten respektive bristtäckningsskyldigheten kan i sin tur sägas återspegla rättshandlingens ogiltighet (jfr Karlgren i NJA 1951 s. 6 I på s. 30). Det ondtroskrav som i målet var uppfyllt med avseende på Inga G – dvs. att hon i egenskap av styrelseledamot eller i varje fall som aktieägare var i grovt oaktsam ond tro ("måste ha förstått") – motsvarar det subjektiva rekvisit som måste vara uppfyllt för att bristtäckningsskyldighet skall komma i fråga; se 73 § 2 mom. 3 st. 1944 års lag och hänvisningen till 208 § samma lag. Av det anförda följer att HD i NJA 1976 s. 618 knappast kan ha tillämpat 93 § 1 st. 1944 års lag. Se ock ovan avsnitt 12.5.2 not 275.

[136] Jfr därtill om tysk rätt avseende 30 § 1 st. GmbHG och 134 § BGB i avsnitt 11.3.5 ovan.

13.4.4 Skall ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet generellt upprätthållas vid olovliga förtäckta utbetalningar till aktieägare?

Sedan början av 1950-talet förutsätts för återbäringsskyldighet åtminstone vid vissa typer av otillåten förtäckt utbetalning av utdelning att aktieägaren är i ond tro. Vad gäller penninglån i samband med aktieöverlåtelse synes det med utgångspunkt i NJA 1951 s. 6 I och II dock inte som att man generellt skall upprätthålla ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet. I både NJA 1951 s. 6 I och II hade en aktieöverlåtare i egenskap av aktieägare förfogat över bolagets tillgångar mot att detta erhöll en värdelös fordran gentemot aktieförvärvaren. Aktieöverlåtaren befanns vara återbäringsskyldig då han insett eller bort inse att bolagets fordran mot aktieförvärvaren var värdelös, dvs. att förfogandet innefattade en förtäckt utbetalning. Emellertid tycks HD:s majoritet i NJA 1951 s. 6 I inte ha krävt att aktieförvärvaren i egenskap av aktieägare, då han lät bolaget låna medel som överfördes på aktieöverlåtaren i egenskap av utomstående (ej längre aktieägare) mot att bolaget erhöll ytterligare en fordran mot honom, skulle ha insett eller bort inse att bolagets fordran mot honom saknade värde.[137] Däremot tyder domskälen i NJA 1990 s. 343 på att ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet skall upprätthållas i sistnämnda fall: Ställföreträdaren för moderbolaget hade insett eller bort inse att moderbolaget saknade förmåga att betala tillbaka penninglånen (insikt om egen bristande betalningsförmåga).[138]

Med avseende på tredjemanspant[139] (detsamma torde gälla beträffande borgen)[140] har berörda ondtroskrav upprätthållits annorlunda än i NJA 1951 s. 6 I och II; se NJA 1980 s. 311. Till synes hänför sig ondtroskravet inte till återbäringsskyldigheten (ogiltigheten) utan till frågan om säkerställandet skall anses innefatta en förtäckt utbetalning. Ett bolags säkerställande till förmån för aktieägares skuld skall betraktas som en *förtäckt utbetalning*, om (1) aktieägaren saknar betalningsförmåga för den regressfordran som tillkommer bolaget på grund av säkerställandet och (2) borgenären insett eller bort inse detta. Förmodligen skall dock – oavsett domskälen i NJA 1980 s. 311 tyder på annat – ondtroskravet anses hänförligt till återbäringsskyldigheten (ogiltigheten) såsom fallet var i NJA 1951 s. 6 I och II. Det är således tillräckligt att det *första* rekvi-

[137] Det kan dock hävdas att detta låg i sakens natur.

[138] Man kan inte rätt gärna upprätthålla ett ondtroskrav – såsom i 1990 års avgörande – bara för att aktieägaren är juridisk person, om så inte är fallet beträffande fysiska personer.

[139] I NJA 1980 s. 311 rörde det sig om inteckningar i bolagets fasta egendom och förlagsinteckningar i bolagets rörelse.

[140] Se NJA 1980 s. 311 på s. 316.

sitet är uppfyllt för att en pantsättning skall anses som *vederlagsfri* och sålunda anses innefatta en förtäckt utbetalning. Se härom närmare avsnitt 9.6.2.1.

Ett spörsmål som hittills inte besvarats i rättspraxis är om ett *ondtroskrav för återbäringsskyldighet generellt* skall upprätthållas *vid förtäckt utbetalning av vinstutdelning i strid mot ABL.* Förutsätter återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning – vare sig återbäringsskyldigheten skall förstås som återgång på grund av ogiltighet, som ett obligatoriskt anspråk för bolaget om att återfå vad som utbetalats eller som ett värdeersättningsanspråk för bolaget gentemot aktieägaren – att mottagaren skall ha insett eller bort inse att den rättshandling varpå återbäringsskyldigheten beror innefattade en förtäckt utbetalning? Eller skall aktieägaren för återbäringsskyldighet, vilket inte följer av hittillsvarande rättspraxis, ha insett eller bort inse de faktiska omständigheter som gjorde utbetalningen olovlig (rättsstridig)? Eller bör det för återbäringsskyldighet till och med krävas att aktieägaren skall ha insett eller bort inse dels att den rättshandling varpå återbäringsskyldigheten beror innefattade en förtäckt utbetalning, dels att den förtäckta utbetalningen var olovlig[141]?

De skyddsaspekter som ifrågakommer vid *olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning* är, såsom eljest i undersökningen, skyddet för aktieägarna, skyddet för tredje man och skyddet för omsättningen. Avvägningen mellan dessa var för sig skyddsvärda intressen måste göras *under beaktande av* den ändamålsavvägning som aktualiserades inom ramen för utbetalningsbegreppet. Problematiken kring olovlig förtäckt utbetalning av utdelning och sådana aspekter som skyddet för omsättningen måste sålunda bedömas i ett sammanhang: Inom ramen för utbetalningsbegreppet och återbäringsskyldigheten.

> Jfr däremot t.ex. Lindskog som enligt min mening i alltför hög grad förespråkar en lösning i omsättningens intresse.[142] Lindskog menar att såsom "kapitalanvändning" torde böra anses, inte bara vinstutdelning utan varje bolagets beslut om en disposition som innebär ett värdefrånhändande, om detta har varit uppsåtligt.[143] Med uppsåtligt menas att värdefrånhändandet är

[141] Jfr beträffande en tillämpning av befogenhetsregeln i 8:14 ABL i det förra avseendet och 12:5 1 st. 2 meningen ABL i det andra avseendet Lindskog i SvJT 1992 s. 86 not 8 och i JT 1992–93 s. 97ff samt särskilt i JFK 12:5-4.2 (s. 104) och 12:5-5.1.1 (s. 107).

[142] Se JFK 12:2-4.1.1 (s. 36ff) och se härom avsnitt 8.5 ovan med utförliga hänvisningar. En intressant jämförelse är 2 § godtrosförvärvslagen.

[143] Jfr till synes något annorlunda i SvJT 1992 s. 83f, där Lindskog synes mena att en rättshandling skall anses innefatta "kapitalanvändning", om den har ett icke kommersiellt syfte, innefattar en värdediskrepans mellan parternas prestationer och medvetet (uppsåtligen) sker från bolagets sida.

medvetet och inte nödvändigt.[144] Härutöver förutsätter Lindskog för ogiltighet – återbäringsskyldighet – vid olovlig kapitalanvändning, där värdeöverföringen grundar sig på en särskild rättshandling såsom ett avtal eller liknande (förtäckt utbetalning), att bolagets medkontrahent dels enligt befogenhetsregeln i 8:14 ABL skall ha insett eller bort inse att det var fråga om kapitalanvändning, dels enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL inte hade skälig anledning antaga att den ifrågavarande kapitalanvändningen var lovlig (insett eller bort inse att kapitalanvändningen var olovlig); se JFK 12:5-4.2 (s. 104).[145] I sakligt hänseende innebär Lindskogs lösning att tre (!) subjektiva rekvisit måste vara uppfyllda för att återbäringsskyldighet skall komma i fråga. Bevisbördan för ond tro torde åvila bolaget.[146]

Jag vill mena att tredjemansskyddet och aktieägarskyddet är två ändamålsskäl som talar för att frågan huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning till aktieägare skall prövas efter följande modell:

1. I ett första led skall man undersöka om värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation (strikt objektiv bedömning).
2. I ett andra led, och under förutsättning att värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation, måste man undersöka vilket eller vilka syften avtalet eller rättshandlingen fyller.

En aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning till aktieägare skall anses föreligga om (1) värdet av aktieägarens prestation understiger värdet av bolagets prestation och (2) avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis inte har ett kommersiellt syfte. Se härom närmare avsnitt 8.7–8.8 ovan.

Vad angår det första ledet bör det framhållas att omsättningsskyddet inte talar emot en strikt objektiv bedömning, eftersom det vid avtal och andra rättshandlingar mellan ett bolag och dess aktieägare inte – typiskt sett – är fråga om vilken utomstående som helst (inte "at arm's length"); jag bortser härvidlag och i det följande från aktieägare med små aktieinnehav i börsföretag.[147]

Vad skyddet för omsättningen kräver är att avtal och andra rättshand-

[144] Också den situationen att ett värdefrånhändande visserligen inte är åsyftat men en insedd konsekvens av ett visst handlande (indirekt uppsåt) skall tydligen betraktas som kapitalanvändning. Se JFK 12:2-4.1.1 (s. 37).

[145] Jfr ock Lindskog i SvJT 1992 s. 86 not 8 och i JT 1992–93 s. 97f.

[146] Lindskog hävdar dock att aktieägaren har bevisbördan för att han i enlighet med 12:5 1 st. 2 meningen ABL uppburit en utbetalning i god tro. Se JFK 12:5-4.2 (s. 103). Detta torde inte vara riktigt. Se avsnitt 13.7 nedan.

[147] Se närmare avsnitt 8.7.

lingar, som grundar sig på affärsmässiga överväganden, inte motverkas eller förhindras av bestämmelserna om vinstutdelning och övriga utbetalningsregler i ABL. En strikt objektiv bedömning tar hänsyn till omsättningsskyddet, om domstolarna samtidigt har en "generös" inställning till hur värdet av vardera partens prestation skall bestämmas.[148] Den kategori av avtal och andra rättshandlingar som trots detta riskerar träffas av utbetalningsbegreppet innefattar typiskt sett efter en strikt objektiv bedömning ett vederlagsfritt moment men grundar sig samtidigt efter en subjektiv bedömning på affärsmässiga överväganden. Enligt min uppfattning är det därför nödvändigt att såsom ovan angivits i ett andra led undersöka vilket eller vilka syften avtalet eller rättshandlingen fyller.[149]

På grund av att en förtäckt utbetalning – enligt min mening – skall anses föreligga under ovan angivna förutsättningar kan det ändock tyckas finnas en risk för att aktieägare skall bli återbäringsskyldiga enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL: En viss rättshandling kan anses innefatta en "olovlig[150] förtäckt utbetalning" även om den ifrågavarande rättshandlingen (uteslutande) grundar sig på affärsmässiga överväganden. Med hänsyn härtill kan det framstå som nödvändigt att vid olovliga förtäckta utbetalningar generellt upprätthålla ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet genom en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL.

> Enligt min mening kan man alltså inte, som det stundom hävdas i litteraturen, tillämpa 8:14 2 st. 1 meningen ABL; se avsnitt 13.4.3 ovan.

För egen del skulle jag emellertid vilja hävda, att ett vid olovliga förtäckta utbetalningar generellt ondtroskrav för återbäringsskyldighet inte är nödvändigt för att tillgodose skyddet för omsättningen och att ett sådant ondtroskrav allmänt sett inte förtjänar rättsordningens stöd, då det är ägnat att uppmuntra förtäckta rättshandlingar (alltså simulerade rättshandlingar där bakomliggande dissimulerade rättshandlingar utgör aktiebolagsrättsliga utbetalningar). Därtill bör det framhållas att 12:5 1 st. 2 meningen ABL knappast är tänkt att tillämpas analogt vid olovliga förtäckta utbetalningar. Det sagda är relevant såväl före som från den 1 januari 1995 (se ytterligare nedan om rättsläget från den 1 januari 1995).

12:5 1 st. 2 meningen ABL skall enligt den före den 1 januari 1995 gällande lydelsen tillämpas vid otillåten utbetalning av vinstutdelning. Den mottagande aktieägaren undgår återbäringsskyldighet, om han hade skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning. Förtäckt utbetalning av vinstutdelning sker typiskt sett inte i den formen

[148] Se särskilt avsnitt 9.2.

[149] Se närmare avsnitt 8.8.

[150] Jag förutsätter att den "förtäckta utbetalningen" i något avseende är rättsstridig.

att aktieägaren har anledning att uppfatta rättshandlingen som utbetalning av laglig vinstutdelning. Syftet med rättshandlingen, som vanligen torde företas på aktieägarens initiativ, är ju att dölja den aktiebolagsrättsliga utbetalningen.

I och med att syftet med rättshandlingen är att dölja förfogandet innebär en förtäckt utbetalning också ett direkt eller indirekt "lovligt" kringgående av bestämmelserna i ABL eller BFL.[151]

Det kan inte heller anses som obilligt att vid förtäckta utbetalningar, vilka alltså i och för sig inbegriper ett direkt eller indirekt "lovligt" kringgående av bestämmelserna i ABL eller BFL, som står i strid med ABL ålägga aktieägarna en ovillkorlig återbäringsskyldighet utan hänsyn tagen till vad de insett eller bort inse. Och den hypotetiska risk som föreligger för att en ovillkorlig återbäringsskyldighet vid olovliga förtäckta utbetalningar skulle kunna medföra ruinerande verkningar för aktieägare[152] är föga beaktansvärd då den knappast beror på ett aktsamt handlande;[153] i allt fall bör berörda omständighet inte ha företräde framför de intressen ABL avser skydda. Vad nu sagts är även relevant från den 1 januari 1995.

> I förarbetena till ABL påpekas visserligen att återbäringsskyldighet enligt 12:5 1 st. 1 meningen ABL kan komma i fråga vid förtäckt utbetalning av utdelning.[154] Av detta uttalande följer emellertid inte att 12:5 1 st. 2 meningen ABL – i gällande lydelse före den 1 januari 1995 – också skulle tillämpas (ens analogt) vid förtäckt utbetalning av utdelning. En aktieägare undgick bara återbäringsskyldighet – märk väl – om han hade skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning. Detta är, som framgått, inte fallet vid förtäckta utbetalningar.

Vid bedömningen av om 12:5 1 st. 2 meningen ABL analogt skall tillämpas vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning bör därtill beaktas hur rättsordningen allmänt sett bör förhålla sig till simulerade rättshandlingar, varigenom aktieägare söker dölja aktiebolagsrättsliga utbetalningar. Enligt gällande rätt anses förtäckt utbetalning av utdelning vara tillåten såvida förfogandet inte står i strid mot tvingande bestämmelser i

[151] Inte sällan företas förtäckta utbetalningar i syfte att kringgå skatterättsliga regler; i varje fall var så fallet tidigare. Måhända kan man tycka att denna omständighet saknar betydelse i sammanhanget. Det kan väl åtminstone konstateras, att detta inte talar för en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL.

[152] Jfr beträffande nämnda argument SOU 1941:9 s. 285.

[153] Snarare torde en dylik konsekvens vara en följd av att ifrågavarande aktieägare i grunden har en dålig ekonomi och bl.a. av denna orsak initierar (uppsåtligen) en olovlig förtäckt utbetalning i tron att denna inte skall upptäckas.

[154] Se SOU 1971:15 s. 321 (jfr även s. 310) och prop. 1975:103 s. 475 och 485f.

ABL uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2 ABL (om samtliga aktieägare har samtyckt till dispositionen). Den omständigheten att rättsordningen accepterar förtäckt utbetalning av utdelning under vissa förutsättningar är inte detsamma som att sådana förfoganden bör uppmuntras. Tvärtom förtjänar förtäckta utbetalningar att motverkas: Utgångspunkten måste vara att vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten skall ske i öppen form och med iakttagande av samtliga bestämmelser i ABL och BFL. En analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL torde indirekt uppmuntra simulerade rättshandlingar som i verkligheten innefattar förtäckta utbetalningar. Med hänsyn till att förtäckta utbetalningar bör motverkas av rättsordningen framstår det inte som ändamålsenligt att analogt tillämpa 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Det anförda är relevant såväl före som från den 1 januari 1995

Är då inte skyddet för omsättningen ett ändamålsskäl som talar för att man analogt skall tillämpa 12:5 1 st. 2 meningen ABL vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning? Jag tror inte det. Det skydd för affärsmässiga överväganden som krävs kan beaktas inom ramen för utbetalningsbegreppet; se ovan och utförligare avsnitt 8.7–8.8, särskilt avsnitt 8.8.[155] Detta gäller såväl före som från den 1 januari 1995.

> Jfr rättsläget enligt tysk aktiebolagsrätt ovan i avsnitt 11.3.6.1 avseende 62 § 1 st. 2 meningen AktG. Det kan ifrågasättas, om inte den svenska rättsutveckligen – i motsats till vad som är fallet i tysk aktiebolagsrätt – grundar sig på ett antagande om att aktieägare vid olovlig *förtäckt* utbetalning av vinstutdelning är *skyddsvärda på samma sätt* som vid olovlig *öppen* utbetalning av vinstutdelning. Enligt min mening är ett sådant antagande oriktigt, eftersom det är fråga om två vitt skilda situationer där skyddsbehovet inte är detsamma.

Rättsläget såväl före som från den 1 januari 1995 får betraktas som osäkert (se ytterligare om det senare nedan). HD:s domskäl i NJA 1951 s. 6 I och II tyder på att ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet skall upprätthållas i vissa fall – men långt ifrån alla (jfr domskälen i NJA 1951 s. 6 I rörande Santessons återbäringsskyldighet) – av olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning. Några ytterligare fall vid vilka det förutsätts ond tro för återbäringsskyldighet (ogiltighet) framgår av NJA 1980 s. 311 och 1990 s. 343; härvidlag är det fortfarande fråga om med NJA 1951 s. 6 I och II likartade situationer. Vad som gäller i andra fall av olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning är oklart. I litteraturen har Lindskog hävdat att det finns ett behov av godtrosskydd för medkontrahenten,[156] särskilt

[155] Jfr i någon mån Lindskog i JFK 12:5-4.2 (s. 104) men annorlunda i det följande.
[156] Sålunda ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet (ogiltighet).

när fråga är om en kapitalanvändning som inte har formen av utdelning beslutad av bolagsstämman (förtäckt utbetalning av vinstutdelning).[157] Någon "härskande" mening i frågan torde inte finnas.

> I underrätts- och hovrättspraxis synes domstolarna i allmänhet vid olovliga förtäckta utbetalningar till utomstående upprätthålla ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet grundat på 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Så Karlstad tingsrätts dom 1991-11-25 DT 601 (mål nr T 884/90) och senare dom avkunnad av Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 1, 1993-12-16 DT 38 (mål nr T 616/91) respektive Malmö tingsrätts, avdelning 1:3, dom 1992-01-17 DT 13 (mål nr T 3110-89) och senare dom avkunnad av Hovrätten över Skåne och Blekinge, avdelning 1, 1994-03-24 DT 1049 (mål nr T 93/92). Se därtill dom avkunnad av Hovrätten för Övre Norrland 1994-12-01 DT 2067 (mål nr T 11/93), vilket kort berörs i följande avsnitt.[158] Nämnas i sammanhanget bör också ett avgörande av Huddinge tingsrätt; se dom 1992-04-08 DT 462 (mål nr T 482/91).

Sammantaget synes det som om rättsutvecklingen går mot ett generellt ondtroskrav för återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning. En rättsutveckling som enligt min mening kan ifrågasättas. Berörda ondtroskrav synes ursprungligen ha berott på att HD tog intryck av allmänna principer rörande condictio indebiti (NJA 1951 s. 6 I), vilka låg till grund för utformningen av 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag (jfr NJA 1951 s. 6 II och 1980 s. 311). Numera (såväl före som från den 1 januari 1995) torde ondtroskravet kunna förklaras med att HD analogt har tillämpat 12:5 1 st. 2 meningen ABL (NJA 1990 s. 343), där 12:5 1 st. 2 meningen ABL får betraktas som en *självständig rättsregel* vid sidan av allmänna principer rörande condictio indebiti.[159] Om ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet generellt skall upprätthållas vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning är det enligt min mening också 12:5 1 st. 2 meningen ABL som analogt skall tillämpas.[160]

Vad *särskilt* beträffar rättsläget från den 1 januari 1995 gäller enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL att om en utbetalning har skett i form av vinstutdelning, är mottagaren endast återbäringsskyldig om bolaget visar att han insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL. Med vinst-

[157] Lindskog i SvJT 1992 s. 87 (jfr dock hänvisningen i not 155) och JFK 12:5-4.1.2 (s. 101) samt jfr Hellner, Kommersiell avtalsrätt s. 67f.

[158] Se utförligare om detta avgörande avsnitt 12.5.2 ovan.

[159] Vad angår rättsläget från den 1 januari 1995 följer 12:5 1 st. 2 meningen ABL delvis i fråga om tillämpningsområdet av art. 16 i det andra bolagsdirektivet (art. 16 hänvisar till art. 15). Se nedan.

[160] Annorlunda Lindskog i bl.a. JFK 12:5-4.1.2 (s. 99ff), vilken hänvisar till befogenhetsregeln i 8:14 ABL.

utdelning avses enligt föredraganden endast öppen vinstutdelning, dvs. sådan utdelning som har skett på i lagen föreskrivet sätt.[161]

Varken i Aktiebolagskommitténs betänkande eller i propositionen berörs explicit frågan om 12:5 1 st. 2 meningen ABL analogt skall tillämpas vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning (jfr avsnitt 13.3.1 ovan). Ovanstående uttalande i propositionen kan emellertid tolkas som att 12:5 1 st. 2 meningen ABL vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning över huvud taget *inte* skall tillämpas (ens analogt). Detta skulle i så fall innebära att det vid olovlig förtäckt utbetalning av utdelning antingen inte finns något ondtroskrav för återbäringsskyldighet eller att ett sådant ondtroskrav (för ogiltighet) i stället följer av befogenhetsregeln i 8:14 ABL.[162] Enligt min mening utesluter uttalandet dock inte en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL vid otillåten förtäckt utbetalning av utdelning. Frågan huruvida 12:5 1 st. 2 meningen ABL skall tillämpas analogt eller ej får bedömas med hänsyn till dels art. 16 i det andra bolagsdirektivet, dels det "tidigare" rättsläget.

Enligt min uppfattning finns det all anledning att vid förtäckt utbetalning av vinstutdelning i strid mot art. 15 i det andra bolagsdirektivet upprätthålla en ovillkorlig återbäringsskyldighet enligt art. 16 oavsett ond eller god tro. Art. 16 torde dock inte kunna ses som ett förbud mot att enskilda stater upprätthåller ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet vid förtäckt utbetalning av vinstutdelning i strid mot bestämmelser i nationell lagstiftning som motsvarar art. 15 (se härom avsnitt 11.2 ovan).[163]

Således ankommer det på svenska domstolar att från den 1 januari 1995 avgöra om art. 16 i det andra bolagsdirektivet sådan denna har implementerats i 12:5 1 st. 2 meningen ABL skall tillämpas analogt vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning.[164] Som jag redan nämnt har rättsutvecklingen i varje fall hittills (tyvärr) gått mot ett generellt ondtroskrav för återbäringsskyldighet.[165]

Vad som därmed återstår att besvara i fråga om rättsläget såväl före som från den 1 januari 1995 är om vad – dvs. vilka faktiska omständigheter – aktieägaren skall ha varit i ond tro om för att återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning skall uppkomma. Av 12:5 1 st. 2 meningen ABL följer att en aktieägare vid olovlig öppen

[161] Prop. 1993/94:196 s. 174.

[162] Befogenhetsregeln i 8:14 ABL kan enligt min mening, som redan framhållits, inte tillämpas.

[163] Jfr Werlauff 1992 s. 150.

[164] En ondtroskrav för återbäringsskyldighet vid olovlig *förtäckt* utbetalning av vinstutdelning kan i varje fall inte i och för sig sägas följa av art. 16.

[165] Bökmark–Svensson s. 133, hävdar att återbäring ovillkorligen skall ske vid förtäckt utdelning. Någon närmare motivering ges inte.

utbetalning av vinstutdelning skall anses vara i ond tro och återbäringsskyldig, om han har insett eller bort inse att utbetalningen var rättsstridig. Det i rättspraxis upprätthållna ondtroskravet för återbäringsskyldighet – som grundar sig på en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL eller motsvarande i tidigare aktiebolagslagar – vid otillåten förtäckt utbetalning av vinstutdelning har utgått från frågan om aktieägaren insett eller bort inse att förfogandet innefattade en förtäckt utbetalning, dvs. om bolagets fordran var värdelös på grund av aktieförvärvarens eller aktieägarens bristande betalningsförmåga.[166] Därmed ligger det nära till hands att anta att återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning även eljest förutsätter att aktieägaren insett eller bort inse att rättshandlingen[167] innefattade en förtäckt utbetalning (likaså analogt 12:5 1 st. 2 meningen ABL).[168] Detta torde innebära att aktieägaren åtminstone skall ha insett eller bort inse att värdet av hans prestation understeg värdet av bolagets prestation[169].[170] Vid bolags ställande av säkerhet för aktieägares skuld synes det således för ogiltighet krävas att borgenären – utomstående – insett eller bort inse att bolagets regressfordran mot den aktieägande gäldenären var värdelös[171] eller att säkerställandet helt eller delvis inte hade ett kommersiellt syfte[172].

Däremot är det mer tveksamt om aktieägaren för återbäringsskyldighet (ogiltighet) vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning i enlighet med ordalydelsen i 12:5 1 st. 2 meningen ABL (analogt tillämpad ytterligare en gång) skall ha insett eller bort inse att den förtäckta utbetalningen var lagstridig. I så fall skulle det för återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning krävas – förutsatt att ett ondtroskrav generellt skall upprätthållas – inte bara att aktieägaren skall ha insett eller bort inse att den rättshandling varpå återbäringsskyldighe-

[166] Se NJA 1951 s. 6 I och II respektive NJA 1990 s. 343. Jfr Lindskog i JT 1992–93 s. 98 beträffande befogenhetsregeln i 8:14 ABL.

[167] Det torde kunna inträffa att en domstol måste bedöma en serie rättshandlingar i sin helhet. Jfr omständigheterna i NJA 1951 s. 6 I och II.

[168] Jfr beträffande befogenhetsregeln i 8:14 ABL Lindskog i SvJT 1992 s. 86 not 8 och i JT 1992–93 s. 97ff samt i JFK 12:5-5.1.1 (s. 107); se även 12:5-4.2 (s. 104).

[169] Jfr ovan och se beträffande frågan om vem som har bevisbördan för att en viss rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning avsnitt 8.12 ovan.

[170] Jfr beträffande befogenhetsregeln i 8:14 ABL Lindskog i JT 1992–93 s. 98.

[171] NJA 1980 s. 311 och se om "minimumprincipen" ovan avsnitt 9.6.2.1.

[172] Jfr avsnitt 9.6.2.2 ovan. Något annorlunda Lindskog i JT 1992–93 s. 98f beträffande befogenhetsregeln i 8:14 ABL. Se för ett annat synsätt Hellner i Kommersiell avtalsrätt s. 67f.

ten beror innefattade en förtäckt utbetalning utan dessutom att aktieägaren insett eller bort inse att den förtäckta utbetalningen var olovlig.[173]

Med hänsyn till rättspraxis på området är det åtminstone inte sannolikt att återbäringsskyldighet vid olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning *endast* är beroende av om aktieägaren har insett eller bort inse att den förtäckta utbetalningen var olovlig; alltså oavsett det förhållandet att aktieägaren inte insett eller bort inse att den rättshandling varpå återbäringsskyldigheten beror innefattade en förtäckt utbetalning. En aktieägare kan ju inte rätt gärna vara i ond tro om att en viss rättshandling innebar en *olovlig* förtäckt utbetalning, om han inte ens var i ond tro om att ifrågavarande rättshandling innefattade en *förtäckt utbetalning*. Därtill kommer att ändamålsskäl talar emot en sådan lösning (jfr ovan).

> Möjligen kan man tycka att ett sådant ondtroskrav för återbäringsskyldighet följer av ordalydelsen i 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Häremot kan anföras att i varje fall HD har valt att fästa vikt vid om aktieägaren i ovannämnt avseende var i ond tro.

Den kritiska frågan får i stället anses vara om det för återbäringsskyldighet krävs att aktieägaren skall ha insett eller bort inse dels att den rättshandling varpå återbäringsskyldigheten beror innefattade en förtäckt utbetalning, dels att den förtäckta utbetalningen var olovlig. Enligt min uppfattning bör det för återbäringsskyldighet vid *olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning* över huvud taget inte krävas att aktieägaren skall ha insett eller bort inse att den förtäckta utbetalningen var *olovlig*. Varken rättspraxis eller ändamålsskäl talar för en dylik "dubbellösning" (jfr ovan). Det torde för återbäringsskyldighet – såvida man nu generellt skall upprätthålla ett ondtroskrav – vara tillräckligt att aktieägaren insett eller bort inse att den rättshandling varpå återbäringsskyldigheten beror innefattade en *förtäckt utbetalning*.[174]

> Men se kortfattat följande avsnitt för ett dylikt "dubbelt ondtroskrav" i en dom avkunnad av Hovrätten för Övre Norrland 1994-12-01 DT 2067 (mål nr T 11/93) med avseende på utomstående (systerbolag till det utbetalande bolaget i en koncern) mottagare av en olovlig förtäckt utbetalning.
>
> Förvärvare i senare led än utbetalningsmottagaren, dvs. C som förvärvat egendom i ond tro från utbetalningsmottagaren B som i sin tur tillgodogjort sig egendomen genom en olovlig utbetalning från bolaget A, bör för åter-

[173] Se för en liknande lösning (befogenhetsregeln i 8:14 ABL med avseende på den förra omständigheten och 12:5 1 st. 2 meningen ABL med avseende på den senare omständigheten) Lindskog i SvJT 1992 s. 86 not 8 och i JT 1992–93 s. 97ff samt särskilt i JFK 12:5-4.2 (s. 104) och 12:5-5.1.1 (s. 107).

[174] Annorlunda Lindskog, se föregående not.

ställandeskyldighet emellertid vara i ond tro i båda nu berörda hänseenden. Härför talar omsättningsskyddet.[175]

Avslutningsvis bör det framhållas, att den i rättspraxis valda lösningen ändå kanske får betraktas som ändamålsenlig, låt vara att jag är kritisk till den. Till synes innebär lösningen ett skydd för omsättningen på så sätt att det för återbäringsskyldighet vid otillåten förtäckt utbetalning av vinstutdelning krävs att bolagets medkontrahent – aktieägaren – skall ha varit i ond tro om att rättshandlingen innefattade en förtäckt utbetalning samtidigt som den motverkar olovliga förtäckta utbetalningar såtillvida att det för återbäringsskyldighet inte krävs att aktieägaren skall ha insett eller bort inse att den förtäckta utbetalningen var olovlig.

13.5 Skall ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet generellt upprätthållas vid olovliga öppna och förtäckta utbetalningar till utomstående?

Med (vederlagsfria) utbetalningar till utomstående förstår jag vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till förmån för andra än aktieägare. Aktiebolagsrättsliga utbetalningar till utomstående får enligt gällande rätt inte ta i anspråk med än vad som utgör fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL eller stå i strid mot försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Skyddet för aktieägarna tillgodoses av bl.a. generalklausulerna i 8:13 1 st. och 9:16 ABL respektive principen om att bolagsorganen inte får fatta beslut om eller företa rättshandlingar som är uppenbart främmande för verksamhetens syfte; jfr 12:1 2 st. ABL och 76 § 1 st. 1 meningen 1944 års lag.

Jag har i det föregående framhållit att som i verkligheten innefattande en aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning bör ett avtal eller annan rättshandling mellan ett bolag och en medkontrahent, vilken är aktieägaren närstående fysisk eller juridisk person respektive ett bolag ingående i samma koncern som ifrågavarande bolag, prövas jämlikt samma modell som gäller för utbetalningsbegreppet i förhållande till aktieägare (se avsnitt 8.9 och 8.10 ovan). I dylika situationer bör 12:5 1 st. 2 meningen ABL tillämpas – direkt eller analogt – som om medkontrahenten vore aktieägare oavsett om det är fråga om en olovlig öppen eller förtäckt utbetalning.

[175] Jfr Kleineman, JT 1994–95 s. 450f. Jfr dock NJA 1976 s. 618 i fråga om tillämpningen av 30 § SkbrL vad avsåg ICA-matmarknad återgivet i avsnitt 12.5.2 ovan och Lindskog, JT 1992–93 s. 103 men observera JFK 12:5-5.2 (s. 110).

Vad som därmed återstår att avgöra är om 12:5 1 st. 2 meningen ABL analogt skall tillämpas då en utomstående "på armlängds avstånd" ("at arm's length") – till denna kategori hör också aktieägare med små aktieinnehav i börsföretag – mottar en olovlig öppen eller förtäckt utbetalning.

I fråga om olovliga *öppna* utbetalningar kan jag inte se annat än att en utomstående utbetalningsmottagare på samma sätt som varje aktieägare bör undgå återbäringsskyldighet, om han varken insett eller bort inse de faktiska omständigheter som gjorde utbetalningen lagstridig. 12:5 1 st. 2 meningen ABL bör följaktligen vara analogt tillämplig.[176]

> Jfr RH 1992:80 nedan.

Emellertid torde det förhållandet att 12:5 1 st. 2 meningen ABL är analogt tillämplig vid olovliga *öppna* utbetalningar till utomstående inte ha så stor praktisk betydelse.[177] Vid utbetalningar till utomstående i strid mot bestämmelser uppställda i aktieägarnas intresse synes 12:5 1 st. 2 meningen ABL mer sällan bereda utbetalningsmottagaren något skydd, eftersom utbetalningsmottagaren regelmässigt får antas ha insett eller bort inse att utbetalningen stod i strid mot generalklausulen i 8:13 1 st. ABL (därtill eventuellt 9:16 ABL) eller syftet med bolagets verksamhet (jfr 12:1 2 st. ABL).

> Märk väl att en olovlig öppen utbetalning av angivet slag, som företas av bolagets styrelse eller annan ställföreträdare i avsaknad av ett stämmobeslut eller eljest samtliga aktieägares samtycke, enligt min mening är oförbindande för bolaget redan på den grunden att ställföreträdaren saknade behörighet att företa denna. Därför kan man enligt min mening inte tillämpa befogenhetsregeln i 8:14 2 st. 1 meningen ABL men väl 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Se närmare nedan.

Däremot kan en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL mer ofta tänkas bereda utbetalningsmottagaren skydd vid utbetalningar i strid mot bestämmelser uppställda i tredje mans intresse såsom 12:2 ABL. En utomstående utbetalningsmottagare har i allmänhet inte lika goda förut-

[176] Samma Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 126 och Kedner–Roos II 12:1.03 (s. 224). Lindskog synes vilja tillämpa befogenhetsregeln i 8:14 ABL även vid olovliga öppna utbetalningar till utomstående. Jfr JFK 12:5-4.1.1f (s. 99ff). Möjligen menar Lindskog att man därutöver, och alltså vid sidan av befogenhetsregeln i 8:14 ABL, kan tillämpa 12:5 1 st. 2 meningen ABL; jfr Lindskog i SvJT 1992 s. 86 not 8 och i JT 1992–93 s. 97ff samt särskilt i JFK 12:5-4.2 (s. 104) och 12:5-5.1.1 (s. 107). Jfr därtill SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 475f, varom närmare nedan not 185.

[177] Jfr Lindskog i JFK 12:6-3.4 (s. 122) beträffande befogenhetsregeln i 8:14 ABL.

sättningar som aktieägare att bedöma huruvida utbetalningen t.ex. strider mot försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL.

> Se nedan om regler i ABL uppställda i tredje mans intresse, vilka enligt min mening bör ses som tvingande regler med självständig ogiltighetsverkan.

Vad beträffar olovliga *förtäckta* utbetalningar till utomstående är det enligt gällande rätt osäkert om man kan tillämpa 12:5 1 st. 2 meningen ABL analogt. Ett enligt litteraturen på området tänkbart alternativ (eller "komplement")[178] anses vara 8:14 2 st. 1 meningen ABL.[179]

Frågan huruvida ett avtal eller annan rättshandling innefattar en aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning till utomstående skall enligt min uppfattning prövas efter följande modell:

1. I ett första led skall man undersöka om det är uppenbart att värdet av medkontrahentens prestation understiger värdet av bolagets prestation.
2. I ett andra led, och under förutsättning att det är uppenbart att värdet av medkontrahentens prestation understiger värdet av bolagets prestation, måste man undersöka vilket eller vilka syften avtalet eller eljest rättshandlingen fyller.

En aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning till utomstående skall anses föreligga om (1) det är uppenbart att värdet av medkontrahentens prestation understiger värdet av bolagets prestation och (2) avtalet eller eljest rättshandlingen helt eller delvis inte har ett kommersiellt syfte. Se härom närmare kapitel 10 ovan.

Skulle en rättshandling anses innefatta en olovlig förtäckt utbetalning till utomstående torde återbäringsregeln i 12:5 1 st. 1 meningen ABL vara analogt tillämplig. Se avsnitt 12.6 ovan (se ock nedan). Den därpå följande frågan är om den utomstående utbetalningsmottagaren för återbäringsskyldighet måste vara i ond tro. Jag vill mena att det med hänsyn till omsättningsskyddet i detta fall, där det är fråga om utomstående på armlängds avstånd, är motiverat att generellt upprättshålla ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet. De lege lata är rättsläget osäkert även om det förmodligen kan antas att återbäringsskyldighet (ogiltighet) förutsät-

[178] Måhända menar Lindskog att man vid sidan av befogenhetsregeln i 8:14 ABL kan tillämpa 12:5 1 st. 2 meningen ABL; jfr Lindskog i SvJT 1992 s. 86 not 8 och i JT 1992–93 s. 97ff samt särskilt i JFK 12:5-4.2 (s. 104) och 12:5-5.1.1 (s. 107). Se närmare not 191 nedan.

[179] Se hänvisningarna i föregående not. Se därtill hänvisningarna i det följande.

ter ond tro.[180] Enligt min uppfattning bör detta ondtroskrav grunda sig på en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL och *inte* 8:14 2 st. 1 meningen ABL.[181]

> I RH 1992:80 förutsattes för återbäringsskyldighet att utbetalningsmottagaren var i ond tro. I avgörandet, som jag har refererat i avsnitt 12.6 ovan, ansågs bestämmelsen i 12:5 1 st. 2 meningen ABL analogt tillämplig. Tredje man var "med den insikt han hade om förhållandena i bolaget skyldig att återbetala vad han erhållit i utbetalning av bolaget".[182] Se därtill nedan nämnda hovrättsavgöranden.

Befogenhetsregeln i 8:14 ABL kan enligt min mening inte tillämpas vid aktiebolagsrättsliga utbetalningar – öppna eller förtäckta – till aktieägare.[183] Inte heller kan befogenhetsregeln i 8:14 ABL tillämpas vid aktiebolagsrättsliga utbetalningar – öppna eller förtäckta – till utomstående.[184] Vid öppna eller förtäckta utbetalningar till aktieägare eller utomstående, som företas av styrelsen eller annan ställföreträdare i avsaknad av ett stäm-

[180] Jfr nedan nämnda hovrättsavgörande; Kedner–Roos II 12:1.03 (s. 224) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 126. Jfr ock t.ex. Lindskog i SvJT 1992 s. 86 not 8 och i JT 1992–93 s. 97ff samt särskilt i JFK 12:5-4.2 (s. 104) och 12:5-5.1.1 (s. 107). Lindskog menar att befogenhetsregeln i 8:14 ABL skall tillämpas; kanhända dessutom 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Se härom not 176 ovan och särskilt not 191 nedan.

[181] Troligtvis samma Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 126 och Kedner–Roos II 12:1.03 (s. 224). Annorlunda Lindskog i JFK 12:5-4.1.2 (s. 100), vilken menar att 8:14 skall tillämpas; möjligen dessutom 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Se beträffande Lindskogs uppfattning not 176 ovan och 191 nedan.

[182] Referatet s. 202. Jfr dock Umeå tingsrätts dom 1992-12-10 DT 487 (mål nr T 26/90), där tingsrätten visserligen hänvisar till befogenhetsregeln i 8:14 ABL men tillämpar godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen.

[183] Se bl.a. avsnitt 5.4.6 ovan.

[184] Jfr dock Lindskog i JFK 12:5-4.1.2 (s. 100) beträffande annan kapitalanvändning än vinstutdelning, vilker hävdar att så mycket förmodligen får anses stå klart, att avtal med utomstående beträffande frågan om bolagets bundenhet faller under befogenhetsregeln i 8:14 ABL. Lindskog hänvisar till bl.a. ett uttalande i prop. 1975:103 s. 475f (se ock SOU 1971:15 s. 310). Detta uttalande är dock knappast ett säkert stöd för Lindskogs tes; jfr avsnitt 12.6 ovan och se följande not. Därtill hänvisar Lindskog till ("Jfr") SOU 1941:9 s. 283 och s. 654 ävensom Bramsjö SvJT 1953 s. 246, Kedner–Roos II 12:1.01 (s. 223) (men även 12:1.03 (s. 224)) och sig själv i SvJT 1992 s. 88ff samt JT 1992–93 s. 85 (s. 95 angiven men s. 85 torde avses) med not 18 och s. 97f. Frånsett hänvisningen till Lindskog ger inte de övriga rättskällorna något säkert stöd för berörda ståndpunkt. (Bramsjö a.st. menar vad beträffar olovliga aktiebolagsrättsliga utbetalningar till aktieägare att HD i NJA 1951 s. 6 I och II *inte* har tillämpat de äldre motsvarigheterna till befogenhetsregeln i 8:14 ABL. Kedner–Roos II 12:1.03 (s. 224) framhåller att vid olovliga utbetalningar till utomstående torde man analogt få tillämpa reglerna om lagstridig vinstutdelning i 12:5 ABL.) På samma sätt synes det förhålla sig med hänvisningen till ("Se") Mallmén 10:1.02 (s. 377f) och SWN s. 188 samt Müllern TSA 1981 s. 34 (Müllern hänvisar till 12:5 ABL). Däremot talar i någon mån Werlauff, Selskabsmasken (här Werlauff 1991) s. 472f, vartill hänvisas, för Lindskogs lösning.

mobeslut eller eljest samtliga aktieägares samtycke (behörighetsgrundande rättsfaktum), är det enligt min mening fråga om ett rättshandlande för bolaget i avsaknad av behörighet (jfr dock nedan om utbetalningar som grundar sig på angripliga stämmobeslut respektive gåvor i strid mot 12:6 ABL). När en ställföreträdare rättshandlar för ett bolag i strid mot en bestämmelse i ABL uppställd i tredje mans intresse – t.ex. en utbetalning till aktieägare eller utomstående i strid mot 12:2 ABL – försöker ställföreträdaren till och med att ingå en rättshandling med bindande verkan för bolaget som ligger utanför bolagets rättshandlingsförmåga. Det är emellertid inte särskilt meningsfullt att med utgångspunkt i bolagets rättshandlingsförmåga analysera rättshandlingar i strid mot bestämmelser i ABL uppställda i tredje mans intresse. I stället måste enligt min uppfattning regler i ABL uppställda i tredje mans intresse ses som tvingande regler med självständig ogiltighetsverkan, där rättsföljden i fråga om aktiebolagsrättsliga utbetalningar är reglerad i 12:5 ABL. Se avsnitt 13.4.3 ovan med avseende på aktiebolagsrättsliga utbetalningar till aktieägare.

En av två situationer vid vilken man kan hävda att bolagets ställföreträdare saknar befogenhet är när bolagsstämman har fattat ett beslut som är angripligt enligt 9:17 1 och 2 st. ABL, t.ex. om stämman har fattat beslut om en öppen eller förtäckt utbetalning till utomstående. Se härom avsnitt 5.4.6.6. Under den tid stämmobeslutet är angripligt saknar bolagets ställföreträdare befogenhet. Skulle bolagets ställföreträdare under denna tid verkställa stämmobeslutet genom att företa en rättshandling för bolaget kan rättshandlingen angripas enligt 8:14 2 st. 1 meningen ABL (med viss tvekan beträffande tilllämpningsområdet för 2 st. 2 meningen; se dock 8:13 2 st. ABL). Om bolagets medkontrahent var i ond tro vid den tidpunkt rättshandlingen företogs är rättshandlingen oförbindande för bolaget. Med hänsyn härtill skulle det kunna hävdas att 8:14 2 st. 1 meningen ABL skall tillämpas, om bolagets ställföreträdare verkställer ett enligt 9:17 1 st. och 2 st. ABL angripligt stämmobeslut avseende en aktiebolagsrättslig utbetalning till utomstående. Enligt min mening måste dock 12:5 1 st. 2 meningen ABL anses analogt tillämplig även i denna situation; se om 12:5 1 st. ABL nedan. (Jfr beträffande utbetalningar till aktieägare SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 485.) Sålunda skall 12:5 1 st. 2 meningen ABL anses tillämplig – direkt eller analogt – vid alla typer av aktiebolagsrättsliga utbetalningar.

Den andra situationen är gåvor till utomstående – aktiebolagsrättsliga utbetalningar – i strid mot 12:6 ABL (och detsamma är i och för sig relevant beträffande gåvor till aktieägare i strid mot 12:6 ABL; jfr om gåvor till aktieägare i avsnitt 7.4.8). Beträffande sådana gåvor skulle man kunna tycka att 8:14 2 st. 1 meningen ABL bör tillämpas, eftersom 12:6 är ett undantag från principen om att bolagsorganen inte får fatta beslut om och företa rättshandlingar som är uppenbart främmande för syftet med verksamheten och att rättshandlingar som företas i strid mot denna princip skall bedömas enligt 8:14 2 st. 1 meningen ABL (jfr 66 § 1910 års lag och 93 § 1944 års

lag).[185] Lindskog framhåller t.ex. att befogenhetsregeln i 8:14 ABL definitivt skall tillämpas vid överträdelse av verksamhetsföremålet (avser rättsläget före den 1 januari 1995) och att det inte synes föreligga något skäl för att bedöma överträdelse av verksamhetens syfte annorlunda.[186]

Enligt min mening får man emellertid inte förbise, att en rättshandling kan vara uppenbart främmande för syftet med bolagets verksamhet utan att rättshandlingen innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning till utomstående. 8:14 2 st. 1 meningen ABL bör anses tillämplig på dylika rättshandlingar, men inte på rättshandlingar som innefattar aktiebolagsrättsliga utbetalningar oavsett om förfogandet är uppenbart främmande för syftet med verksamheten. Fastmer skall 12:5 1 st. tillämpas. 12:5 1 st. 1 meningen ABL måste, som jag har framhållit i det föregående, ses som en *exklusiv reglering av rättsföljden* vid *alla typer av utbetalningar i strid mot ABL* oavsett om utbetalningen strider mot en bestämmelse uppställd i aktieägarnas eller tredje mans intresse och oavsett om utbetalningsmottagaren är aktieägare eller utomstående. Se avsnitt 12:6 och jfr avsnitt 12.4 ovan. På motsvarande vis måste 12:5 1 st. 2 meningen ABL tillämpas oavsett om utbetalningsmottagaren är aktieägare eller utomstående; se ock nedan.

För övrigt kan det ifrågasättas, om inte 12:6 ABL bör ses som en bestämmelse som anger den behörighet – kompetens – som tillkommer styrelsen att företa gåvor (och analogt för verkställande direktören i den utsträckning denne kan företa gåvor).[187] I linje med detta synsätt skulle en gåva som företas av bolagets styrelse till förmån för utomstående i strid mot 12:6 ABL anses som att styrelsen har överskridit sin behörighet. Om gåvomottagaren mottagit gåvan i god tro skulle han dock vara skyddad enligt 12:5 1 st. 2 meningen ABL (analogt tillämpad).

Det anförda kan motiveras på följande vis: Bolagsstämman är enligt 12:3 1 st. 1 meningen ABL det enda bolagsorgan som kan fatta beslut om vinstutdelning till aktieägarna. Detsamma gäller beträffande andra utbetalningar till aktieägarna förutsatt bolaget är en "going concern".[188] Enligt 12:6 1 meningen ABL har bolagsstämman en begränsad rätt att fatta beslut om gåvor.

[185] De i föregående not nämnda uttalandena i SOU 1971:15 s. 310 och prop. 1975:103 s. 475f tar sikte på rättshandlingar i strid mot denna princip. Uttalandena kan åtminstone inte med säkerhet tolkas därhän att befogenhetsregeln i 8:14 ABL skulle vara tillämplig vid aktiebolagsrättsliga utbetalningar till utomstående i strid mot 12:2 ABL. Enligt min uppfattning bör en olovlig aktiebolagsrättslig utbetalning till aktieägare eller utomstående inte ses som en befogenhetsfråga oavsett om utbetalningen strider mot en bestämmelse uppställd i aktieägarnas eller tredje mans intresse, dock med undantag för bl.a. den nyss nämnda situationen där bolagets ställföreträdare verkställer ett stämmobeslut som är angripligt jämlikt 9:17 1 och 2 st. ABL. Se ovan avsnitt 13.4.3 not 132 och i det följande beträffande 12:6 ABL och 8:13 ABL.

[186] Se JFK 12:5-4.1.2 (s. 100f).

[187] 12:6 ABL skulle alltså inte ses som en befogenhetsinskränkande bestämmelse. Lindskog är av en annan uppfattning; se JFK 12:6-3.4 (s. 122) och jfr 12:6-3.1 (s. 120).

[188] Jag bortser från vad som kan följa av bolagsordningen rörande nedsättning av aktiekapitalet genom inlösen av aktier. Se 6:2 1 st. 1 meningen och 6:8 ABL.

Bolagsstämman äger besluta om gåva till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål, om det med hänsyn till ändamålets beskaffenhet, bolagets ställning och omständigheterna i övrigt får anses skäligt. Mot denna bakgrund kan man formulera en allmän princip, som innebär att endast bolagsstämman kan fatta beslut om aktiebolagsrättsliga utbetalningar; jfr avsnitt 13.4.3 ovan om kompetensfördelningen (funktionsfördelningen) mellan bolagsorganen. Den i 12:6 2 meningen ABL stadgade rätten för styrelsen att företa gåvor är ett undantag från berörda princip. Styrelsen äger bortskänka tillgång till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål som med hänsyn till bolagets ställning är av ringa betydelse.[189] 12:6 2 meningen ABL tillerkänner alltså styrelsen en självständig rätt – behörighet – att företa aktiebolagsrättsliga utbetalningar, närmare bestämt gåvor av angivet slag. För övrigt saknar styrelsen i enlighet med den nyss nämnda allmänna principen behörighet, att på eget initiativ och med bindande verkan för bolaget företa aktiebolagsrättsliga utbetalningar. Vad som krävs för att styrelsen skall kunna företa en aktiebolagsrättslig utbetalning till utomstående, som inte täcks av 12:6 2 meningen ABL, är ett behörighetsgrundande rättsfaktum såsom ett av stämman fattat beslut om gåva som står i överensstämmelse med 12:6 1 meningen ABL eller samtliga aktieägares samtycke. Jfr ock avsnitt 5.4.6 ovan.

Vad angår aktiebolagsrättsliga utbetalningar till utomstående som företas av bolagets ställföreträdare i strid mot generalklausulen i 8:13 1 st. ABL kan det likaså tyckas att 8:14 2 st. 1 meningen ABL måste vara tillämplig. Enligt min mening bör så inte vara fallet. Den omständigheten att en utbetalning står i strid mot 8:13 1 st. ABL saknar egentligen betydelse, eftersom styrelsen eller annan ställföreträdare i och för sig saknar behörighet att företa en utbetalning till utomstående i avsaknad av ett stämmobeslut eller eljest samtliga aktieägares samtycke. Grundar sig utbetalningen på ett stämmobeslut som är angripligt enligt 9:17 1 och 2 st. ABL på grund av att det står i strid mot 9:16 ABL skall 12:5 1 st. ABL ändå tillämpas i enlighet med vad som anförts ovan.

Och även om det skulle förhålla sig på så vis att 8:14 2 st. 1 meningen ABL hypotetiskt sett kan tillämpas i vissa fall – dvs. möjligen när styrelsen eller annan ställföreträdare företar en öppen eller förtäckt utbetalning till utomstående på grundval av ett angripligt stämmobeslut eller i strid mot en bestämmelse i ABL uppställd i aktieägarnas intresse såsom 8:13 1 st. ABL respektive 12:6 ABL eller i strid mot principen om att bolagsorganen inte får företa rättshandlingar som är uppenbart främmande för verksamhetens syfte – bör alla typer av olovliga aktiebolagsrättsliga utbetalningar behandlas på samma vis. Härför talar inte minst den

[189] En annan sak är att t.ex. "representationsgåvor" eller "sponsoring" kan vara att betrakta som affärsmässiga rättshandlingar på grund av de företas av affärsmässiga skäl. Detsamma synes gälla beträffande exempelvis födelsedagspresenter och julgåvor till anställda, kunder och leverantörer. Jfr Lindskog i JFK 12.6-3.1 (s. 121).

omständigheten att man därmed uppnår en både enkel och enhetlig rättstillämpning.[190] Enligt min mening skall således 12:5 1 st. ABL tillämpas – direkt eller analogt – vid alla typer av rättsstridiga aktiebolagsrättsliga (öppna eller förtäckta) utbetalningar oavsett av vilken anledning ifrågavarande utbetalning är olaglig och oavsett om utbetalningsmottagaren är aktieägare eller utomstående (12:5 1 st. ABL skall i förekommande fall betraktas som lex specialis i förhållande till befogenhetsregeln i 8:14 ABL).[191] Vad nu sagts är relevant såväl före som från den 1 januari 1995.

Två spörsmål som återstår att besvara är om vad en utomstående utbetalningsmottagare skall vara i ond tro för återbäringsskyldighet – såväl före som från den 1 januari 1995 – vid en olovlig öppen respektive förtäckt utbetalning. Vid en olovlig öppen utbetalning torde det i varje fall kunna antas att en utbetalningsmottagare är i ond tro och återbäringsskyldig, om han insett eller bort inse att utbetalningen var rättsstridig. Sålunda bör 12:5 1 st. ABL analogt tillämpas så att återbäringsskyldighet förutsätter att utbetalningsmottagaren var i ond tro om att utbetalningen var olovlig.

Nästa fråga är om vad en utomstående utbetalningsmottagare skall vara ond tro för återbäringsskyldighet vid en olovlig förtäckt utbetalning. HD har i rättspraxis förstått ondtroskravet vid otillåten förtäckt utbetalning av vinstutdelning till aktieägare så att vederbörande skall ha insett eller bort inse att förfogandet innefattade en förtäckt utbetalning.[192] Man torde kunna anta att motsvarande gäller med avseende på en utomstående utbetalningsmottagare. Återbäringsskyldighet förutsätter att utbetalningsmottagaren insett eller bort inse att rättshandlingen innefattade en förtäckt utbetalning (analogt 12:5 1 st. 2 meningen ABL).[193] Utbetalningsmottagaren skall åtminstone ha insett eller bort inse att värdet av hans prestation understeg värdet av bolagets prestation[194].[195] Vid bolags

[190] Jfr ock ovan samt avsnitt 12.6 ävensom avsnitt 12.4.

[191] Sannolikt är Rodhe och Kedner–Roos av samma uppfattning; se hänvisningen i not 176 ovan. Se däremot Lindskog i JFK 12:5-4.1.2 (s. 101), som vill fästa vikt vid kapitalanvändningens form och inte vem som är mottagare till kapitalanvändningen. Lindskog förbiser den av mig upprätthållna distinktionen mellan, å ena sidan, sådana rättshandlingar som innefattar kapitalanvändning och som strider mot ABL eller bolagsordningen och, å andra sidan, sådana rättshandlingar som inte innefattar kapitalanvändning men ändå av någon anledning är olovliga. Befogenhetsregeln i 8:14 ABL kan tillämpas på lagstridiga rättshandlingar av det senare slaget. Jfr ock ovan

[192] Se avsnitt 13.4 ovan.

[193] Jfr beträffande befogenhetsregeln i 8:14 ABL Lindskog i SvJT 1992 s. 86 not 8 och i JT 1992–93 s. 97ff samt i JFK 12:5-5.1.1 (s. 107); se även JFK 12:5-4.2 (s. 104).

[194] Jfr avsnitt 13.4.4 ovan och se beträffande frågan om vem som har bevisbördan för att en viss rättshandling innefattar en förtäckt utbetalning avsnitt 8.12 ovan.

[195] Jfr beträffande befogenhetsregeln i 8:14 ABL Lindskog i JT 1992–93 s. 98 och JFK 12:5-4.2 (s. 104).

ställande av säkerhet för aktieägares skuld synes det följaktligen för ogiltighet krävas att den utomstående borgenären insett eller bort inse att bolagets regressfordran mot den aktieägande gäldenären var värdelös[196] eller att säkerställandet helt eller delvis inte hade ett kommersiellt syfte[197].

Krävs det då för återbäringsskyldighet (ogiltighet) vid en olovlig förtäckt utbetalning att utbetalningsmottagaren *dessutom* skall ha insett eller bort inse att den förtäckta utbetalningen var lagstridig (likaledes analogt 12:5 1 st. 2 meningen ABL)? Jag har i föregående avsnitt funnit, att det för återbäringsskyldighet vid *olovlig förtäckt utbetalning av vinstutdelning* inte bör krävas att aktieägaren skall ha insett eller bort inse att den förtäckta utbetalningen var *olovlig*. Om man generellt skall upprätthålla ett ondtroskrav för återbäringsskyldighet måste det vara tillräckligt att aktieägaren insett eller bort inse att den rättshandling varpå återbäringsskyldigheten beror innefattade en *förtäckt utbetalning*. Ändamålsskäl talar enligt min mening inte för en annan lösning vid olovliga förtäckta utbetalningar till utomstående.

Jfr dock till synes beträffande en prövning med avseende på om utbetalningsmottagaren var i god tro i fråga om utbetalningens olovlighet RH 1992:80; Karlstad tingsrätts dom 1991-11-25 DT 601 (mål nr T 884/90) och senare dom avkunnad av Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 1, 1993-12-16 DT 38 (mål nr T 616/91) och Malmö tingsrätts, avdelning 1:3, dom 1992-01-17 DT 13 (mål nr T 3110-89) och senare dom avkunnad av Hovrätten över Skåne och Blekinge, avdelning 1, i dom 1994-03-24 (mål nr T 93/92).

Men se för ett "dubbelt ondtroskrav" – dvs. att utbetalningsmottagaren var i ond tro om att rättshandlingen innefattade en förtäckt utbetalning och att denna var olovlig – i en dom avkunnad av Hovrätten för Övre Norrland 1994-12-01 DT 2067 (mål nr T 11/93) med avseende på en utomstående (systerbolag till det utbetalande bolaget i en koncern) mottagare av en olovlig förtäckt utbetalning. Se närmare domen s. 14f.

Förvärvare i senare led än utbetalningsmottagaren, dvs. C som förvärvat egendom i ond tro från utbetalningsmottagaren B som i sin tur tillgodogjort sig egendomen genom en olovlig utbetalning från bolaget A, bör för återställandeskyldighet emellertid vara i ond tro i båda nu berörda hänseenden. Härför talar omsättningsskyddet.[198] Se ock avsnitt 13.4.4 ovan.

[196] NJA 1980 s. 311 och se om "minimumprincipen" ovan avsnitt 9.6.2.1.

[197] Jfr avsnitt 9.6.2.2 ovan. Något annorlunda Lindskog i JT 1992–93 s. 98f beträffande befogenhetsregeln i 8:14 ABL. Se för ett annat synsätt Hellner i Kommersiell avtalsrätt s. 67f.

[198] Jfr Kleineman, JT 1994–95 s. 450f. Jfr dock NJA 1976 s. 618 i fråga om tillämpningen av 30 § SkbrL vad avsåg ICA-matmarknad återgivet i avsnitt 12.5.2 ovan och Lindskog, JT 1992–93 s. 103 men observera JFK 12:5-5.2 (s. 110).

De lege lata får rättsläget betraktas som osäkert. Det är därför tänkbart att det för återbäringsskyldighet krävs att den utomstående utbetalningsmottagaren skall ha insett eller bort inse dels att den rättshandling varpå återbäringsskyldigheten beror innefattade en förtäckt utbetalning, dels att den förtäckta utbetalningen var olovlig.[199] Ondtroskravet bör enligt min mening i så fall i båda avseendena grunda sig på en analog tillämpning av 12:5 1 st. 2 meningen ABL.

13.6 Vilken tidpunkt är bestämmande vid tillämpningen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL?

En aktieägare som uppburit utbetalning av vinstutdelning i strid mot ABL undgår återbäringsskyldighet, om han vid den *tidpunkt han uppbar utbetalningen var i god tro*.[200] Skulle utbetalningen ha skett i förtäckt form torde det krävas att aktieägaren – för att undgå återbäringsskyldighet – inte var i ond tro vid den tidpunkt han mottog prestationen från bolaget.[201] Motsvarande bör gälla vid olovliga öppna eller förtäckta utbetalningar till utomstående.[202] Det anförda torde vara relevant vid tillämpningen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL såväl före som från den 1 januari 1995.

13.7 12:5 1 st. 2 meningen ABL och bevisbördan – före och från den 1 januari 1995

Vid tillämpningen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL – direkt eller analogt – uppkommer frågan vem av parterna som har bevisbördan: Skall bolaget visa att aktieägaren mottog den olovliga utbetalningen i ond tro eller

[199] Till synes förespråkar Lindskog en sådan lösning. Jfr SvJT 1992 s. 86 not 8 och i JT 1992–93 s. 97ff samt särskilt i JFK 12:5-4.2 (s. 104) och 12:5-5.1.1 (s. 107). Man skall enligt Lindskog – såvitt jag kan förstå – tillämpa befogenhetsregeln i 8:14 ABL med avseende på den förra omständigheten och 12:5 1 st. 2 meningen ABL med avseende på den senare omständigheten.

[200] Lagrådet i prop. 1944:5 s. 151 och jfr departementschefen på s. 283 samt se SWN s. 181. Se ock Lindskog i JFK 12:5-4.2 (s. 103). Vad beträffar verkställd vinstutdelning som mottas av representant bör både aktieägaren och representanten vara i god tro vid berörda tidpunkt. Jfr i svensk rätt t.ex. Håstad, Sakrätt s. 67 avseende exstinktionsprincipen och i norsk aktiebolagsrätt avsnitt 11.6.2 ovan.

[201] Jfr NJA 1951 s. 6 I och II, 1980 s. 311 (tidpunkten för pantförskrivningen) och 1990 s. 343 samt jfr avsnitt 8.13 ovan. Se däremot Lindskog i JFK 12:2-8.2 not 145 (s. 65) och 12:5-4.2 not 30 (s. 103) avseende befogenhetsregeln i 8:14 ABL.

[202] Men jfr Lindskog i föregående not.

skall aktieägaren visa att han mottog den olovliga utbetalningen i god tro?

En bevisbördeprincip som innebär att aktieägaren skall visa att han mottog den olovliga utbetalningen i god tro är inte någon, som det kanske kan tyckas, särskilt djärv lösning.[203] I tysk rätt tillämpades en sådan bevisbördeprincip från mitten av 1960-talet fram till slutet av 1970-talet.[204] Vad angår svensk rätt menade redan kommerskollegium i ett remissyttrande till lagberedningens förslag till vad som sedermera blev 74 § 2 st. 1944 års lag, att aktieägaren hade bevisbördan för att han mottagit utbetalning av vinstutdelning i god tro.[205] Lagrådet var emellertid av en annan uppfattning och anförde följande:[206]

> "I anledning av vad i ett yttrande anmärkts mot formuleringen av berörda undantagsbestämmelse må framhållas, att med den föreslagna formuleringen ej avsetts att beträffande tillvaron av god tron hos den, som uppburit vinstutdelning, giva en regel om bevisskyldighet, avvikande från den som är allmänt gällande."

Vid tillämpningen av godtrosregeln i 74 § 2 st. 1944 års lag hade sålunda moderbolaget bevisbördan för att aktieägaren i ond tro mottagit utbetalning av vinstutdelning i strid mot 74 § 1 st. 1944 års lag. På motsvarande vis torde bolaget vid tillämpningen av godtrosregeln i 73 § 2 mom. 2 st. 1944 års lag ha haft bevisbördan för att utbetalningsmottagaren var i ond tro.

I och med ABL kom en generell godtrosregel att stadgas i 12:5 1 st. 2 meningen ABL. Bestämmelsen byggde på nämnda regler i 1944 års lag. Det torde mot denna bakgrund[207] och med hänsyn till allmänna principer[208] vara möjligt att anta, att bolaget enligt den före den 1 januari 1995 gällande lydelsen hade bevisbördan för att aktieägaren mottog den rättsstridiga utbetalningen av vinstutdelning i ond tro.[209]

[203] Jfr för övrigt t.ex. Lindskog i not 209 nedan avseende condictio indebiti.

[204] Se avsnitt 11.3.6.1 ovan.

[205] Se prop. 1944:5 s. 283.

[206] Lagrådet i prop. 1944:5 s. 151 och jfr departementschefen på s. 283.

[207] Jfr om godtrosregeln i SOU 1971:15 s. 321 och lagrådet i prop. 1975:103 s. 770f.

[208] Jfr lagrådet ovan vid not 206. Jfr ock t.ex. SOU 1965:14 s. 106f och Hessler, Allmän sakrätt s. 105. Jfr i sammanhanget dessutom Lindskog i SvJT 1992 s. 87 not 9.

[209] Se SOU 1992:83 s. 139 ("/.../ innebär återbäringsskyldighet för aktieägarna, om bolaget förmår visa att mottagaren inte hade skälig anledning anta att det var fråga om en laglig vinstutdelning") och jfr i någon mån SOU 1971:15 s. 321 (aktieägares kontrollmöjligheter) och prop. 1975:103 s. 485 (samma). Annorlunda Grosskopf, Skattenytt 1993 s. 112 och Lindskog i SvJT 1992 s. 87 not 9 och JFK 12:5-4.2 (s. 103). Det motiv som, såvitt jag förstå, kan anföras till stöd för en motsatt lösning beträffande den före den 1 januari 1995 gällande godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL är att denna baserade sig på godtrosreg-

Av art. 16 i det andra bolagsdirektivet följer att återbäringsskyldighet åvilar aktieägare avseende verkställd utdelning i strid med art. 16, om bolaget visar att aktieägarna kände till att den verkställda utdelningen var olaglig eller att de med hänsyn till omständigheterna inte kunde vara okunnig om det. I enlighet med art. 16 gäller från den 1 januari 1995 jämlikt 12:5 1 st. 2 meningen ABL att bolaget har bevisbördan för att utbetalningsmottagaren var i ond tro.[210] Om utbetalningen har skett i form av vinstutdelning, är mottagaren återbäringsskyldig *endast om bolaget visar* att han insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot ABL.[211]

> Det kan dock ifrågasättas, om inte aktieägaren har bevisbördan för att han uppbar *utbetalningen i form av vinstutdelning*.[212]

13.8 Exkurs: Existerar ett godtrosskydd för aktieägare eller utomstående för icke uppburen men beslutad utbetalning?

En fråga som är av ett inte obetydligt principiellt intresse är om en aktieägare åtnjuter något godtrosskydd för icke uppburen men av bolagsstämman beslutad vinstutdelning, där den beslutade vinstutdelningen är lagstridig. Kan sålunda en godtroende aktieägare på grund av den genom stämmans beslut uppkomna "icke förpliktande fordringen" kräva att få betalt av bolaget? En likartad problematik kan aktualiseras vid förtäckt utbetalning av vinstutdelning, om bolaget har ingått ett avtal med en aktieägare eller företagit en annan rättshandling utan att bolaget har presterat något. Det kan t.ex. tänkas att bolaget har ingått ett avtal med en aktieägare om försäljning

---

lerna i 1944 års lag, vilka infördes under påverkan av allmänna principer rörande condictio indebiti. Se ovan avsnitt 13.2.2 och Lindskog i JFK 12:5-4.2 not 28 (s. 103). Det synes dock stå klart att vad som än kunde anses följa av allmänna principer rörande condictio indebiti var den före den 1 januari 1995 gällande regeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL en självständig godtrosregel på samma sätt som i dag, och det är av denna orsak som bevisbördan för den goda tron i överensstämmelse med eljest tillämpliga allmänna principer måste ha åvilat bolaget; jfr lagrådet i prop. 1944:5 ovan.

[210] Grosskopf, Skattenytt 1993 s. 112, synes mena att den av Aktiebolagskommittén i SOU 1992:83 föreslagna ändringen av 12:5 1 st. 2 meningen ABL var föranledd av att bevisbördan enligt (då) gällande rätt åvilar aktieägaren och inte bolaget, vilket ju inte är fallet enligt art. 16 i det andra bolagsdirektivet. Detta är inte riktigt; se uttalandet i SOU 1992:83 s. 139 citerat i föregående not och jfr s. 266 och s. 165.

[211] Se ock prop. 1993/94:196 s. 174 ävensom SOU 1992:83 s. 139, 165f och 266.

[212] Jfr i tysk rätt rörande 62 § 1 st. 2 meningen AktG Hefermehl–Bungeroth i AktG 62 § RdNr 42 och Lutter i Kölner Komm 62 § RdNr 34. Se avsnitt 11.3.6.1 ovan.

av bolaget tillhörig egendom till underpris, som emellertid aktieägaren uppfattar som ett marknadsmässigt köp. Bör man upprätthålla ett godtrosskydd[213] såtillvida att aktieägaren skall kunna kräva att "affären" fullföljs? Vad nu sagts är ock relevant vid öppna eller förtäckta utbetalningar till utomstående.

Det kan tyckas som om aktieägare eller utomstående i nämnda situationer förtjänar ett godtrosskydd och således bör kunna kräva att bolaget presterar. De lege lata är det dock svårt att försvara en sådan lösning. Återbäringsregeln i 12:5 1 st. 1 meningen ABL kan bara tillämpas – direkt eller analogt – om bolaget har presterat till aktieägare eller utomstående i strid mot ABL. Godtrosregeln i 12:5 1 st. 2 meningen ABL syftar till att bereda aktieägare skydd i en speciell situation, närmare bestämt om aktieägare i god tro mottagit och kanske konsumerat olovlig utbetalning av vinstutdelning, och grundar sig inte på någon allmän princip om att aktieägare alltid skall anses vara skyddsvärda. Skulle bolaget inte ha presterat något är 12:5 1 st. ABL inte tillämplig. Bolagets ställföreträdare får i princip inte verkställa någon utbetalning i strid mot ABL (jfr 8:13 2 st. ABL). Men hänsyn härtill, och till att det vid öppna eller förtäckta utbetalningar till aktieägare eller utomstående är fråga om – märk väl – en vederlagsfri prestation som företas av bolaget, saknas det enligt min mening anledning att tillämpa 12:5 1 st. 2 meningen ABL så att aktieägare eller utomstående skall kunna kräva att bolaget presterar i strid mot ABL.[214] Denna princip måste emellertid förses med ett undantag. En godtroende aktieägare eller utomstående bör i enlighet med ett ingånget avtal eller annan rättshandling kunna tillgodogöra sig en "villkorlig" prestation; t.ex. ett borgensåtagande (jfr NJA 1980 s. 311).

[213] Jfr i förevarande avseende Lindskog i JFK 12:5-4.2 (s. 104) och 12:5-5.1.1 (s. 107) avseende befogenhetsregeln i 8:14 ABL. Se däremot ovan avsnitt 13.4.4 och 13.5.

[214] Jfr i sammanhanget NJA 1992 s. 717 beträffande rättshandlingar i strid mot låneförbudet, vilka i allmänhet inte *ens* anses vara ogiltiga såsom är fallet beträffande utbetalningar i strid mot 12:2 ABL.

KAPITEL 14

Bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL och utomståendes ersättningsskyldighet vid medverkan till beslut om eller verkställande av olovliga aktiebolagsrättsliga utbetalningar

14.1 Inledning

I 12:5 2 st. ABL stadgas ett ansvar för den brist som kan uppkomma vid återbäring av en otillåten utbetalning.[1] Regeln har följande lydelse:

> "För brist som uppkommer vid återbäringen är de som medverkat till beslutet om utbetalningen eller verkställande därav eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning ansvariga enligt 15 kap. 1–4 §§."

Bristtäckningsansvarets funktion är liksom återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. ABL att garantera efterlevnaden av ABL:s regler rörande utbetalningar till aktieägare. Ansvaret får till sin konstruktion betraktas som ett strängt ersättningsansvar.[2]

Förevarande kapitel syftar till att främst fastställa bristtäckningsansvarets omfattning och innebörd vid otillåten utbetalning av vinstutdelning. Jag inleder med att i avsnitt 14.2 fastställa de *objektiva* förutsättningar som måste vara uppfyllda för att någon bristtäckningsskyldighet alls skall komma i fråga. För det första krävs det att någon måste vara återbäringsskyldig och att denna återbäringsskyldighet inte blivit fullgjord; se underavsnitt 14.2.1. För det andra krävs det att den som påstås vara ersättningsskyldig tillhör någon av de kategorier som kan åläggas skade-

[1] I 9 § 1848 års lag stadgades ett ansvar som påminner om det i 12:5 2 st. ABL. Den nu gällande regeln bygger på 54 § 1910 års lag och 73 § 2 mom. 1944 års lag.
[2] Jfr Lindskog SvJT 1992 s. 89.

ståndsskyldighet enligt 15:1–3 ABL. Denna begränsning behandlas i avsnitt 14.2.2. För det tredje måste vederbörande ha medverkat till ett beslut om en olovliga utbetalning eller verkställandet därav eller till upprättandet eller fastställandet av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning. Jag analyserar dessa ansvarsgrunder var för sig i avsnitt 14.2.3.2 till 14.2.3.5. I *subjektivt hänseende* krävs det för bristtäckningsansvar att den påstått ersättningsskyldige av uppsåt eller vårdslöshet alternativt grov vårdslöshet har medverkat till en olovlig utbetalning i nyss nämnt hänseende (se hänvisningen i 12:5 2 st. till 15:1–3 ABL). Se närmare avsnitt 14.3 respektive avsnitt 14.4 om hur de subjektiva kraven skall förstås vid olovliga öppna utbetalningar respektive olovliga förtäckta utbetalningar. Jag fortsätter undersökningen med att i avsnitt 14.5 analysera bristtäckningsskyldighetens innebörd, omfattning och upphörande. En ytligt sett "brist" i bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL är att blott den kan bli bristtäckningsskyldig som även kan bli skadeståndsskyldig enligt 15:1–3 ABL. I vilken omfattning personer utanför bolaget såsom bank eller rådgivare trots detta kan bli ersättningsskyldiga söker jag fastställa i avsnitt 14.6.[3] I detta avslutande avsnitt sammanfattar jag också andra grunder för ansvar.

14.2 Objektiva förutsättningar för bristtäckningsskyldighet

14.2.1 Återbäringsskyldigheten inte fullgjorts som förutsättning för bristtäckningsskyldighet

För att bristtäckningsansvar enligt 12:5 2 st. ABL skall komma i fråga krävs att återbäringsskyldighet – direkt eller analogt – föreligger enligt 12:5 1 st. ABL för aktieägare eller utomstående[4] och att det har uppstått en brist i återbäringen[5]. Aktieägare eller utomstående skall alltså ha uppburit en utbetalning i strid mot ABL.[6] Det förra kravet har jag behandlat i

[3] Jfr dock även avsnitt 14.2.2.

[4] Bristtäckningsskyldigheten i 12:5 2 st. ABL måste lika med återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st. ABL anses vara tillämplig vid olovliga utbetalningar till utomstående. Se Kedner–Roos II 12:1.03 (s. 224); Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 126 och jfr Lindskog SvJT 1992 s. 89f.

[5] Jfr Lindskog i JFK 12:5-6.1.2 (s. 111).

[6] Lindskog synes mena att återbäringsregeln har sin grund i ett åsidosättande av någon av de i 12 kapitlet ABL upptagna kapitalskyddsbestämmelserna. Om återbäring skulle aktualiseras till följd av att bestämmelserna i 9 kapitlet ABL om bolagsstämman ej iakttagits borde följaktligen inte bristtäckningsskyldighet kunna uppstå. Bolaget skulle i stället vara

kapitel 12. Det senare kravet berördes i lagberedningens förslag till 1944 års lag.[7] Lagberedningen framhöll att bristtäckningsansvar kunde aktualiseras om en återbäringsskyldig aktieägare var insolvent. Likaså kunde bristtäckningsansvar komma i fråga om en aktieägare hade uppburit en olovlig utbetalning i god tro och återbäring på grund av den goda tron inte skulle ske.

De lege lata råder det inga tvivel om att bristtäckningsskyldighet kommer i fråga när den återbäringsskyldige är insolvent. Se i rättspraxis NJA 1951 s. 6 I, 1966 s. 475 och 1976 s. 618.

> Vad angår NJA 1951 s. 6 I (första delen rörande Carlsunds återbäringsskyldighet och Santessons bristtäckningsskyldighet) bör det märkas, att Santesson på grund av sin medverkan till berörda obehöriga överförande av tillgångar på Carlsund, "i allt fall" ansågs ha ådragit sig det av konkursboet i målet hävdade ansvaret, nämligen att täcka den brist som kunde uppkomma i Carlsunds återbäringsskyldighet (referatet s. 25). HD synes härvidlag inte ha krävt att Carlsund bevisligen var insolvent. I en senare process förde konkursboet talan om att utfå den brist som uppstått i Carlsunds återbäring. Till de närmare omständigheterna i detta mål (NJA 1953 s. 116), vilka är av betydelse för bristtäckningsansvarets omfattning, se nedan avsnitt 14.5.

Det finns inte heller någon anledning att betvivla att bristtäckningsskyldighet också aktualiseras, om aktieägaren undgår återbäringsansvar på grund av att han uppbar utbetalningen i god tro.[8]

I analogi med 2 § 2 st. skuldebrevslagen torde bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL vidare kunna komma i fråga om återbärings-

---

berättigat till skadestånd enligt 15:1 ABL. Se JFK 12:5-6.1.2 not 79 (s. 111) med hänvisning till SWN s. 182. Detta torde inte vara riktigt. Återbäringsregeln i 12:5 1 st. 1 meningen ABL är generellt tillämplig, t.ex. vid utbetalningar på grundval av ogiltiga stämmobeslut (se om nämnda exempel avsnitt 12.3.3 ovan med vidare hänvisningar). Härav följer att också 12:5 2 st. ABL måste vara generellt tillämplig såvida brist uppstått i återbäringen. Berörda uttalande i SWN s. 182 (och se SOU 1941:9 s. 286) avser bestämmelsen i 73 § 2 mom., vilken var annorlunda utformad än dagens regel i 12:5 ABL. För övrigt vore en dylik rättstillämpning inkonsekvent.

[7] SOU 1941:9 s. 286 och därtill SWN s. 181 och Nial, Aktiebolagsrätt s. 101 samt Om aktiebolag s. 51. Jfr prop. 1948:181 s. 94.

[8] SOU 1941:9 s. 286; SWN s. 181; Nial, Aktiebolagsrätt s. 101 och Om aktiebolag s. 51. Se ock Kedner–Roos II 12:5.04 (s. 256); Lindskog, JT 1992–93 s. 86 not 21 och s. 98 not 55 samt JFK 12:5-6.1.2 (s. 111) ävensom Nerep, Svensk Skattetidning 1993 s. 355. Jfr därtill prop. 1948:181 s. 94. Lindskog anger i JT 1992–93 s. 86 not 21 att ersättningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL kan göras gällande om utdelningsmottagaren är i god tro. Lindskog anför vidare: "Härav synes följa, att bristtäckningsansvaret inte i alla lägen är ett bristtäckningsansvar utan i vissa fall kan vara ett från återbetalningsskyldigheten fristående ersättningsansvar".

skyldig aktieägare inte kan påträffas.[9] Det är väl dessutom inte otänkbart, att det för ersättningsskyldighet – i analogi med 2 § 2 st. skuldebrevslagen (vilken dock avser regress mellan solidariskt ansvariga gäldenärer) – räcker med att bolaget har krävt den återbäringsskyldige på betalning eller på ändamålsenligt sätt avsänt meddelande om sådant krav, och betalning ej därefter skett inom 14 dagar.[10] Det är i varje fall enligt min mening inte rimligt att kräva att bolaget skall ha vidtagit så pass omfattande åtgärder som följer av andra principer, t.ex. som fallet är beträffande borgensansvar vid enkel borgen.[11] Även om en rättstillämpning av nu nämnt slag kan tyckas vara sträng gentemot den bristtäckningsskyldige, bör det erinras om att denne har möjlighet att söka åter vad han tvingas utge från den återbäringsskyldige om denne inte uppbar utbetalningen i god tro.

Det torde i praktiken mycket väl kunna inträffa att någon återbäringsskyldig aktieägare eller utomstående inte går att identifiera eller att det med säkerhet inte kan fastställas vem som mottagit en olovlig utbetalning. Formellt sett är det i denna situation inte möjligt att tillämpa 12:5 2 st. ABL, eftersom det inte går att fastställa att någon är återbäringsskyldig och att det föreligger en brist i denna. Jag vill mena att 12:5 2 st. ABL ändå torde vara tillämplig. Det måste i aktieägarnas och bolagsborgenärernas intresse krävas av aktieägarna och ledamöter av bolagsorganen att de respekterar ABL, och de bör inte undgå bristtäckningsansvar blott av det skälet att man inte lyckas identifiera någon återbäringsskyldig aktieägare eller utomstående *eller* att man inte lyckas fastställa vem som uppburit en i och för sig olovlig utbetalning; jag utgår från att övriga villkor för bristtäckningsskyldighet är uppfyllda.

14.2.2 Bristtäckningsskyldighet och personkrets

Med hänvisningen till 15:1–4 ABL i 12:5 2 st. ABL åsyftas en begränsning av bristtäckningsskyldigheten till den personkrets gentemot vilken

[9] Jfr Nial, Aktiebolagsrätt s. 101 och Om aktiebolag s. 51. Den återbäringsskyldige kanske håller sig unden eller befinner sig i ett annat land. Jfr 10:8 HB beträffande enkel borgen och 2 § 2 st. SkbrL.

[10] Se Gulliksson, Mikael, Olovlig vinstutdelning och ersättningsansvar – en aktiebolagsrättslig studie s. 35 (opublicerat examensarbete), Vårterminen 1990, Umeå universitet, Rättsvetenskapliga institutionen.

[11] En till synes strängare uppfattning företräder Lindskog i SvJT 1992 s. 88 och 91. Se ock Lindskog, JFK 12:5-6.1.3 (s. 111). I sistnämnda arbete framhåller Lindskog att det inte framstår som alldeles klart med vilken grad av sannolikhet bolaget har att påvisa att återbäringsanspråk enligt 12:5 1 st. inte kommer att resultera för att bristtäckningsansvaret skall utlösas. Det skulle emellertid vara näraliggande att analogisera med vad som gäller vid enkel borgen. Se härom närmare a.st.

ett skadeståndskrav kan göras gällande av bolaget, dvs. stiftare, likvidator,[12] styrelseledamot, verkställande direktör, revisor och aktieägare.[13] Det ligger dock i sakens natur att någon bristtäckningsskyldighet inte kan aktualiseras för bolagets stiftare.[14] Jag avser att i följande avsnitt 14.2.3 analysera övriga här nämnda kategoriers bristtäckningsskyldighet vid tillämpningen av 12:5 2 st. ABL. Dock behandlas inte likvidators bristtäckningsskyldighet närmare.[15]

Vad beträffar styrelsesuppleant, vice verkställande direktör och revisorssuppleant torde det kunna antas att de är ersättningsskyldiga som ordinarie ledamöter i den utsträckning de fullgör ordinarie ledamöters uppdrag.[16] Härutöver är det tänkbart att suppleanter (och motsvarande) lika med ordinarie ledamöter kan åläggas ersättningsskyldighet, om de *de facto* (genom konkludent handlande av något slag) fungerar som ledamöter av styrelsen vid sidan om de ordinarie.[17]

På grund av att 12:5 2 st. ABL hänvisar till 15:1–3 ABL är det i princip inte möjligt att ålägga andra än dem som nämns i skadeståndsreglerna någon bristtäckningsskyldighet;[18] se härom närmare avsnitt 14.6 nedan. För vissa speciella kategorier av personer som *de facto* är engagerade i förvaltningen av ett aktiebolag eller eljest har inflytande över bolagets verksamhet kan det emellertid ifrågasättas, om inte 12:5 2 st. borde kunna tillämpas analogt.[19] En sådan kategori är den i verkligheten vanligt

[12] Se 13:7 ABL.

[13] Jfr SOU 1941:9 s. 286; SOU 1971:15 s. 321; prop. 1975:103 s. 486 och se särskilt lagrådet i prop. 1975:103 s. 771. Jfr ock Kedner–Roos II 12:5.04 (s. 256); Lindskog, JFK 12:5-6.2.1 (s. 111); Mallmén 10:7.02 (s. 403); Nerep, Svensk skattetidning 1993 s. 354f samt SWN s. 181.

[14] Jfr lagrådet i prop. 1975:103 s. 771.

[15] Se beträffande likvidators bristtäckningsansvar Lindskog JFK 13:7-7.5 (s. 257) och JFK 13:13-4.2 (s. 292).

[16] Jfr härom rörande sedvanligt skadeståndsansvar Dotevall s. 85ff.

[17] Jfr NJA 1948 s. 651 nedan.

[18] Jfr SOU 1971:15 s. 321, prop. 1975:103 s. 486 och särskilt lagrådet i prop. 1975:103 s. 771. Se Kleineman, JT 1994–95 s. 444 och Lindskog, SvJT 1992 s. 88 och JFK 12:5-6.2 (s. 111). Men jfr däremot Grosskopf, Vinstbolag s. 48 och i Skattenytt 1993 s. 112 (som bl.a. hävdar att det i 12:5 ABL inte talas om någon begränsning alls); Löfgren, Personligt ansvar s. 75f, Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén, s. 21f ävensom Posselius, Ett par bolagsrättsliga prejudikat s. 23 och Personligt betalningsansvar i aktiebolag s. 101. De författare som företräder en annan uppfattning än jag hänvisar ofta till NJA 1966 s. 475 och NJA 1976 s. 618. HD har i nämnda avgöranden emellertid inte ansett motsvarigheten till 12:5 2 st. ABL i 1944 års lag (73 § 2 mom. 3 st.) tillämplig. Se härom avsnitt 14.6.4 nedan.

[19] Jfr Lindskog JFK 12:5-6.2.1 (s. 112).

förekommande s.k. koncernchefen.[20] En annan kategori kan tänkas vara den som verkar som s.k adjungerad styrelseledamot.[21] En tredje kategori är den som *de facto* agerar såsom verkställande direktör eller styrelseledamot[22] (eventuellt enmansstyrelse) men där ingen alls eller en s.k. dummy[23] är formellt registrerad som verkställande direktör eller styrelseledamot (sistnämnda får närmast betraktas som en bulvanliknande situation). En fjärde kategori är kreditgivare eller annan (t.ex. leverantör eller köpare av bolagets produkter) som helt och hållet satt existerande bolagsorgan åt sidan genom att diktera beslutsfattandet.[24] Med hänsyn till skyddet för bolagets borgenärer respektive aktieägare är det enligt min mening otvivelaktigt påkallat att analogt tillämpa 12:5 2 st. ABL i dylika situationer och andra förutsatt att bolaget lyckas visa, att vederbörande har sådant inflytande i bolaget att det kan jämställas med det inflytande som antingen tillkommer den eller dem som formellt fullgör ett uppdrag i något av bolagets organ eller är (majoritets-) aktieägare och övriga förutsättningar för bristtäckningsskyldighet föreligger. Lindskog beskriver berörda princip på så sätt, att även den som utan att inta organställning de facto utövar ett beslutsfattande i och för bolaget som om han intog organställning bör kunna ådra sig bristtäckningsskyldighet.[25]

> Lindskog framhåller att det för bristtäckningsskyldighet inte är tillräckligt med medverkan i det enskilda fallet. Bristtäckningsansvar bör endast komma i fråga om vederbörande på ett entydigt sätt har etablerat en de facto-organställning.[26]
>
> Jfr i sammanhanget Umeå tingsrätts dom 1992-12-10 DT 487 (mål nr T 26/90). Fråga var bl.a. i detta mål om bank kunde anses bristtäckningsskyldig enligt 12:5 2 st. ABL på grund av att banken på visst vis medverkat till en otillåten aktiebolagsrättslig utbetalning. Tingsrätten fann att banken inte utövat ett sådant bestämmande inflytande över det utbetalande bolagets handlande att banken i realiteten framtvingat beslutet om utbetalningen.

[20] Se Kleineman JT 1994–95 s. 445 med vidare hänvisningar respektive Lindskog SvJT 1992 s. 88 och JFK 12:5-6.2.1 (s. 112) men beträffande skadeståndsskyldighet annorlunda Dotevall s. 85.

[21] Se Kleineman, JT 1994–95 s. 445 och Lindskog JFK 12:5-6.2.1 (s. 112).

[22] Jfr NJA 1948 s. 651, vari HD:s majoritet i princip synes erkänna att de facto styrelseledamöter kan åläggas skadeståndsskyldighet i ekonomisk förening. Se referatet s. 666 med s. 667f.

[23] Inte sällan personer som tar på sig ansvaret mot bättre vetande och betalning i skalbolag eller dylikt.

[24] Jfr något mer försiktigt Lindskog JFK 12:5-6.2.1 (s. 112) och i någon mån även Kleineman JT 1992–93 s. 306f om s.k. shadow directors samt därtill JT 1994–95 s. 444f. Jfr Umeå tingsrätts dom 1992-12-10 DT 487 (mål nr T 26/90) nedan.

[25] Se Lindskog JFK 12:5-6.2.1 (s. 112) och jfr Lindskog SvJT 1992 s. 88 och s. 91 not 15.

[26] Lindskog JFK 12:5-6.2.1 (s. 112).

Banken ansågs inte vara bristtäckningsskyldig enligt 12:5 2 st. ABL.

Målet har i slutet av 1994 prövats av Hovrätten för Övre Norrland; se dom avkunnad 1994-12-01 DT 2067 (mål nr T 11/93) och beträffande de närmare omständigheterna i målet avsnitt 12.5.2 ovan.[27] Såsom förstahandsgrund för förstahandsyrkandet åberopade konkursboet bristtäckningsregel i 12:5 2 st. ABL och att denna skulle vara tillämplig på bankens "medverkan" i det aktuella fallet.

Vad beträffar rättsläget menar hovrätten att en analog tillämpning av aktiebolagsrättsliga regler har varit aktuell i rättsfallen NJA 1966 s. 475 och 1976 s. 618. I fråga om NJA 1966 s. 475 ansåg hovrätten, att HD lämnade yrkandet om "bristtäckning" (egentligen "återbäring" i här relevant avseende[28]) utan bifall på den grund att den tidigare aktieägaren och styrelseledamoten inte vid mottagandet av köpeskillingslikviden haft vetskap om uttaget från bolaget. Hovrätten menar vidare att det av rättsfallet torde kunna utläsas att person, som ej intar organställning och ej är aktieägare, kan åläggas bristtäckningsansvar.[29]

I det följande refereras också NJA 1976 s. 618[30] och 1992 s. 717[31]. Av NJA 1966 s. 475 och 1976 s. 618 kan man enligt hovrätten knappast utläsa någon klar gränsdragning för en analog tillämpning av 12:5 2 st. ABL.[32] NJA 1992 s. 717 uppges vara av "intresse".[33]

Banken ansågs slutligen inte kunna åläggas någon ersättningsskyldighet med en analog tillämpning av 12:5 2 st. ABL. Hovrätten anför följande:[34] "Det förhållandet att varken rättspraxis eller doktrinen ger någon säker ledning när det gäller möjligheterna att jämlikt grunderna för 12 kap. 5 § andra stycket ABL ålägga tredje man bristtäckningsansvar utan att det tvärtom föreligger högst olika åsikter i saken manar till försiktighet vid bedömningen av vilka fall som skall kunna föras in under lagrummet i fråga. I detta fall har inte bankens intresse och vinning av lånetransaktionerna haft

[27] Målet är underställt HD för eventuellt beviljande av prövningstillstånd.

[28] Se härom avsnitt 14.6.4 nedan.

[29] Domen s. 16.

[30] Se avsnitt 14.6.4 nedan.

[31] Se avsnitt 12.5.2 ovan.

[32] Domen s. 17.

[33] Domen s. 17. I domen refereras även ett antal uttalanden i litteraturen samt ett av Grosskopf avgivet yttrande i målet. Grosskopf framhåller i sitt utlåtande (s. 4) bl.a. att ordalydelsen i 12:5 ABL öppnar möjlighet för två skilda tolkningar. Den första innebär, att ordalydelsen i 12:5 ges tolkningsföreträde och att hänvisningen till 15 kapitlet ABL endast avser principerna för fastställande av bristtäckningsskyldigheten ("återbäringsskyldigheten" i orginal). Den andra metoden innebär att hänvisningen till 15 kapitlet de facto begränsar bristtäckningsskyldigheten ("återbäringsplikten" i orginal) till den i 15 kapitlet omnämnda personkretsen. Grosskopf förordar den första tolkningen av en rad skäl. Ett av dessa skulle vara att lagförarbetena "lämnar i tolkningsavseende ingen vägledning". Se emellertid uttryckligen motsatsen t.ex. lagrådet i prop. 1975:103 s. 771. Se därtill hänvisningar i not 18 ovan.

[34] Se domen s. 19f.

sådan karaktär eller omständigheterna i övrigt varit sådana att en analog tillämpning av lagrummet bör ske." Hovrätten synes ha löst frågan om och i så fall när 12:5 2 st. ABL kan tillämpas analogt med beaktande av HD:s uttalanden i NJA 1992 s. 717 (se avsnitt 12.5.2 ovan).

Utomståendes ersättningsskyldighet vid medverkan till beslut om eller verkställande av olovlig utbetalning behandlas närmare i avsnitt 14.6 nedan.

14.2.3 Bristtäckningsskyldighet och ansvarsgrunder

14.2.3.1 Inledning

Regeln om bristtäckningsskyldighet förutsätter i objektivt hänseende att någon av dem som enligt ovan kan åläggas ansvar medverkat till (1) beslutet om utbetalningen eller (2) verkställandet därav eller (3) till upprättande eller (4) fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning. Syftet med följande fyra underavsnitt är att närmare beskriva dessa ansvarsgrunder var för sig. Under varje underavsnitt behandlar jag det ansvar som kan aktualiseras för styrelseledamot, verkställande direktör, revisor och aktieägare.

Allmänt sett torde gälla att det inte existerar något krav på orsakssamband mellan det medverkande handlandet och den olovliga utbetalningen såtillvida att det medverkande handlandet är en nödvändig eller tillräcklig förutsättning för den olovliga utbetalningen. Det torde räcka med att det aktuella handlandet "verkat i riktning" mot den olovliga utbetalningen. Ett krav på kasualitet föreligger dock såtillvida att ett efterföljande handlande inte kan föranleda bristtäckningsskyldighet, t.ex. om en revisor inte påtalar en redan av bolaget verkställd olovlig vinstutdelning.[35]

14.2.3.2 Medverkan till beslut om otillåten utbetalning

Eftersom aktieägarna på bolagsstämman har att fatta beslut om utdelning, är det i regel dessa som har *medverkat till att fatta beslut om vinstutdelning*[36] i strid mot ABL[37] och som därför kan åläggas bristtäcknings-

[35] Lindskog JFK 12:5-6.2.2 (s. 113).

[36] Jfr 6:2 1 st. 1 meningen ABL beträffande nedsättning av aktiekapitalet. Styrelsen torde dock vara ansvarig om bolagsordningen innehåller ett förehåll om att aktiekapitalet kan nedsättas genom inlösen av aktier på grundval av ett styrelsebeslut (se 6:2 1 st. 1 meningen ABL) och styrelsen fattar beslut om och verkställer en dylik inlösen i strid mot ABL eller bolagsordningen.

[37] Detsamma torde gälla vid beslut om vinstutdelning i strid mot bolagsordningen; jfr beträffande återbäringsskyldighet i avsnitt 12.3.4. Jag utgår från detta i det följande.

skyldighet enligt 12:5 2 st. ABL.[38] Bristtäckningsskyldighet för styrelseledamöter på denna grund synes främst aktualiseras då styrelsen jämlikt 12:3 1 st. 2 meningen ABL föreslagit eller godkänt olovlig vinstutdelning.[39] Av denna regel följer att stämman endast i den utsträckning skyldighet därtill föreligger enligt utsvältningsregeln i 2 st. eller enligt bolagsordningen får besluta om utdelning av större belopp än vad styrelsen föreslagit eller godkänt. Om styrelsen föreslagit vinstutdelning som i ett eller annat avseende strider mot ABL får de styrelseledamöter som föreslagit den olovliga vinstutdelningen anses ha *medverkat* till beslutet om den otillåtna utbetalningen. Detsamma bör gälla om styrelsen godkänner en på bolagsstämman av aktieägarna föreslagen och sedermera beslutad otillåten vinstutdelning.

> Ett speciellt spörsmål är om styrelsens underlåtenhet att agera mot ett stämmobeslut avseende vinstutdelning som strider mot ABL kan anses som att styrelsen har *medverkat* till beslutet. Skall sålunda underlåtenhet jämställas med aktiv medverkan? I allmänhet torde inte underlåtenhet att hindra en viss förbjuden rättshandling behandlas lika strängt som aktiv medverkan till sådan, och några skäl som talar för att man vid olovliga aktiebolagsrättsliga utbetalningar skall jämställa underlåtenhet med aktiv medverkan finns inte.[40] I vissa undantagsfall torde dock underlåtenhet kunna jämställas med aktiv medverkan. Se följande avsnitt 14.2.3.3. I övriga fall får eventuell ersättningsskyldighet på grund av underlåtenhet bedömas enligt 15:1 ABL.

Skulle styrelsen genom ett regelrätt styrelsebeslut eller på annat vis vid sidan av bolagsstämman ha fattat beslut om en öppen eller förtäckt utbetalning i strid mot ABL, måste de styrelseledamöter som deltagit i beslutet enligt 12:5 2 st. ABL ersätta bolaget med ett belopp som motsvarar värdet av den olovliga utbetalningen förutsatt brist har uppstått i återbäringen av denna.

> I NJA 1966 s. 475 hade samtliga aktier i Elektriska Aktiebolaget Dezäta av Zachrisson, som var ägare till flertalet aktier och ombud för övriga aktieägare samt ensam styrelseledamot, sålts till Glimvall. Sedan Glimvall registrerats som styrelseledamot lånade han 120900 kr av bolaget och beta-

[38] För bristtäckningsansvar måste det vara tillräckligt att aktieägarna röstat för ett beslut om olovlig vinstutdelning på ordinarie eller extra stämma alternativt fattat ett sådant beslut vid sidan av bolagsstämman. Jfr i sistnämnda hänseende NJA 1951 s. 6 I avseende Santesson och NJA 1976 s. 618 rörande Inga G.

[39] Jfr 6:2 2 st. ABL beträffande nedsättning av aktiekapitalet med utbetalning till aktieägarna.

[40] Jfr dock bl.a. Lindskog, JFK 12:5-6.2.2 (s. 112f) men även Lindskog, SvJT 1992 s. 89 och s. 99ff; Bjurling, SvJT 1974 s. 139 och Rodhe, Förtäckt vinstutdelning s. 17f. Se nedan not 48.

lade med dessa medel en kvarstående skuld om samma belopp för aktieförvärvet till Zachrisson. Glimvall var vid tidpunkten för penninglånet insolvent och lånet innefattade därför en förtäckt utbetalning av utdelning. Eftersom bolaget endast förfogade över disponibla vinstmedel om 20209 kr 38 öre var det fråga om olovlig vinstutdelning med 100690 kr 62 öre. Konkursförvaltaren i bolagets konkurs sökte utfå detta belopp från Glimvall, vilket visade sig vara omöjligt. Konkursförvaltaren sökte därefter få ersättning från Zachrisson för den uppkomna bristen på den grund att han var bristtäckningsskyldig jämlikt 73 § 2 mom. 3 st. 1944 års lag. HD fann att omständigheterna i målet i avsevärd grad talade för att det inte vid tidpunkten för aktieöverlåtelsen – dvs. då Zachrisson fortfarande var styrelseledamot och aktieägare – hade förelegat någon *överenskommelse* mellan Zachrisson och Glimvall om att aktieköpet delvis skulle fullgöras genom uttag från bolaget, dvs. att uttaget skulle finansiera betalningen av den kvarstående skulden avseende aktieförvärvet. Omständigheterna i målet talade även för att "Zachrisson ej heller eljest insett eller haft anledning misstänka att Glimvall ämnade delvis fullfölja aktieköpet genom uttag från bolaget"[41].[42] Zachrisson hade således inte medverkat till Glimvalls uttag på så sätt som avsågs i 73 2 mom. 3 st. 1944 års lag.[43]

Det torde vara ovanligt, att en verkställande direktör i denna sin egenskap kan anses ha medverkat till ett beslut om en olovlig *öppen* utbetalning. Desto vanligare torde det vara att en verkställande direktör fattar beslut om att ingå ett avtal eller företa en annan rättshandling som innefattar en olovlig *förtäckt* utbetalning; en situation vid vilken 12:5 2 st. ABL torde kunna tillämpas.

Att det skulle finnas några typfall vid vilka revisorer kan tänkas ha medverkat till *beslut* om olovliga utbetalningar har jag svårt att tänka mig.[44] Med uppdraget som revisor följer varken någon rätt eller skyldig-

[41] Referatet s. 484.

[42] Det anförda bör läsas mot bakgrund av HD i ett tidigare skede (s. 484) hade funnit att en rad omständigheter talade mot att Zachrisson och Glimvall (1) "överenskommit, att aktieköpet delvis skulle fullgöras genom uttag från bolaget," eller (2) "att Zachrisson skulle ha godtagit detta".

[43] Konkursboet gjorde i målet gällande att Zachrisson var bristtäckningsskyldig på den grund att han *medverkat* dels till *beslutet* om den obehöriga vinstutdelningen genom att i anslutning till avtalet om överlåtelse av aktierna med Glimvall överenskomma att betalningen om drygt 120000 kr skulle ske genom uttag ur bolaget i form av lån, dels till *verkställandet av beslutet* genom att motta betalning med full vetskap om att de medel, med vilka betalningen fullgjorts, i sin helhet uttagits ur bolaget. Se beträffande den senare grunden avsnitt 14.6.4 nedan.

[44] Om nu inte revisorn – vilket är föga troligt – uppmanar aktieägarna att fatta beslut om otillåten vinstutdelning!

het att medverka till beslut om vinstutdelning eller annan aktiebolagsrättslig utbetalning.[45]

14.2.3.3 Medverkan till verkställande av otillåten utbetalning

Ansvar för brist kan enligt den andra ansvarsgrunden i 12:5 2 st. ABL åläggas den som har *medverkat till verkställande* av en olovlig utbetalning. För att ersättningsskyldighet skall komma i fråga krävs det således att rekvisitet *verkställande* är uppfyllt. Rekvisitet bör inte vålla några svårigheter vid utbetalningar i öppen form där bolaget betalar ut pengar eller överför annan egendom till aktieägarna. Denna rättshandling (uppfyllelserättshandlingen) innebär ett "verkställande".

Skulle en utbetalning ske i förtäckt form blir rekvisitet genast svårare att tillämpa. Att det omfattar den rättshandling, som helt eller delvis består i att bolaget vederlagsfritt för över pengar eller annan egendom till aktieägarna, torde stå klart.

> Jfr NJA 1951 s. 6 I på s. 25. Aktieförvärvaren Santesson hade på grund av sin medverkan till att tillgångar obehörigen överfördes på aktieöverlåtaren Carlsund "i allt fall ådragit sig det av konkursboet i målet hävdade ansvaret, nämligen att täcka den brist" som kunde uppkomma vid Carlsunds återbäring.

Men bör rekvisitet härutöver anses omfatta det avtal eller den rättshandling varpå uppfyllelserättshandlingen grundar sig?

> Antag att ett aktiebolags styrelse beslutar om försäljning av en bolaget tillhörig lastbil till underpris om 150000 kr. Köpare är bolagets majoritetsaktieägare. Bolagets verkställande direktör upprättar och ingår avtalet om försäljning av lastbilen med aktieägaren. Lastbilen traderas några dagar senare av en av styrelseledamöterna som har firmateckningsrätt. Något år efter överlåtelsen får bolaget en ny styrelse, som bestämmer sig för att föra bristtäckningstalan mot bolagets verkställande direktör. Den rättsliga grunden för ansvaret anges som att han medverkat till verkställande av olovlig vinstutdelning. Mot kravet framförs den invändningen att det var en av styrelseledamöterna som verkställde den olovliga utbetalningen.

De lege lata finns det starka skäl som talar för att "verkställighet" skall anses innefatta såväl det avtal eller den rättshandling varpå uppfyllelserättshandlingen grundar sig som själva uppfyllelserättshandlingen. ABL

[45] En revisor torde inte kunna åläggas bristtäckningsskyldighet på den grund att han skall anses ha "medverkat" till ett beslut om en otillåten utdelning genom att i revisionsberättelsen inte negativt yttra sig om ett förslag till olovlig vinstutdelning (10:10 6 st. ABL). Möjligen kan skadeståndsskyldighet komma i fråga enligt 15:2 ABL.

bygger på en distinktion mellan beslut och verkställighet. Ett beslut om en viss åtgärd är vare sig det fattas på bolagsstämman, av styrelsen eller av annat bolagsorgan en intern fråga. *Det förfarande varigenom beslutet verkställs är en extern fråga.* Verkställighet måste anses omfatta alla åtgärder varigenom bolaget genomför beslutet och bör följaktligen omfatta *såväl det avtal eller den rättshandling varpå uppfyllelserättshandlingen grundar sig som själva uppfyllelserättshandlingen.*

> Jfr NJA 1976 s. 618. Målet finns utförligt refererat i avsnitt 14.6.4 nedan. Inga G var enligt TR:ns lagakraftvunna dom bristtäckningsskyldig enligt 73 § 2 mom. 3 st. 1944 års lag. Föremål för prövning i HD var konkursboets yrkande, att ICA-matmarknad – utomstående – skulle utge ersättning med en viss del av det olovligen utbetalade beloppet. Härvidlag kom HD att pröva om ICA-matmarknad var ersättningsskyldig på den grund att den i målet aktuella fordringsöverlåtelsen till Inga G avseende fordran gentemot ICA-matmarknad vore att betrakta som ogiltig i förhållande till bolaget och att denna ogiltighet kunde göras gällande även mot ICA-matmarknad. HD fann att omständigheter förelåg, som talade för att Inga G måste ha förstått, att aktieförvärvaren Bengt L avsåg att finansiera aktieköpet genom uttag från bolaget. När så var fallet var den mellan Bengt L och Inga G träffande överenskommelsen om *överlåtelse av fordran* mot ICA-matmarknad – vilken ingick som ett led i *verkställandet* av den av Bengt L företagna olovliga utbetalningen av vinstutdelning – ogiltig enligt grunderna för 73 § 2 mom. 1944 års lag.[46] Att den mellan Bengt L och Inga G träffade överenskommelsen om överlåtelse av fordran mot ICA-matmarknad befanns vara ogiltig korresponderar mot det faktum att Inga G befanns vara bristtäckningsskyldig; återbäringsskyldigheten och bristtäckningsskyldigheten grundar sig ju på utbetalningens ogiltighet (jfr formuleringen "grunderna för 73 § 2 mom." 1944 års lag).[47] Sålunda var Inga G bristtäckningsskyldig på grund av att hon genom fordringsöverlåtelsen – närmare bestämt det avtal varpå "uppfyllelserättshandlingen" grundade sig – hade medverkat till verkställandet av en olovlig utbetalning av vinstutdelning.

Det torde vara sällsynt att ledamöter av bolagets styrelse eller verkställande direktör medverkar till verkställande av en *öppen* utbetalning i strid mot ABL. Ett ansvar för berörda kategorier aktualiseras snarare i samband med olovliga förtäckta utbetalningar. Medverkan kan i den senare situationen bestå i att bolagets verkställande direktör eller bolagets styrelse upprättar eller godkänner det avtal eller annan rättshandling

[46] Lindskog synes dock mena att HD i NJA 1976 s. 618 tillämpade eller åtminstone tog intryck av 93 § 1 st. 1944 års lag (befogenhetsregeln i 8:14 ABL); se SvJT 1992 s. 103f och JFK 12:5-4.1.2 (s. 102) samt jfr SvJT 1994 s. 113f. Se härom ovan avsnitt 13.4.3 not 135.
[47] Se justitierådet Karlgren i NJA 1951 s. 6 I på s. 30.

som ligger till grund för uppfyllelserättshandlingen och som helt eller delvis innefattar en aktiebolagsrättslig utbetalning.

I allmänhet torde, som jag har framhållit i det föregående, underlåtenhet att hindra en viss förbjuden rättshandling inte behandlas lika strängt som aktiv medverkan till sådan. Enligt min mening finns det inte hellre några skäl som talar för att man i allmänhet vid olovliga utbetalningar skall jämställa underlåtenhet med aktiv medverkan.[48] I vissa undantagsfall bör dock så ske, särskilt då vid olovliga förtäckta utbetalningar.[49] Bristtäckningsskyldighet torde emellertid förutsätta att underlåtenheten "verkat i riktning" mot den olovliga utbetalningen.[50]

> Jfr HD:s domskäl i NJA 1966 s. 475 i avsnitt 14.2.3.2 ovan. Hade Zachrisson insett eller haft anledning misstänka att Glimvall ämnade delvis fullfölja aktieköpet genom uttag från bolaget torde han ha ansetts bristtäckningsskyldig jämlikt 73 § 2 mom. 3 st. 1944 års lag.

Ersättningsskyldighet för bolagets revisorer torde i nu berörda situation inte kunna komma i fråga. Med hänsyn till att aktieägarna inte i denna deras egenskap finns representerade i något av bolagets verkställande organ måste det anses som utomordentligt ovanligt att de i *egenskap av aktieägare* kan anses ha medverkat till *verkställande* av en olovlig utbetalning vid tillämpningen av 12:5 2 st. ABL. Blott undantagsvis är det tänkbart att aktieägare medverkar till verkställande av en olovlig utbetalning; det kan tänkas inträffa t.ex. vid förtäckta utbetalningar (jfr NJA 1966 s. 475).

14.2.3.4 Medverkan till upprättande av oriktig balansräkning som ligger till grund för beslut om otillåten utbetalning

En verkställande direktör har enligt 8:6 2 st. 2 meningen ABL att sörja för att bolagets bokföring fullgöres i överensstämmelse med lag. Denna skyldighet innebär inte att han ensam eller ens tillsammans med medhjälpare behöver upprätta resultaträkningen eller balansräkningen.[51] Såsom fallet är i verkligheten kan bolagets bokföring handhas av utomstående. Vid tillämpningen av ABL ansvarar emellertid verkställande direktören

[48] Möjligen annorlunda Lindskog JFK 12:5-6.2.2 (s. 112). Lindskog menar att i fråga om vad som kan anses utgöra tillräcklig grad av medverkan krävs det inte att vederbörande har varit särskilt aktiv. Det skulle vara tillräckligt med en mer eller mindre passiv medverkan.

[49] Liknande Lindskog JFK 12:5-6.2.2 (s. 112f) avseende NJA 1966 s. 475. Jfr ock Burling SvJT 1974 s. 139 samt Rodhe, Förtäckt vinstutdelning s. 17f.

[50] Se ovan avsnitt 14.2.3.1 och jfr Lindskog JFK 12:5-6.2.2 (s. 113) och i SvJT 1992 s. 89.

[51] Jfr prop. 1975:103 s. 376.

för att bokföringen och räkenskaperna fullgöres och upprättas enligt lag oavsett vad som avtalats med utomstående.[52]

Bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL kan göras gällande mot en verkställande direktör som har medverkat till upprättande av felaktig balansräkning, som har legat till grund för beslut om sålunda otillåten vinstutdelning.[53] Vad som gäller vid tillämpningen av 12:5 2 st. ABL när en verkställande direktör uppdrar åt medhjälpare eller utomstående att handha bolagets bokföring är inte klarlagt men jag vill mena att han skall betraktas som ansvarig, om en på grund av uppdraget upprättad och felaktig balansräkning legat till grund för ett beslut om vinstutdelning.

Skulle verkställande direktör saknas är styrelsen ansvarig. Något ansvar för aktieägare på den här behandlande grunden kan knappast komma i fråga annat än i undantagsfall.

Vad beträffar bolagets revisor gestaltar sig bedömningen annorlunda. Revisorerna skall i den omfattning god revisionssed bjuder *granska* bolagets årsredovisning jämte räkenskaperna samt styrelsens och verkställande direktörens förvaltning av bolaget. Revisorerna skall avge en revisionsberättelse, vilken måste innehålla ett uttalande om huruvida årsredovisningen uppgjorts i enlighet med ABL och BFL och ett särskilt yttrande angående fastställandet av resultaträkningen och balansräkningen samt angående det i förvaltningsberättelsen framlagda förslaget till dispositioner beträffande vinst eller förlust.

Revisorn har sålunda till uppgift att granska bl.a. upprättad årsredovisning. Den fråga man vid tillämpningen av 12:5 2 st. ABL ställer sig är huruvida det är möjligt att föra bristtäckningstalan mot en revisor på den grund att han genom att inte granska räkenskaperna i erforderlig omfattning och genom att avge en bristfällig revisionsberättelse kan sägas ha *medverkat* till upprättande av en felaktig balansräkning. Frånsett att en tolkning av detta slag rimmar illa med lagtextens ordalydelse ("upprättande"), vore det enligt min mening att utsträcka ansvaret alltför långt. Den ersättningsskyldighet som kan komma i fråga för bolagets revisor på den grund att han misskött sitt uppdrag i berört avseende får sökas i den allmänna skadeståndsregeln i 15:2 ABL.

> Det kan ändock inte uteslutas att en revisor som bristfälligt har granskat bolagets räkenskaper skulle kunna anses ersättningsskyldig enligt nästa punkt, dvs. han skall anses ha *medverkat till fastställande* av en oriktig balansräkning.

[52] Jfr prop. 1975:103 s. 376.

[53] Detsamma bör gälla om balansräkningen ligger till grund för en faktisk aktiebolagsrättslig utbetalning utan föregående beslut. Jag förutsätter detta i det följande.

14.2.3.5 Medverkan till fastställande av oriktig balansräkning som ligger till grund för beslut om otillåten utbetalning

Ordinarie bolagsstämma skall avhållas inom 6 månader efter utgången av varje räkenskapsår. På bolagsstämman skall aktieägarna fatta beslut om fastställande av resultaträkningen och balansräkningen. Ett ansvar enligt 12:5 2 st. ABL för *medverkan till fastställande* av en oriktig balansräkning, som ligger till grund för ett beslut om vinstutdelning, synes därför enbart kunna komma i fråga för aktieägare och då för de aktieägare som deltagit i stämmobeslutet.[54]

> Jfr om revisor föregående avsnitt. Möjligen kan man tänka sig att en styrelseledamot eller en verkställande direktör, som "talar sig varm" för att stämman skall fastställa en oriktig balansräkning, på denna grund kan bli ersättningsskyldig; i annat fall torde åtminstone medverkan till upprättande av oriktig balansräkning få anses föreligga.

14.3 Subjektiva förutsättningar för bristtäckningsskyldighet

Bristtäckningsskyldighet förutsätter – förutom att någon i visst avseende skall ha medverkat till beslut om eller verkställande av otillåten utbetalning eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning – att vederbörande handlat uppsåtligen eller varit oaktsam alternativt grovt oaktsam. Detta följer av att 12:5 2 st. ABL hänvisar till 15:1–3 ABL.[55] Därmed förutsätts för bristtäckningsskyldighet för styrelseledamot, verkställande direktör och revisor uppsåt eller oaktsamhet och för aktieägare uppsåt eller grov oaktsamhet.[56]

> Enligt min mening bör de subjektiva rekvisiten upprätthållas på samma vis när 12:5 2 st. ABL tillämpas analogt, dvs. när någon har ett sådant inflytande i bolaget att det kan jämställas med det inflytande som antingen tillkommer den eller dem som formellt fullgör ett uppdrag i något av bolagets organ eller är (majoritets-) aktieägare. Detta förklaras av att den kritiska frågan är att fastställa att någon är att betrakta som de facto styrelseledamot, verkställande direktör eller aktieägare. Har man väl fastställt att så är fallet

[54] Se föregående not.

[55] Se SOU 1941:9 s. 286; SWN s. 181 och lagrådet i prop. 1975:103 s. 771 samt jfr justitierådet Riben i NJA 1966 s. 475 på s. 488. Se därtill Lindskog SvJT 1992 s. 88 och JFK 12:5-6.2.2 (s. 113); Löfgren, Personligt ansvar s. 75; Posselius, Personligt betalningsansvar i aktiebolag s. 100f och Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 37f. Jfr ock SOU 1971:15 s. 321; prop. 1975:103 s. 486; Kedner–Roos 12:5.04 (s. 256) och Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 111f.

[56] Se för hänvisningar föregående not.

bör det i subjektivt hänseende inte krävas mer än vad som eljest gäller vid tillämpningen av 12:5 2 st. ABL. Lindskog menar däremot att bristtäckningsskyldighet för den som de facto intar organställning i ett bolag torde böra förutsätta uppsåt eller i allt fall grov oaktsamhet.[57]

De subjektiva förutsättningarna för bristtäckningsskyldighet skall vara uppfyllda vare sig den otillåtna dispositionen sker i öppen eller förtäckt form.[58]

Vid förtäckt utbetalning av utdelning har justitierådet Riben i NJA 1966 s. 475 på s. 488 hävdat att man för bristtäckningsskyldighet bör upprätthålla mycket stränga krav i vad avser de subjektiva förutsättningarna.[59] Riben hänvisar till att man i praxis tillämpat bestämmelserna om utdelning även på andra åtgärder varigenom aktiebolags tillgångar tas i anspråk och anför vidare:[60]

"Vid en dylik utsträckt tillämpning uppkommer fråga om betydelsen av de i [15:1–3][61] angivna subjektiva förutsättningarna för skadeståndsansvar. Beträffande en formligen beslutad vinstutdelning är det för de i beslutet deltagande utan vidare klart, att bolagsmedel tages i anspråk; det behöver aldrig diskuteras vad vederbörande i detta hänseende insett eller bort inse. Detsamma kan icke generellt sägas om andra dispositioner som leder till otillåtet ianspråktagande av aktiebolags tillgångar. Det kan synas följdriktigt att i sådana fall för bristtäckningsansvar icke ovillkorligen kräva, att vederbörande skall ha insett att bolagsmedel komme att tagas i anspråk, utan låta vårdslöshet resp. – beträffande aktieägare – grov vårdslöshet med avseende å risken härför vara tillräcklig. Detta är dock enligt min mening att gå för långt. En utsträckning av bristtäckningsregelns tillämpning utöver vad ordalagen ger vid handen synes mig icke böra ske till andra fall än sådana där det – liksom i de enligt ordalagen avsedda – varit för den handlande klart att bolagsmedel skulle tagas i anspråk. Bristtäckningsansvar bör sålunda förutsätta uppsåt i detta hänseende, dvs. insikt om att bolagsmedel skulle komma att anlitas. Givetvis bör det här, liksom i allmänhet då uppsåt kräves, vara tillräckligt med s.k. eventuellt uppsåt."

Riben menar att den av honom företrädda uppfattningen är väl förenlig med NJA 1951 s. 6 I och hänvisar till aktieöverlåtaren Carlsunds bristtäckningsansvar beträffande den andra utbetalningen (vilken Carlsund "såvitt visats ej ens avvetat"; se s. 26 i referatet).[62]

[57] Lindskog JFK 12:5-6.2.2 not 94 (s. 113). Jfr i sammanhanget ock Posselius, Personligt betalningsansvar i aktiebolag s. 101, som dock – oriktigt enligt mitt förmenande; jfr ovan not 18 – grundar sitt resonemang på NJA 1966 s. 475 och 1976 s. 618.

[58] Jfr NJA 1951 s. 6 I; 1966 s. 475 och 1976 s. 618.

[59] Se härom Lindskog SvJT 1992 s. 100f.

[60] Referatet s. 488.

[61] 208 § 1944 års lag i målet.

[62] NJA 1966 s. 475 på s. 488.

De subjektiva rekvisiten synes i förevarande sammanhang få förstås – vilket antas i det följande – som vad den påstått ersättningsskyldige insett (uppsåt) eller bort inse (oaktsamhet) respektive måste insett (grov oaktsamhet).[63] Det subjektiva rekvisitet skall vara uppfyllt "i förhållande till olagligheten av den åtgärd som grundar återbäringsskyldighet".[64] Med avseende på de fyra objektiva medverkansgrunderna innebär detta följande (beträffande olovliga förtäckta utbetalningar, se följande avsnitt 14.4):

(1) Vid ifrågasatt bristtäckningsskyldighet på den grund att någon medverkat till beslut om otillåten utdelning krävs det för ersättningsskyldighet att vederbörande skall ha insett eller bort inse respektive måste ha insett att beslutet innefattade ett beslut om en utbetalning i strid mot ABL.
(2) Det subjektiva rekvisitet skall då någon påstås vara ansvarig för att ha medverkat till verkställande av en olovlig utbetalning förstås som att vederbörande skall ha insett eller bort inse respektive måste ha insett att verkställandet av utbetalningen stod i strid mot ABL.
(3) Något mer osäkert är hur det subjektiva rekvisitet skall förstås med avseende på den tredje ansvarsgrunden, dvs. när någon har medverkat till upprättande av en oriktig balansräkning som legat till grund för beslutet om utbetalningen. Såvitt jag kan förstå måste den som medverkat till upprättande av en felaktig balansräkning åtminstone ha insett eller bort inse respektive måste ha insett[65] att balansräkningen i ett eller flera avseenden var felaktig och sålunda stod i strid mot ABL eller BFL. Härutöver kan man emellertid fråga sig om vederbörande dessutom skall ha insikt om att balansräkningen på grund av de förekommande felen kom att utvisa ett för stort utdelningsbart belopp. Det kan tyckas vara ett rimligt krav att bristtäckningsskyldighet förutsätter ond tro med avseende på dels de fel som vidhäftar balansräkningen, dels att balansräkningen av denna orsak kom att utvisa ett för stort utdelningsbart belopp. Jag vill för egen del mena att det för bristtäckningsskyldighet bör vara tillräckligt att vederbörande var i ond tro i det förra avseendet. Bristtäckningsskyldighet förutsätter att balansräkningen genom de förekommande felen

[63] Se justitierådet Riben i NJA 1966 s. 475 på s. 488. Jfr dessutom tillämpningen i NJA 1948 s. 651 på s. 666 (oaktsamhet som vad styrelseledamoten "bort inse"); 1966 s. 475 på s. 484f och NJA 1976 s. 618 på s. 623. I litteraturen jfr Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 38.

[64] Lagrådet i prop. 1975:103 s. 771.

[65] Detta krav berör aktieägare och torde därför knappast bli aktuellt. Se avsnitt 14.2.3.4 ovan.

utvisar ett större fritt eget kapital än vad en i enlighet med ABL och BFL korrekt upprättad balansräkning skulle ha utvisat. Om den påstått ersättningsskyldige t.ex. har insett eller bort inse att vissa tillgångar i strid mot BFL övervärderats med exempelvis 5 milj kr, måste han ha förstått att balansräkningen skulle komma att utvisa ett fritt eget kapital om 5 milj kr för mycket. Och skulle han i visst fall inte ha insett sistnämnda förhållande borde han i varje fall ha förstått det. Detta följer av att om någon har *tillräckliga kunskaper* för att inse att balansräkningen var felaktig kan han ingalunda vara i god tro om att den utvisade ett för stort utdelningsbart belopp. För övrigt kan det redan sägas följa av lagtexten, att det för bristtäckningsskyldighet är tillräckligt att vederbörande var i ond tro om att balansräkningen i något avseende upprättats i strid mot ABL eller BFL (jfr "oriktig balansräkning").

(4) Vad slutligen angår tillämpningen av de subjektiva rekvisiten med avseende på medverkan till beslut om fastställande av oriktig balansräkning, är det en ansvarsgrund som främst aktualiseras för aktieägare. Bristtäckningsskyldighet förutsätter alltså att aktieägarna insett eller måste ha insett att den balansräkning som de beslöt fastställa på den ordinarie bolagsstämman var felaktig.

14.4 Särskilt om subjektiva förutsättningar för bristtäckningsskyldighet vid rättsstridig förtäckt utbetalning

Regeln om bristtäckningsansvar i 12:5 2 st. ABL är tillämplig vid såväl öppna som förtäckta utbetalningar i strid mot ABL. De subjektiva rekvisiten skall då en utbetalning sker i *öppen form* i strid mot ABL förstås som vad någon insett eller bort inse respektive måste ha insett *i fråga om olagligheten av den åtgärd* som grundar återbäringsskyldighet. Vederbörande skall ha insett eller bort inse respektive måste ha insett att utbetalningen var *lagstridig*.

Skulle en utbetalning ha företagits i *förtäckt form* framstår det som logiskt, att de subjektiva rekvisiten bör förstås på samma vis. Men är detta då ett riktigt antagande? I rättspraxis har ondtrosrekvisitet i 12:5 1 st. 2 meningen ABL tillämpats som huruvida aktieägaren insett eller bort inse att avtalet eller eljest rättshandlingen innefattade en förtäckt utbetalning (se avsnitt 13.4 ovan rörande NJA 1951 s. 6 I och II; 1980 s. 311 och 1990 s. 343). Kanske bör man för bristtäckningsskyldighet på samma sätt som för återbäringsskyldighet vid olovliga *förtäckta utbetal-*

ningar kräva att den påstått bristtäckningsskyldige skall ha insett eller bort inse respektive måste ha insett att förfogandet var vederlagsfritt och inte att det var lagstridigt. Den person som påstås vara ersättningsskyldig kan ju inte anses ha medverkat uppsåtligen eller av vårdslöshet respektive av grov vårdslöshet, om han inte ens har insett eller bort inse respektive måste ha insett att ett visst avtal eller annan rättshandling innefattade en aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning.[66]

Enligt min uppfattning bör det för bristtäckningsskyldighet vid olovliga *förtäckta* utbetalningar i varje fall krävas att ond tro föreligger i det senare avseendet, dvs. att vederbörande skall ha insett eller bort inse respektive måste ha insett att avtalet eller eljest rättshandlingen innefattade en aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning. Detta följer av vad som nyss sagts och i någon mån rättspraxis på området (jfr nedan).

Däremot bör det enligt min mening för bristtäckningsskyldighet vid olovliga förtäckta utbetalningar inte krävas att vederbörande var i ond tro beträffande de omständigheter som gjorde förfogandet lagstridigt. Enligt min mening talar ändamålsskäl mot ett sådant krav.

Rättsordningen bör enligt min mening allmänt sett motverka förtäckta rättshandlingar. Lagstiftningen bygger ju på den grundförutsättningen att aktiebolagsrättsliga utbetalningar sker i öppen form och med iakttagande av samtliga bestämmelser i ABL och BFL. Att sen rättsordningen accepterar förtäckta utbetalningar under vissa förutsättningar är en annan sak.

Inte heller sker en förtäckt utbetalning av vinstutdelning typiskt sett på så sätt att de som medverkar till denna har någon anledning att utgå från att utbetalningen är tillåten. Snarare bör de som medverkar till att ett bolag företar en förtäckt utbetalning, dvs. de som är i ond tro om att avtalet eller eljest rättshandlingen innefattar en förtäckt utbetalning, utgå från att denna är lagstridig intill dess att de har kunnat fastställa att så inte är fallet.

Vidare bör man ha klart för sig att det skydd för affärsmässiga överväganden som krävs kan tillgodoses inom ramen för utbetalningsbegreppet; se avsnitt 8.7–8.8, särskilt avsnitt 8.8 ovan.

Jfr beträffande anförda ändamålsskäl även avsnitt 13.4.4 ovan.

De lege lata kan det emellertid inte uteslutas att det för bristtäckningsskyldighet förutsätts att vederbörande var i ond tro om såväl att avtalet eller eljest rättshandlingen innefattade en förtäckt utbetalning som att den förtäckta utbetalningen var olovlig. Skälet härför skulle närmast vara att en person som i visst hänseende har medverkat till en olovlig förtäckt utbetalning kan vara i ond tro om att avtalet eller eljest rättshandlingen

[66] Jfr ovan avsnitt 13.4.4 efter not 172.

innefattade en förtäckt utbetalning men vara i god tro om att denna var olovlig (t.ex. har en styrelseledamot insett eller bort inse att en viss transaktion innebar att bolaget överlät egendom till underpris men inte att försäljningen, som innefattade en förtäckt utbetalning, stod i strid med försiktighetsregeln i 12:2 2 st. ABL).

Rättspraxis ger inte något bestämt svar på frågan vad som i subjektivt hänseende krävs för bristtäckningsskyldighet vid olovliga förtäckta utbetalningar. Det är dock möjligt att tolka domskälen i de mål som har varit föremål för HD:s prövning som att det för bristtäckningsskyldighet enbart förutsätts ond tro om att avtalet eller eljest rättshandlingen innefattade en förtäckt utbetalning.

> Santesson ansågs i NJA 1951 s. 6 I ansvarig för den brist som kunde uppkomma vid Carlsunds återbäring på grund av "sin medverkan till berörda obehöriga överförande av tillgångar".[67]
>
> I NJA 1966 s. 475 undgick den påstått bristtäckningsskyldige aktieöverlåtaren ersättningsskyldighet, eftersom dels det inte vid tidpunkten för aktieöverlåtelsen – dvs. då aktieöverlåtaren fortfarande var styrelseledamot och aktieägare – hade förelegat någon *överenskommelse* mellan honom och aktieförvärvaren om att aktieköpet delvis skulle fullgöras genom uttag från bolaget, dels aktieöverlåtaren inte insett eller haft anledning att misstänka att aktieförvärvaren ämnade delvis fullfölja aktieköpet genom uttag från bolaget.[68]
>
> Aktieöverlåtaren Inga G ålades genom en dom i tingsrätten i NJA 1976 s. 618 ansvar för den brist som uppstått i Bengt L:s återbäring. I HD var prövningen begränsad till spörsmålet huruvida utomstående – ICA-matmarknad – kunde anses ersättningsskyldig. Härvidlag var det av betydelse att bestämma om den i målet aktuella överlåtelsen av bolaget tillkommande fordringar gentemot ICA-matmarknad, som Bengt L på bolagets vägnar företagit till förmån för aktieöverlåtaren Inga G i syfte att betala för de förvärvade aktierna i Nya Berns, kunde anses som ogiltig och om denna ogiltighet kunde åberopas gentemot ICA-matmarknad.
>
> HD gjorde den bedömningen att Inga G *måste ha förstått*, att Bengt H avsåg att finansiera aktieköpet genom uttag från bolaget *"på sätt som skett"*[69]. När så var fallet skulle den mellan Bengt L och Inga G träffade överenskommelsen om överlåtelse av fordran mot ICA-matmarknad – vil-

[67] Referatet s. 25.

[68] Se referatet s. 484f.

[69] Referatet s. 623. Till betalning av en viss del av köpeskillingen för aktierna hade alltså Bengt L som ställföreträdare för bolaget överlåtit bolaget tillkommande fordringar gentemot ICA-matmarknad på grund av brödleveranser till detta företag. Bengt L, som själv inte hade medel till betalning av köpeskillingen, ansågs ha upptagit lån hos bolaget med motsvarande belopp och ha använt lånemedlen till att likvidera sin skuld för aktierna till Inga G. Eftersom Bengt L var insolvent och bolaget ej hade någon enligt balansräkning utdelningsbar vinst, ansågs åtgärderna innefatta olovlig utbetalning av vinstutdelning. Bengt L var återbäringsskyldig för mottaget belopp. Se närmare om målet avsnitt 14.6.4 nedan.

ken ingick som led i verkställandet av den av Bengt L gjorda olovliga vinstutdelningen – anses som ogiltig enligt grunderna för 73 § 2 mom. 1944 års lag (nuvarande 12:5 ABL).

Sammantaget synes rättsläget vara osäkert. På sin höjd går det att hävda, att det finns ett visst – om än svagt – stöd för att det subjektiva momentet i 12:5 2 st. ABL bara behöver vara uppfyllt på så sätt att den påstått bristtäckningsskyldige för ersättningsskyldighet skall ha insett eller bort inse respektive måste ha insett att rättshandlingen innefattade en förtäckt utbetalning.[70]

Se avsnitt 7.4.3.2.7 ovan om frågan huruvida rättsvillfarelse kan beaktas inom ramen för culpabedömningen vid tillämpningen av bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL.

14.5 Bristtäckningsskyldighetens innebörd, omfattning och upphörande samt frågan om vem som har talerätt

Bristtäckningsansvaret i 12:5 2 st. ABL är till sin innebörd ett ersättningsansvar. Den bristtäckningsskyldige skall ersätta bolaget för den brist som uppstått i den återbäringsskyldiges återbäring. Det krävs inte för ersättningsskyldighet att bolagets företrädare eller konkursförvaltare visar att bolaget lidit skada av utbetalningen. Det är i objektivt hänseende tillräckligt att det visas, att återbäringsskyldighet föreligger enligt 12:5 1 st. ABL och att det har uppstått en brist i denna. Se närmare avsnitt 14.2.1.

Det saknar för ersättningsskyldigheten betydelse om den prestation som den återbäringsskyldige mottagit består av pengar eller annan egendom: Det kan på den grund att den bristtäckningsskyldige *medverkat* till den olovliga utbetalningen inte åläggas honom något annat och mer än att ersätta bristen i återbäringen (och ränta). När återbäringen innefattar annan egendom än kontanter får bristtäckningsskyldigheten uppskattas till värdet (marknadsvärdet)[71] av den olovligen utbetalade egendomen.[72] Ansvaret sträcker sig så långt som utbetalningen står i strid mot ABL och är begränsad till bristen i återbäringen.

[70] Liknande Lindskog SvJT 1992 s. 104 särskilt not 37 och JT 1992–93 s. 102.
[71] Jag förutsätter härvidlag att bruttometoden skall tillämpas.
[72] Jfr Lindskog JFK 12:5-6.3.2 (s. 113).

I anledning av NJA 1951 s. 6 I uppkom i en senare process fråga om bristtäckningsskyldighetens omfattning för Santesson. Suecias konkursbo fick till stånd utmätning hos Carlsund vid flera tillfällen 1951. Efter en till synes ingående undersökning av Carlsunds ekonomiska förhållanden utförd av förvaltaren i Suecias konkursbo, erbjöd Carlsund sig vid förhandling med konkursboet att såsom *full likvid* till Suecias konkursbo erlägga 267997 kr 94 öre (kapitalbeloppet uppgick till 826265 kr 47 öre), vilket med 8000 kr översteg det värde som beräknats för den utmätta egendomen. Vid ett sammanträde några månader senare, där bl.a. konkursförvaltaren för Suecia och ett antal borgenärer deltog, beslöt borgenärerna enhälligt att godta det erbjudna ackordet som full likvid för Suecias konkursbos fordran gentemot Carlsund. Sedermera kom Carlsund på grund av vissa andra omständigheter att erlägga ett sammanlagt belopp om 385478 kr och 94 öre. Suecias konkursbo kom därför att bevaka 440786 kr 53 öre i Santessons konkurs. Den omständigheten att 267997 kr 94 öre godtogs såsom full likvid för Carlsunds skuld ansågs inte medföra befrielse för Santesson från betalningsskyldighet för den återstående delen av skulden, som Carlsund enligt samstämmiga uppgifter inte förmått betala (sålunda 440786 kr 53 öre). Se NJA 1953 s. 116.

Skulle den *bristtäckningsskyldige därjämte själv* från den återbäringsskyldige ha mottagit egendom som härrör från den olovliga utbetalningen från bolaget (ogiltig som varande i strid mot tvingande lag), kan bolaget enligt allmänna principer sannolikt *vindicera* egendomen från honom. Se närmare avsnitt 12.5.2–12.5.3 ovan och jfr NJA 1966 s. 475 och om detta avgörande avsnitt 14.6.4 nedan.

Med hänsyn till att bristtäckningsskyldigheten syftar till att täcka den brist som har uppkommit vid återbäring enligt 12:5 1 st. ABL torde det kunna antas att ersättningsskyldigheten även omfattar sådan avkastningsränta som anges i 12:5 1 st. 1 meningen ABL.[73] Möjligen omfattar bristtäckningsskyldigheten dessutom sådan dröjsmålsränta som den återbäringsskyldige skall utge.[74]

Ett särskilt spörsmål, som jag har berört i det föregående, är vem som står risken – bolaget eller utbetalningsmottagaren – för att den olovligen utbetalade egendomen förstörs eller skadas av våda. Enligt min uppfattning bör den återbäringsskyldige, och inte bolaget, stå risken. Se härom avsnitt 12.5.2 ovan. Härav följer att brist kan uppkomma vid återbäringen. En brist som enligt min mening bör berättiga bolaget till ersättning enligt 12:5 2 st. ABL från den bristtäckningsskyldige.[75]

På grund av att 12:5 2 st. ABL hänvisar till 15:4 är bestämmelsen om

[73] Se Lindskog JFK 12:5-6.3.1 (s. 113).

[74] Se Lindskog JFK 12:5-6.3.1 (s. 113). Jfr ock Lindskog JFK 13:2-11.1.2 (s. 208).

[75] Annorlunda Lindskog JFK 12:5-6.3.2 (s. 113)

bl.a. solidariskt ansvar i 15:4 2 st. tillämplig. Bolagets ställföreträdare eller konkursförvaltare kan sålunda begära ersättning för hela bristen från vilken som helst av de bristtäckningsskyldiga. Ansvaret för någon av dem kan dock jämkas enligt 15:4 1 st. ABL.[76] I detta fall är bristtäckningsskyldigheten begränsad till det jämkade beloppet. Den som har utgivit ersättning enligt 12:5 2 st. ABL har regressrätt mot övriga ersättningsskyldiga "efter vad som är skäligt med hänsyn till omständigheterna". Föranleder inte omständigheterna något annat bör fördelningen ske efter huvudtalet.[77]

> Såsom Lindskog framhåller bör den inbördes regressen mellan de bristtäckningsskyldiga svara mot hur ansvaret skall fördelas mellan dem. Härvidlag torde allmänna skadeståndsrättsliga principer vara tillämpliga. Följaktligen bör fördelningen i huvudsak ske efter grad av delaktighet och vållande.[78]

Utgångspunkten är naturligtvis dock den att den återbäringsskyldige först och främst skall ersätta de bristtäckningsskyldiga vad de tvingats betala till bolaget. Bristtäckningsskyldigheten ger sålunda upphov till regressrätt mot dels den återbäringsskyldige, dels övriga bristtäckningsskyldiga.

Bristtäckningsansvaret upphör om och när den återbäringsskyldige återbär till bolaget vad han uppburit eller preskription inträder enligt allmänna bestämmelser (10 år).[79] Beviljad ansvarsfrihet påverkar inte ansvaret.[80]

Preskriptionslagen är således tillämplig på bolagets anspråk gentemot de bristtäckningsskyldiga.[81] Härav följer att om bolaget försummar att avbryta preskription hos någon av flera bristtäckningsskyldiga torde accessorisk preskription inträda enligt 9 § 1 st. preskriptionslagen. En tillämpning av 9 § 1 st. preskriptionslagen innebär att övriga bristtäckningsskyldiga endast svarar för sina andelar. Andelarna beräknas efter huvudtalet. Om bolagets rätt gentemot den återbäringsskyldige preskri-

[76] Se närmare om jämkningsregeln Kedner–Roos II 15:4.01 (s. 361f).

[77] Se SOU 1941:9 s. 656; SOU 1971:15 s. 356 och prop. 1975:103 s. 543. I litteraturen se t.ex. Kedner–Roos II 15:4.02 (s. 362) och SWN s. 500.

[78] Lindskog JFK 12:5-6.3.3 (s. 114).

[79] Se angående preskription SOU 1941:9 s. 286; SOU 1971:15 s. 322 och prop. 1975:103 s. 486. Se ock bl.a. Kedner–Roos II 12:5.04 (s. 256); Lindskog JFK 12:5-6.3.4 (s. 114) och SWN s. 181. Bestämmelsen om specialpreskription i 15:6 ABL skall alltså inte tillämpas.

[80] SOU 1941:9 s. 286; SOU 1971:15 s. 322 och prop. 1975:103 s. 486. Se i litteraturen t.ex. Kedner–Roos II 12:5.04 (s. 256); Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 228 och SWN s. 181. Jfr dock i norsk rätt i avsnitt 11.6.3 ovan.

[81] Se härom och till det följande Lindskog JFK 12:5-6.3.4 (s. 114).

beras torde likaså accessorisk preskription inträda, dock med den skillnaden att bristtäckningsskyldigheten enligt 12:5 2 st. ABL helt upphör jämlikt 8 § 2 st. preskriptionslagen.

Talan om bristtäckningsskyldighet kan föras av dem som är berättigade att föra talan om återbäringsskyldighet (främst bolagets styrelse och konkursförvaltare å konkursboets vägnar; se avsnitt 12.8.1 ovan).[82]

14.6 Utomståendes ersättningsskyldighet vid medverkan till beslut om eller verkställande av olovlig utbetalning av utdelning eller annan typ av olovlig utbetalning ävensom en sammanfattning av andra grunder för ansvar

14.6.1 Inledande anmärkningar

En fråga som de senaste åren rönt ett växande intresse är i vilken utsträckning ett bolag kan kräva utomstående, som i något avseende medverkat till beslut om eller verkställande av en olovlig utbetalning av vinstutdelning eller annan typ av olovlig utbetalning, på ersättning och om en sådan ersättningsskyldighet följer av en analog tillämpning av 12:5 2 st. ABL eller allmänna rättsgrundsatser. Följande avsnitt syftar till att fastställa de situationer vid vilka utomstående kan bli ersättningsskyldiga. Jag har valt att även sammanfatta vissa andra grunder för ansvar som delvis berörts i det föregående.

> Med utomstående åsyftas sålunda i förevarande avsnitt personer som inte tillhör den personkrets som direkt omfattas av 12:5 2 st. ABL på grund av hänvisningen i denna bestämmelse till 15:1–3 ABL.

I avsnitt 14.6.2 berör jag kortfattat bolagets vindikationsrätt. Det förhållandet att bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL bör kunna tillämpas analogt på personer som de facto är engagerade i förvaltningen av ett aktiebolag eller eljest har inflytande över aktiebolagets verksamhet omnämns i avsnitt 14.6.3. De avgöranden där HD har haft att överväga ersättningsskyldighet för personer utanför den personkrets, som direkt omfattas av bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL på grund av hänvisningen till 15:1–

[82] I vad mån bolagets borgenärer kan föra egen talan om skadestånd enligt 15:1-3 ABL är osäkert. Se härom avsnitt 12.8.1.2 not 422 ovan.

3 ABL, är NJA 1966 s. 475 och 1976 s. 618. Avsnitt 14.6.4 syftar till fastställa om dessa två rättsfall kan åberopas till stöd för en regel med det innehåll, att 12:5 2 st. ABL kan tillämpas analogt på vem som helst som har medverkat till en olovlig utbetalning. Jag behandlar i avsnittet också frågan om en ersättningsskyldighet kan följa av allmänna rättsgrundsatser. I avsnitt 14.6.5 behandlar jag rättsgrundsatsen kollusion och i avsnitt 14.6.6 frågan om en allmän princip om culpaansvar kan tillämpas vid obehöriga förfoganden över bolagets egendom av här aktuellt slag. Jag avslutar kapitlet med att i avsnitt 14.6.7 erinra om att kontraktuell skadeståndsskyldighet kan aktualiseras vid otillåtna utbetalningar.

14.6.2 Bolagets vindikationsrätt

Enligt gällande rätt är sannolikt utbetalningar till aktieägare eller utomstående som tar i anspråk mer än vad som utgör fritt eget kapital enligt 12:2 1 st. ABL ogiltiga. Ogiltigheten får anses komma till uttryck i 12:5 1 st. 1 meningen ABL. På samma sätt torde det förhålla sig med utbetalningar i strid mot bl.a. försiktighetsregeln i 12:2 2 st. 1 meningen ABL. Av allmänna principer synes följa att ogiltigheten har sakrättsliga rättsverkningar. Bolaget A äger i så fall vindicera egendomen från C, om C förvärvat egendomen från B i ond tro om att den olovligen avhänts bolaget A. Bolaget A har sannolikt också separationsrätt i B:s konkurs för egendom som omfattas av ogiltigheten och sådan egendom kan inte utmätas för B:s skulder. Se härom utförligare avsnitt 12.5.2 ovan.

14.6.3 Bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL – en analog tillämpning på personer som *de facto* är engagerade i förvaltningen av ett aktiebolag eller eljest har inflytande över aktiebolagets verksamhet

Enligt gällande rätt kan bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL sannolikt tillämpas analogt på den som verkar som s.k. koncernchef, adjungerad styrelseledamot eller som *de facto* agerar såsom verkställande direktör eller styrelseledamot men där ingen alls eller en s.k. dummy är formellt registrerad som verkställande direktör eller styrelseledamot. Därtill bör bristtäckningsskyldighet kunna åläggas kreditgivare eller annan som helt och hållet satt existerande bolagsorgan åt sidan genom att diktera beslutsfattandet. Måhända kan principen beskrivas som att den som utan att inta organställning de facto utövar ett beslutsfattande i och för bolaget som om han intog organställning bör kunna ådra sig bristtäckningsansvar. Se närmare avsnitt 14.2.2 ovan.

14.6.4 Om bristtäckningsskyldighet enligt 12:5 2 st. ABL och frågan om sådan ersättningsskyldighet kan åläggas vem som helst – en analys av rättspraxis rörande utomståendes ersättningsskyldighet vid medverkan till beslut om eller verkställande av olovlig aktiebolagsrättslig utbetalning

Två rättsfall som inte sällan brukar åberopas till stöd för att 12:5 2 st. ABL analogt kan tillämpas på vem som helst som har medverkat till en olovlig aktiebolagsrättslig utbetalning är NJA 1966 s. 475 och 1976 s. 618.[83] Jag avser att i det följande analysera dessa för att söka fastställa om så är fallet och börjar med NJA 1966 s. 475.

> I målet hade samtliga aktier i Elektriska Aktiebolaget Dezäta av Zachrisson, som var ägare till flertalet aktier och ombud för övriga aktieägare samt var ensam styrelseledamot, sålts till Glimvall. Sedan Glimvall registrerats som styrelseledamot lånade han 120900 kr av bolaget och betalade med dessa medel en kvarstående skuld om samma belopp avseende aktieförvärvet till Zachrisson. Glimvall var vid tidpunkten för penninglånet insolvent och penninglånet innefattade därför en förtäckt utbetalning från bolaget. Eftersom bolaget endast förfogade över disponibla vinstmedel om 20209 kr 38 öre var det fråga om en olovlig vinstutdelning med 100690 kr 62 öre. Konkursförvaltaren i bolagets konkurs sökte utfå detta belopp från Glimvall, vilket visade sig vara omöjligt. Konkursförvaltaren sökte därefter få ersättning från Zachrisson för den uppkomna bristen på den grund att han kunde anses bristtäckningsskyldig jämlikt 73 § 2 mom. 3 st. 1944 års lag. Enligt denna bestämmelse var de, som medverkat till beslut om vinstutdelning eller till verkställande av sådant beslut, ansvariga för brist som kunde uppkomma vid återbäringen (jfr 12:5 2 st. ABL).
>
> Zachrisson var enligt konkursboet närmare bestämt ersättningsskyldig på den grund att han medverkat dels till beslutet om den obehöriga vinstutdelningen genom att i anslutning till avtalet om överlåtelse av aktierna med Glimvall överenskomma att betalningen om drygt 120000 kr skulle ske genom uttag ur bolaget i form av lån, dels till verkställandet av beslutet genom att motta betalning med full vetskap om att de medel, med vilka betalningen fullgjorts, i sin helhet uttagits ur bolaget. Enligt konkursboet saknade den omständigheten att Zachrisson, när han mottog beloppet, ej längre var styrelseledamot eller aktieägare i bolaget betydelse med avseende på hans skyldighet att till bolaget återbära vad som uppburits, eftersom återbäringsskyldighet (!) åvilar icke blott aktieägare och person i organställning utan jämväl utomstående som mottar utbetalning av sådant slag, varom det var fråga i målet.
>
> HD fann att en rad omständigheter stödde Zachrissons uppgift att det inte vid tidpunkten för aktieöverlåtelsen – dvs. då Zachrisson fortfarande var

[83] Stundom synes även NJA 1976 s. 60 åberopas. Detta rättsfall är över huvud taget inte relevant. Se Kleineman, JT 1994–95 s. 443 och jfr nedan.

styrelseledamot och aktieägare – förelegat någon överenskommelse mellan honom och Glimvall om att aktieköpet delvis skulle fullföljas genom uttag från bolaget, och att dessa omständigheter även utgjorde stöd för antagande, att Zachrisson ej heller eljest insett eller haft anledning att misstänka att Glimvall ämnade delvis fullfölja aktieköpet genom uttag från bolaget. Det kunde således inte av utredningen anses framgå, att Zachrisson under detta skede av mellanhavandet medverkat till Glimvalls uttag på sätt som avsågs i 73 § 2 mom. 3 st. 1944 års lag. Se härom avsnitt 14.2.3.2 ovan.

Konkursboets andra påstående, att Zachrisson i vart fall då han mottog drygt 120000 kr såsom slutlikvid för aktierna visste att Glimvall erhållit beloppet genom uttag från bolaget och att han därför var *återbäringsskyldig* besvarades på följande vis:[84]

"Det kan emellertid icke anses styrkt att Zachrisson ens vid denna tidpunkt fått vetskap om uttaget. Zachrisson – som då icke längre var ledamot av styrelsen för eller aktieägare i bolaget – kan därför icke genom att mottaga beloppet ha ådragit sig återbäringsskyldighet".

Justitierådet Riben, som var skiljaktig beträffande motiveringen, anförde beträffande sistnämnda ansvarsgrund följande:[85]

"När Zachrisson d. 16 november 1960 mottog resterande köpeskilling för aktierna, var han icke längre ledamot av styrelsen för eller aktieägare i bolaget. Till stöd för att han, oberoende av tidigare åtgöranden, med hänsyn till de närmare omständigheterna vid denna likvid skulle vara skyldig att ansvara för Glimvalls bristande återbäring kan därför icke åberopas aktiebolagslagens bestämmelser. Då det icke kan anses styrkt att Zachrisson visste, att Glimvall skaffat medel till likviden genom lån hos bolaget, och än mindre att han insåg, att lånet tagits under omständigheter som gav det karaktär av olaga vinstutbetalning, kan sådan skyldighet ej heller härledas ur *allmänna rättsgrundsatser*" (min kursivering).

Den "återbäringsskyldighet" som kunde ifrågakomma för aktieöverlåtaren Zachrisson – när han inte länge var ledamot av styrelsen för eller aktieägare i bolaget – i NJA 1966 s. 475 torde inte avse något annat än att de pengar (eller värdet härav) som aktieförvärvaren Glimvall som olovlig förtäckt utbetalning uttog ur bolaget[86] och som sedan överfördes på aktieöverlåtaren Zachrisson enligt allmänna rättsgrundsatser rörande rättsverkningar av ogiltighet[87] hade kunnat återkrävas av Zachrisson jämlikt

[84] Referatet s. 485.

[85] Referatet s. 487.

[86] Märk väl att Glimvall på grund av den olovliga utbetalningen av vinstutdelning var återbäringsskyldig enligt 73 § 2 mom. 1 st. 1944 års lag. Den "återbäringsskyldighet" som kunde komma i fråga för Zachrisson måste sålunda vara en annan slags "återbäringsskyldighet". Se samma Lindskog SvJT 1992 s. 100.

[87] Glimvall synes ha tagit medlen ur bolagets kassa och därefter omedelbart ha använt samma sedlar att betala till Zachrisson. Se samma Lindskog SvJT 1992 s. 100 not 31 men notera JFK 12:5-5.2 not 70 (s. 110).

vindikationsprincipen (se ock avsnitt 12.5.2 ovan).[88] Till frågan om *utomstående* som har *medverkat* till en rättsstridig aktiebolagsrättslig utbetalning kan anses bristtäckningsskyldig enligt 12:5 2 st. ABL analogt tillämpad eller ens skadeståndsskyldig jämlikt allmänna rättsgrundsatser ger NJA 1966 s. 475[89] enligt min uppfattning alltså inte någon vägledning.[90]

Det andra avgörandet av intresse för utomståendes ersättningsskyldighet vid medverkan till en olovlig aktiebolagsrättslig utbetalning är NJA 1976 s. 618.

> Ett avtal hade träffats mellan Inga G, som var ägare till samtliga aktier i Nya Konditori Berns, och Bengt L, varigenom Inga G överlät aktierna till Bengt L. Till betalning av en viss del av köpeskillingen hade Bengt L, som ställföreträdare för bolaget, överlåtit bolaget tillkommande fordringar gentemot ICA-matmarknad på grund av brödleveranser till detta företag. Bengt L, som själv inte hade medel till betalning av köpeskillingen, ansågs ha upptagit lån hos bolaget med motsvarande belopp och ha använt lånemedlen till att likvidera sin skuld för aktierna till Inga G. Eftersom Bengt L var insolvent och bolaget ej hade någon enligt balansräkning utdelningsbar vinst, ansågs åtgärderna innefatta olovlig utbetalning av vinstutdelning. Bengt L var återbäringsskyldig för mottaget belopp. I målet var det ostridigt att han inte kunde fullgöra denna skyldighet. Fråga uppkom huruvida Inga G kunde anses bristtäckningsskyldig och om ICA-matmarknad kunde anses ersättningsskyldig.
>
> TR:ns dom, vilken i denna del vann laga kraft, fann Inga G ansvarig för den brist som uppkommit i Bengt L:s återbäring (bristtäckningsskyldigheten beskrivs dock som "återbära mottaget belopp" i HD:s domskäl[91]). Inga G förmådde dock endast betala 5000 kr.
>
> Föremålet för HD:s prövning var konkursboets yrkande, att ICA-matmarknad skulle till konkursboet utge ersättning med resterande del av det olovligen utbetalade beloppet. HD besvarade frågan på följande vis:[92]

[88] Jfr Lindskog SvJT 1992 s. 100 och JFK 12:5-5.2 not 70 (s. 110). Jfr ock Rodhe, Förtäckt vinstutdelning s. 18f samt Aktiebolagsrätt s. 229. Jfr i sammanhanget dessutom NJA 1963 s. 502 och härom Håstad, Sakrätt s. 73 och s. 163f med not 31.

[89] Nämnas bör i sammanhanget att HD:s domskäl i NJA 1966 s. 475 i denna del kan tyckas stå i överensstämmelse med HD:s domskäl i NJA 1951 s. 6 I beträffande Carlsund:s bristtäckningsskyldighet (s. 26). Man skall dock ha klart för sig att HD i NJA 1966 s. 475 på s. 485 prövar aktieöverlåtaren Zachrissons *återbäringsskyldighet* medan HD i NJA 1951 s. 6 I på s. 26 prövar aktieöverlåtaren Carlsunds *bristtäckningsskyldighet*. Se samma Lindskog SvJT 1992 s. 101 not 33.

[90] Jfr Lindskog SvJT 1992 s. 99f och därtill JFK 12:5-5.2 not 70 (s. 110). Se annorlunda Grosskopf, Skattenytt 1993 s. 112; Löfgren, Personligt ansvar s. 75, Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén s. 21f ävensom Posselius, Ett par bolagsrättsliga prejudikat s. 23 och Personligt betalningsansvar i aktiebolag s. 101.

[91] Referatet s. 622. Jfr Lindskog SvJT 1992 s. 102 och JFK 12:5-6.2.1 (s. 112).

[92] Referatet s. 623. Således även de två justitieråd som var skiljaktiga beträffande motiveringen. Se referatet s. 625.

"I första hand uppkommer frågan, om ett betalningsansvar för ICA-matmarknad kan grundas på att företaget skulle kunna anses ha medverkat till den av Lagerström företagna, olovliga vinstutdelningen. Visserligen har ICA-matmarknad ej haft sådan ställning i bolaget att dess handlande kan anses direkt omfattat av reglerna om återbäring (min anm. – bristtäckningsskyldighet avses[93]) i 73 § 2 mom. 3 st. /.../. Men av det förut nämnda rättsfallet NJA 1966 s. 475 framgår att i rättspraxis även person som ej intar organställning i bolaget eller är aktieägare däri har ansetts kunna drabbas av *återbäringsskyldighet* (min kursivering), om han vetat om att fråga var om olovlig vinstutdelning; det gällde där säljaren av aktier, vilkas inköp finansierades genom lån från företaget. Här kan också hänvisas till HD:s dom d 10 mars 1976 nr DB 11, där straffrättsligt ansvar enligt BrB:s medverkansregler ansågs föreligga för den som på visst sätt biträtt vid olovlig förtäckt vinstutdelning." (NJA 1976 s. 60 åsyftas.)

HD hänvisar i domskälen till Rodhe, Aktiebolagsrätt, 8 uppl. 1976, s. 198f (se numera i 16 uppl. på s. 229), varav framgår att en skyldighet att fylla brist torde kunna åvila en person, som visserligen inte inom bolagets ram har medverkat till den olovliga utbetalningen, men som likväl är inblandad i saken på så sätt, att de olovligen utbetalda medlen från aktieägaren förts vidare till honom. Om denne utomstående person mottagit medlen med vetskap om att de olovligen uttagits ur bolaget, kan han åtminstone under vissa omständigheter bli skyldig att återbetala dem till bolaget. Efter en hänvisning till rättspraxis, varmed torde avses NJA 1966 s. 475, finner Rodhe, att man härvid är utanför tillämpningsområdet för reglerna i ABL om medverkan till olovlig utbetalning. I stället skulle man ha kommit i kontakt med allmänna regler om påföljden av att någon tar emot pengar på olovligt sätt (jfr vinningshäleri i 9:6 BrB).[94]

HD anför vidare:[95]

"Om man bortser från spörsmålet om betydelsen av att den skedda överlåtelsen kan vara ogiltig[96] /.../ synes ej rimligen kunna bli fråga om att ålägga ICA-matmarknad ersättningsansvar på nu anförda grund, sålunda därför att företaget, med insikt om att fråga var om olovlig vinstutdelning, medverkat i verkställandet därav. Det är ostridigt i målet, att fullmakten varit att betrakta som en överlåtelse av fordringen mot ICA-matmarknad, och företaget som fått del av fullmakten har – om allmänna civilrättsliga regler om verkan av överlåtelse av fordran tillämpas – ej kunnat betala till överlåtaren, jfr 29 § skuldebrevslagen, utan har haft att infria sin skuld hos förvärvaren. Här må beträffande frågan om medverkan i brottsligt förfarande av nu ifrågavarande art även hänvisas till prop. 1975:103 s. 575f. En skadestånds-

[93] Samma Lindskog SvJT 1992 s. 102 och JFK 12:5-6.2.1 (s. 112).

[94] Se härom även avsnitt 12.5.2 ovan, där Rodhes uttalande mer utförligt finns refererat. Jfr härvidlag ock Rodhe, Förtäckt vinstutdelning s. 18f.

[95] Referatet s. 623. Se ock till det följande de två justitieråd som var skiljaktiga beträffande motiveringen på s. 625f i referatet.

[96] Min not. Se härom avsnitt 12.5.2 ovan.

skyldighet skulle möjligen kunna komma i fråga vid ett förfarande, som innefattade samverkan i avsikt att tillfoga konkursbolaget skada. Något sådant förfarande har emellertid ej påståtts ligga ICA-matmarknad till last."

I NJA 1976 s. 618 förefaller HD emellertid inte tolka "återbäringsskyldigheten" i NJA 1966 s. 475 som ett uttryck för ogiltighet och att ogiltigheten kan göras gällande mot aktieöverlåtaren (ej aktieägare eller person i organställning), om denne i ond tro tillgodogjort sig vad aktieägaren olovligen uttagit ur bolaget (vilket inte var fallet). I stället synes HD i linje med en av Rodhe företrädd uppfattning[97] ha förstått återbäringsskyldigheten som en följd av allmänna regler om påföljden av att någon tar emot pengar på ett olovligt sätt (jfr vinningshäleri i 9:6 BrB). Den senare förklaringsmodellen är *i och för sig* lika rättvisande som den förra, eftersom utbetalningar till aktieägare i strid mot 73 § 1 mom. 1944 års lag var straffbelagda enligt 214 § p. 3 samma lag (för styrelseledamot och verkställande direktör). Enligt gällande rätt är emellertid det straffrättsliga ansvaret – frånsett att penninglån i strid mot 12:7 ABL samtidigt kan innefatta olovlig öppen eller förtäckt utbetalning[98] – avskaffat och därför måste "återbäringsskyldighet" för den som mottagit egendom från någon (aktieägare eller utomstående) som i sin tur uppburit en olovlig aktiebolagsrättslig utbetalning avseende pengar eller annan egendom grunda sig på rättsärendets ogiltighet. Av vad som nu sagts följer i varje fall att den "återbäringsskyldighet" som omnämns i NJA 1966 s. 475 inte har något att göra med bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL.

Se beträffande NJA 1966 s. 475 ovan i avsnitt 14.2.2 nämnt hovrättsavgörande.

Eftersom ICA-matmarknad i NJA 1976 s. 618 inte självt tillgodogjort sig något (i den meningen att ICA-matmarknad mottagit en prestation från bolaget) genom att i enlighet med fordringsöverlåtelsen betala till Inga G kunde det inte bli fråga om att ålägga ICA-matmarknad "återbäringsskyldighet" i ordets egentliga mening (lika lite som en på ogiltigheten grundad vindikation kunde komma i fråga). Det var följaktligen nödvändigt att pröva ansvaret efter en annan modell. HD valde härvidlag att analy-

[97] Se ovan.

[98] Därtill kommer att en olovlig utbetalning för de medverkande kan leda till ansvar för förskingring eller trolöshet mot huvudman enligt 10:1 BrB eller 10:5 BrB. Om bolaget genom utbetalningen uppsåtligen försätter sig på obestånd eller förvärrar sitt obestånd, kan ansvar för oredlighet mot borgenärer inträda (11:1 BrB). Skulle åtgärden vara särskilt äventyrlig och framkallas eller förvärras därigenom uppsåtligen eller av grov oaktsamhet bolagets obestånd, föreligger vårdslöshet mot borgenärer (11:3 BrB). Se prop. 1975:103 s. 572.

sera huruvida ICA-matmarknad kunde åläggas ersättningsskyldighet på den grund, att företaget, med insikt om att fråga var om olovlig vinstutdelning, *medverkat till verkställandet* av den olovliga och straffbara utbetalningen. ICA-matmarknad befanns inte vara ersättningsskyldig. I målet hade bolagets fordringar mot ICA-matmarknad överlåtits till Inga G. ICA-matmarknad, som underrättats om åtgärden, hade enligt allmänna civilrättsliga regler om överlåtelse av fordran att betala till Inga G (jfr 29 § skuldebrevslagen). ICA-matmarknad kunde följaktligen inte anses ha medverkat till den olovliga vinstutdelningen då bolaget i egenskap av gäldenär inte gjort mer än vad som fordrades för att brottet skulle komma till stånd (concursus necessarius).[99] Som ett obiter dictum anges dock, att skadeståndsskyldighet skulle kunna komma i fråga vid ett förfarande, som innefattar samverkan i avsikt att tillfoga bolaget skada. Härmed avses kollusion.[100] Se härom nedan avsnitt 14.6.5.

Den fråga som återstår att besvara är om domskälen i NJA 1976 s. 618 skall tolkas som att utomstående analogt med 12:5 2 st. ABL kan åläggas ersättningsskyldighet eller att detta är uteslutet. Enligt min uppfattning bör domskälen i målet *inte* tolkas som att HD velat utesluta en analog tillämpning av angivet slag.[101] Att ICA-matmarknad inte kunde åläggas någon ersättningsskyldighet berodde på att bolaget i egenskap av gäldenär, och jämlikt principen om concursus necessarius, inte gjort mer än vad det som gäldenär hade att iaktta enligt allmänna principer och som krävdes för att brottet – den olovliga utbetalningen – skulle komma till stånd.

Att domskälen inte bör tolkas som att HD velat utesluta en analog tillämpning av 12:5 2 st. ABL på utomstående är ändock inte detsamma som att avgörandet kan betraktas som ett *stöd* för att regeln kan tillämpas analogt. Det bör vid tolkningen av NJA 1976 s. 618 hållas i minnet, att olovlig utbetalning av vinstutdelning enligt 214 § p. 3 1944 års lag utgjorde en straffbar handling och att medverkansreglerna i BrB var tillämpliga i vanlig ordning; se NJA 1976 s. 60 beträffande tillämpningen av BrB:s medverkansregler vid olovlig utbetalning av vinstutdelning. Med hänsyn härtill kan det hävdas, att den ersättningsskyldighet som HD inte velat utesluta inte är något annat än en tillämpning av den allmänna bestämmelsen i 2:4 skadeståndslagen om skadeståndsskyldighet för ren

[99] Jfr prop. 1975:103 s. 576.

[100] Att kollusion avses har referenten i målet, framlidne justitierådet Henrik Hessler, muntligen förklarat för mig.

[101] Annorlunda Lindskog JT 1992–93 s. 102 och JFK 12:5-6.2.1 (s. 112) samt jfr SvJT 1992 s. 102.

förmögenhetsskada orsakad genom brott,[102] en situation vid vilket det ju är lämpligt att ta intryck av 12:5 2 st. ABL. Den skadeståndsskyldighet för medverkan till olovlig och straffbar vinstutdelning som var tänkbar enligt 1944 års lag kan inte komma i fråga enligt gällande rätt, om inte den olovliga utbetalning vilken utomstående har medverkat till ingår som en led i ett brott såsom överträdelse av låneförbudet[103] eller reglerna i BrB.[104]

Jag vill mena att NJA 1976 s. 618 bör tolkas på nu nämnt vis. Brist-täckningsregeln i 12:5 2 st. ABL bör inte kunna tillämpas analogt så snart utomstående har medverkat till beslut om eller verkställande av rättsstridig aktiebolagsrättslig utbetalning.[105] För att utomstående vid sidan av kollusionsfallen skall kunna bli ersättningsskyldig för medverkan till en olovlig aktiebolagsrättslig utbetalning torde det få krävas, att den olovliga utbetalningen ingår som ett led i ett brott och att vederbörande har medverkat till utbetalningen som ett led i medverkan till ifrågavarande brottsliga handling.

14.6.5 Kollusion

Av domskälen i NJA 1976 s. 618 är det möjligt att utläsa, att om en utomstående avsiktligen[106] (uppsåtligen) medverkar till en olovlig utbetalning av vinstutdelning eller någon annan typ av olovlig utbetalning och dennes medverkan kan sägas ingå som ett led i ett förfarande som syftar till att tillfoga bolaget skada, denne utomstående kan åläggas skadeståndsskyldighet; s.k. kollusion.[107] Kollusion är att betrakta som en all-

[102] Det kan möjligen ifrågasättas om inte en olovlig aktiebolagsrättslig utbetalning bör betraktas som sakskada och inte ren förmögenhetsskada. I sådant fall är det tänkbart att åtminstone den allmänna culparegeln är tillämplig. Se härom Agell, Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom s. 197ff, särskilt s. 211ff. Jfr därtill nedan avsnitt 14.6.6 beträffande principen om allmänt culpaansvar vid obehörigt förfogande över annans egendom.

[103] Jfr NJA 1976 s. 618 på s. 624.

[104] Jfr Kleineman, JT 1994–95 s. 443 och se not 98 ovan.

[105] Samma Lindskog JT 1992–93 s. 102 och JFK 12:5-6.2.1 (s. 112) samt jfr SvJT 1992 s. 102. Jfr ock Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 229. Se däremot Grosskopf, Vinstbolag s. 49 och Skattenytt 1993 s. 112; Löfgren, Personligt ansvar s. 75, Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén, s. 21f ävensom Posselius, Ett par bolagsrättsliga prejudikat s. 23 och Personligt betalningsansvar i aktiebolag s. 101.

[106] Lindskog begagnar sig av termen "illasinnas avsikt", varmed avses att den utomstående handlar chikanöst. Se SvJT 1992 s. 100 och s. 103.

[107] Se not 100.

män rättsgrundsats.[108] Vad nu sagts gäller möjligen också beträffande sådana fall där utomstående har handlat i vetskap om att bolagets ställföreträdare har missbrukat sin ställning ("missbruk av ställföreträdarrätten"; s.k. Mißbrauch der Vertretungsmacht").[109]

Rättsgrundsatsen kollusion torde här få förstås som att skadeståndsskyldighet för utomstående kan uppkomma på den grund att denne i samverkan med person i organställning, (annan) ställföreträdare eller aktieägare avsiktligen (uppsåtligen) avhänt bolaget ett förmögenhetsvärde vederlagsfritt i strid mot ABL. Att utomstående vid *uppsåtlig* medverkan till olovlig utbetalning av vinstutdelning och andra olovliga utbetalningar kan bli skadeståndsskyldig, bör förstås som ett på en allmän princip grundat *komplement* till bristtäckningsregeln i 12:5 2 st. ABL. Enligt min mening bör därför *skaderekvisitet* anses uppfyllt så snart bolaget direkt eller indirekt företagit en aktiebolagsrättslig utbetalning – (vederlagsfri) förmögenhetsminskning – i strid mot ABL.[110]

14.6.6 Allmänt culpaansvar vid obehörigt förfogande över bolagets egendom?

En fråga av betydande principiellt intresse, och vilken har diskuterats i doktrinen, är om det existerar en allmän princip om culpaansvar vid obehörigt förfogande över annans egendom.[111] Rättsläget synes oklart.[112] Vad angår sådana otillåtna förfoganden över bolagets egendom som är aktuella i förevarande arbete, och där *inte* någon av de ovan angivna grunderna för ersättningsskyldighet kan komma i fråga, synes det dock inte föreligga tillräckliga skäl för att tillämpa en dylik princip. Inte ens det i (bl.a.) 12:2 ABL åsyftade tredjemansskyddet kan anses ha ett sådant skyddsvärde, att vem som helst som i något avseende befattar sig med vad som olovligen utbetalats bör riskera skadeståndsskyldighet. För övrigt motsäger redan NJA 1976 s. 618 ett påstående om att en sådan princip skulle kunna tillämpas vid utbetalningar i strid mot (bl.a.) 12:2 ABL (se ovan avsnitt 14.6.4).

[108] Jfr om kollusion i annan fråga SOU 1941:9 s. 560 och SWN s. 385; båda med vidare hänvisning till Nial, Om klanderbara stämmobeslut s. 99. Jfr ock SOU 1992:83 s. 225f med hänvisning till tysk rättspraxis och Gomard III s. 197f men något annorlunda i prop. 1993/94:196 s. 127 (jämfört med s. 124).

[109] Jfr SOU 1992:83 s. 225f och prop. 1993/94:196 s. 124 men se s. 127. Jfr ock Gomard III s. 197f.

[110] Jfr NJA 1976 s. 618 på s. 623.

[111] Se härom särskilt Agell, Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom s. 209ff. Se ock not 102 ovan.

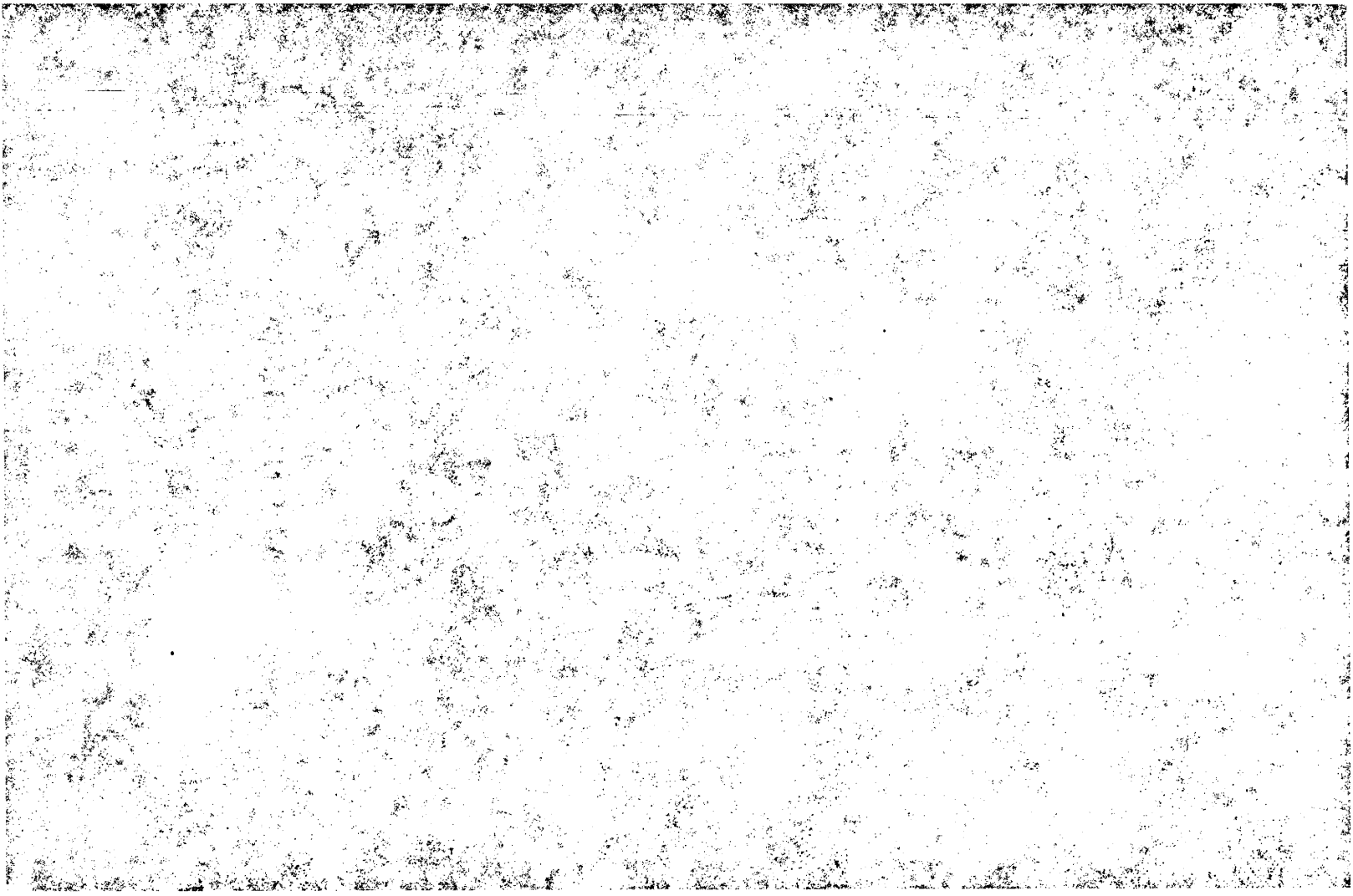
[112] Se föregående not.

14.6.7 Kontraktuellt skadeståndsansvar

Skadeståndsskyldighet för utomstående torde vid sidan av vad som angivits ovan i vissa fall möjligen kunna grundas på de principer som gäller beträffande inomobligatoriskt skadeståndsansvar. Jag har inte ansett det möjligt att i detta sammanhang närmare gå in på dessa principer och hur de skall tillämpas vid otillåtna utbetalningar.

> Som exempel må nämnas en konsult som har åtagit sig ett uppdrag gentemot bolaget som bl.a. innebär att vederbörande i ett eller annat avseende medverkar till en olovlig utbetalning.

AVDELNING IV



Summary

About distribution of profits from Companies
A study of Corporate protective rules

Chapter 1 Introduction

The purpose of a limited company's business venture is normally to generate a profit for its shareholders. The generated profit of the company's business reaches the shareholder through distribution of profits. The purpose of this thesis is to analyze the statutory regulation of distribution of profits from a company to its shareholders. Distribution of profits is primarily regulated in Chapter 12 of The Swedish Companies Act of 1975 (SFS 1975:1385, henceforth "The Swedish Companies Act")[1]

The Act consists mainly of two categories of norms, each with its own primary objective; 1) norms in the interest of third parties, for example the company's creditors, 2) norms in the interest of shareholders, for example minority protection rules. Chapter 12 of The Swedish Companies Act has been drafted in accordance with these objectives.

The Swedish Companies Act regulates to what extent, and under what circumstances the assets of a company can be disbursed through distribution of profits. One of the broader issues, which this thesis attempts to address, is to identify those rules in The Swedish Companies Act which deal with distribution of profits and what these rules entail.

The rules on distribution of profits do not hinder ordinary business dealings between a company and its shareholders. A company can disburse of its assets without activating protective rules for third parties or minority shareholders. Only if shareholders disburse company assets without consideration to the company, will the transactions fall within the framework of rules regarding distribution of profits. An underlying purpose of this thesis is to determine under what conditions legal transactions between a company and its shareholders fall within the scope of

[1] All references to The Swedish Companies Act will follow these conventions: Chapter is mentioned first, thereafter paragraph number and finally sections or sentences within a paragraph. Thus Chapter 12 paragraph 5, 1st section would be referred to as 12:5, section 1.

rules regarding distribution of profits or other rules regarding distribution of assets. The terminology used to describe such transactions is distribution (Compare 12:1, section 1 of The Swedish Companies Act).

If distribution of profits or other types of distributions are made contrary to the rules of The Swedish Companies Act, the question arises as to what remedies are available for the protection of shareholders and/or third parties. Another underlying purpose of this thesis is to try to determine what these remedies are and what they entail.

The method used in this thesis is the teleological method. The purposes and objectives of The Swedish Companies Act have been evaluated in a relatively independent manner. The method makes certain assumptions regarding the legal system and its function in society. My opinion is that the legal system influences, and is in turn itself influenced by, society and its values. For each statute it is possible to assume that it was created to fulfill one or more functions in society. I am of the opinion that these general functions – as far as possible – should be realized in the practical application of any given statute. However, it is generally very difficult to directly find the solution to a specific legal issue merely by studying the general functions of a statute. It is therefore necessary to work with underlying purposes that correspond to the general functions of a given statute.

The general functions of The Swedish Companies Act are determined, as previously mentioned, in an independent manner. I consider those economical factors which seems to be a company's main contribution to society, as the general functions of The Swedish Companies Act and to which it strives to fulfill. As far as the underlying purposes are concerned much can be learned from legal doctrine and other legal sources. Typically the rules in The Swedish Companies Act are divided into rules protecting the interest of third parties, and into rules protecting the interest of shareholders. This thesis is based on that distinction. A third purpose is that of protecting persons who concludes business transactions with the company.

Section I The limits of distribution of profits

Chapter 2 Swedish Company Law and distribution of profits – a short summary in a historical, present and future perspective

This chapter is a brief description of the legal regulation of limited companies, particularly with regard to distribution of profits, seen from a historical, present and future perspective. Its aim, together with chapter 3, is to place the Swedish rules on distribution of profits in a systematic and

functional context vis-à-vis similar foreign rules. It will also give the reader an opportunity to view these rules in a broader perspective.

Chapter 3 A review of certain foreign legal systems and their company law, particularly regarding distribution of profits, and a preliminary evaluation of these rules together with the Swedish rules

As indicated by the heading, this chapter contains brief summaries of the company law in a few foreign legal systems, with particular emphasis on the regulation of distributions of profits. The countries reviewed are Germany, Denmark, England, Norway and the Unites States. Furthermore, a review of the EEC Company Directives is also made, particularly the so called Second Company Directive.

The later parts of the chapter consists of an evaluation of the material. In order to evaluate the different regulations of distribution of profits which exists in the reviewed countries, I have utilized three different methods which are common in the legal doctrine in the United States. These are the insolvency test, the balance sheet surplus test and the earned surplus test. Insolvency test means that distribution of profits cannot be made if the company is, or after the distribution becomes, insolvent in the equity sense or insolvent in the bankruptcy sense. The balance sheet surplus test means that distribution of profits may not reduce the sharecapital, i.e. after distribution the company's assets must correspond to the company's liabilities and sharecapital. Finally earned surplus method is defined as distribution of profits can only be made if the company has either annual profits or accumulated profits.

My research shows a distinct difference between the European legal systems and those in the United States. In the researched European countries the balance sheet test is indirectly implemented and the earned surplus test directly implemented. It follows from the Second Company Directive, and the legislation in the respective countries, that dividends can only be paid out of surplus derived from corporate earnings. This is the opposite to the balance sheet test where the final limit is the share capital. The legal situation in Germany can with regard to Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung 1892 (GmbHG) paragraph 30 be construed as upholding a balance sheet test.

Regarding the relationship between the legal regulation in the respective countries, it can be noted that the German Companies Act 1965 is very strict. Paragraphs 57 and 58 of the German Companies Act in principle forbids all distribution of assets which are not made in accordance with given rules of distribution. The legal remedies are an obligation of repayment and in all probability the transactions will be deemed unlaw-

ful. The English Companies Act of 1985 (CA 1985) appears to be as strict as the German Companies Act. As far as the other countries are concerned, it appears as if Sweden is one of the most liberal countries due to the fact that, if all shareholders agree, they can disregard rules wich are construed to protect their interest.

The legal development in the United States is amply illustrated by the Revised Model Business Corporation Act 1984 (RMCBA 1984), which has influenced several state Codes. The distribution rules in RMBCA 1984 are based on the insolvency test in both the equity and bankruptcy sense. The chosen solution was based on the opinion that rules, regarding distribution of profits, which are based on the legal capital and its protection and other similar rules do not provide the company's creditors with a meaningful protection

Chapter 4 The legal system, the Swedish Companies Act and deliberations concerning its purposes

In chapter 4 I attempt to determine the general functions and the underlying purposes of The Swedish Companies Act and in what way they are fulfilled. In my opinion The Swedish Companies Act has three general functions, these are 1) to enhance the company's capacity to attract venture capital, 2) to promote business ventures in general and, 3) to promote the sale of goods and services. The Swedish Companies Act also has three underlying purposes which correspond to its general functions. These are 1) to protect persons who conclude business transactions with the company, 2) to protect third parties and 3) to protect shareholders. By third parties I mean the company's creditors, employees and the community.

On the basis of chapter 3, a number of objections to the rules in The Swedish Companies Act which are supposed to protect third parties are put forward. The protection provided can be questioned de facto and is sometimes misleading. The critical question is whether or not the rules concerning distribution of profits, which are based on a legal share capital system, provide enough protection for creditors and other third parties to justify their existence. It is not possible to give a definitive answer to the question. However it does seem as if at least developments in the United States are more well thought out than their European counterparts. Furthermore, I make a few suggestions, in brief, on a statutory reform.

Chapter 5 The limits of distribution of profits

Chapter 5 contains a closer analysis of the limits of distribution of profits from limited companies according to Swedish law. The analysis is based on the so called "prohibiting distribution rule" ("utbetalningsförbudet")

in the The Swedish Companies Act (12:1, section 1). However, this rule is not actually a rule that prohibits distributions in the real sense of the word. It simply states that distribution to shareholders shall be made in accordance with the rules in The Swedish Companies Act. Whether or not a distribution is allowed must be determined in the light of whether or not the rule can be disregarded with the consent of all shareholders i.e. whether or not the rule in question is a conditional compulsory rule or a compulsory rule.

The following parts of the chapter contains an analysis of the borderline between distribution of profits (dividends), distributions in connection with reduction of the share capital or the statutory reserve, and distributions in connection with liquidation (winding-up) of the company. Thereafter follows an analysis of what earned surplus is according to 12:2 of the Act, and what is distributable according to the so called rule of prudence ("försiktighetsregeln") in 12:2, section 2 of the Act. The analysis indicates that the rule of prudence perhaps is of more importance for the protection of creditors and other third parties than the earned surplus test. In contrast to the other analyzed countries, it would appear that the earned surplus test in 12:2 of the Act is generally applicable on distributions to non-shareholders, and that the so called rule of prudence in 12:2 of the Act also can be applied to such distributions. I end the chapter with an analysis of the rules concerning the separate functions of the corporate organs, and the implications of those rules when it comes to distribution of profits. Finally, I also investigate how to, when deciding and implementing distribution of profits, implement the principle of equality in 3:1 of the Act, the general clause in 8:13 and 9:16 of the Act and, also the rule of exclusion in 12:3 of the Act.

Section II About distributions

Chapter 6 About distributions in foreign legal systems

In the second section I try to determine under what circumstances legal transactions between a company and its shareholders (or third parties) will fall under the rules of distribution of profits and other rules regarding distribution of assets. Any legal transaction that falls within the reach of the distribution rules of The Swedish Companies Act is considered a distribution. Chapter 6 contains a description of the present legal status within the field according to the Second Company Directive and according to applicable law in the described member states. Article 15 section 1 (d) of the Second Company Directive, as well as different Company Laws in the described member states, indicate that money as well as tan-

gible assets can be the object of distribution. The assumption seems to be that when distribution is made to shareholders, it lacks significance in what manner and with what type of assets it is made. The rules regarding distribution are applicable on all forms of transfers. Even services rendered without consideration may be deemed as a distribution. A closer look at the different jurisdictions involved indicate that the legal development in Germany, in this context, is well beyond other countries.

At present there is a legal debate in Swedish doctrine concerning the so called net-method and the so called gross-method ("nettometoden" and "bruttometoden"). The issue has been which value – book-value (net-method) or the market value (gross-method) – is to be compared with distributable profits according to 12:2 of the Swedish Companies Act. The investigated jurisdictions show that the gross-method is the prevailing method, although the net-method is used in paragraph 276 CA 1985 and, with limited applicability, in paragraph 30 of the GmbHG. The Second Company Directive gives no concrete rule on the subject. However, considering the general purpose of the directive, the gross-method seems to be the correct one.

Regarding the borderline between ordinary business agreements and so called disguised distributions, Germany is the country that has dealt most extensively with this problem. The dominant position is that the question whether a distribution is at hand shall be decided according to a strict objective test, where the issue is whether or not the value of the company's consideration is greater than the value of the shareholders consideration. One cannot exclude that certain subjective factors will be taken into consideration.

Finally my study shows that the rules concerning distribution does not encompass "distribution" to non-shareholders other than as an exemption to the principle.

Chapter 7 About distribution

In chapter 7 the thesis focuses on determining what is applicable law in Sweden today as far as distributions to shareholders is concerned. The chapter deals exclusively with open distributions as opposed to disguised distributions. With the use of doctrine and case law it is possible to determine that it lacks significance whether or not the shareholder receives money or other assets from the company.

In my opinion, the applicable scope of the concept of distribution should be determined with regard to whether the concept is used in relation to rules that are stipulated in the interest of third parties or the shareholders. Distribution can thusly be defined differently in various parts of

The Swedish Companies Act. This will mean that distribution is defined in accordance with the relevant underlying purposes of The Swedish Companies Act.

The above mentioned debate on the netmethod and the grossmethod are dealt with in this chapter. Distribution is coupled with 12:2 of The Swedish Companies Act, which mainly deals with the protection of the company's debtors. With respect to grammatical and systematical aspects of the Swedish Companies Act as well as its underlying purposes I argue for the use of the gross-method. At present the legal position is uncertain as fas as the concept distribution is concerned and its applicability on transactions where the shareholders has the right to use company's assets without consideration, and transactions where the shareholders benefit from services rendered by the company. The chapter ends with the concept distribution and its application when applying rules stipulated in shareholders interest and finally with an analysis of the concept gift in 12:6 of the Act.

Chapter 8 Disguised distributions and some general comments

Chapters 8 and 9 deal with the distinction between common business agreements and distributions. Chapter 8 deals with the problem from a general perspective and the chapter aims at trying to determine a suitable theoretical model for making such distinctions. Applicable law is unclear on this point with many diverging opinions in legal doctrine. Case law gives no clear answers, although there is some precedent that a strictly objective test should be used. If one looks to the purpose of applicable law the answer seems to be that transactions, between a company and its shareholders, initially should be analyzed from a strictly objective viewpoint. When the consideration given by the shareholder does not equal that of the company then a disguised distribution would be deemed to have taken place. The need for protection of persons who conclude business transactions with the company is not relevant since the parties are not "at arm's length". A strictly objective test should however, in a second phase – assuming that the value of the shareholders consideration does not equal the value of the consideration given by the company – be supplemented by an analysis as to what purpose or what purposes the transaction in question has. Thus, a disguised distribution is a legal transaction where 1) the value of the consideration given by the shareholder is less than that given by the company, and 2) the transaction, as such, has no or only a limited, commercial purpose. This model should also be applied to transactions between the company and relatives to shareholders and also to transactions between companies in groups of companies.

Chapter 9 Disguised distributions – a few typical cases

Chapter 9 continues to deal with the problem of when to deem a transaction as a disguised distribution. In the chapter a few typical cases of disguised distribution are discussed. One such typical case is the sale of company assets to a shareholder below market value. If there typically is a functional market value for such an item, and it can be applied to the particular item, then I am of the opinion that the sold asset should be deemed to have that value when considering if the transaction is a disguised distribution. Possibly the value of the asset can be considered as somewhat lower when applying rules stipulated in the interest of third parties (asset reduction for the company), than with rules stipulated in the interest of shareholders (asset increase for a shareholder). A typical situation when this distinction could be made is if the company in its ordinary line of business sells such assets to wholesale retailers. Rules stipulated in the interest of third parties can in my opinion – and in contrast to rules stipulated in the interest of shareholders – never require that the assets should be valued at more than they are normally sold for. When it comes to assets that can only be given an approximate value (for instance 100.000–130.000 SEK), the company assets should, in my opinion, always be given the lowest value. The legal opinions I have given here are at present uncertain.

Another example of a disguised distribution is loans from a company to a shareholder. Case law indicates that such loans should always be considered as a disguised distribution if the shareholder lacks the economic means to repay the loan (in particular NJA 1951 s. 6 I and II, but also NJA 1990 s. 343).

Chapter 10 Open and disguised "distributions" to third parties

Legal transactions with non-shareholders without due consideration for the company are considered as a "distribution" when implementing 12:2 of The Swedish Companies Act. A "distribution" can be made in cash or otherwise. In my opinion the gross-method should be used.

When it comes to drawing the distinction between disguised "distributions" and ordinary business transactions, the solution differs when dealing with non-shareholders as opposed to shareholders. Even though rules stipulated in the interest of third parties, and rules stipulated in the interest of shareholders, indicate that a strictly objective test should be applied, it can be argued that there are good reasons for protecting persons at arm's length who conclude business transactions with the company. When choosing a relevant test one must bear in mind 4:6 of The Swedish Bankruptcy Act. This rule can be said to express the legislators

view on balancing the creditors rights on the one hand, and the interest of persons at arm's length with the company on the other. I am of the opinion that this balance should be reflected when implementing The Swedish Companies Act. The question whether or not a legal transaction constitutes a disguised distribution should in my opinion – when the transaction is concluded with a person at arms length – principally be judged by whether or not the value of the consideration received by the company is obviously less than the value of the consideration given by the company. In this situation one should also, when it is obvious that the given consideration is unequal, take into account if the transaction has a commercial purpose. If it is shown that the transaction taken as a whole, or in part, lacks a commercial purpose, then a disguised distribution is at hand. The legal position is at present uncertain even if there is some support for a similar principle in legal literature.

Section III Legal consequences of illegal distributions of profits and other illegal distributions

Chapter 11 Legal consequences of illegal distributions of profits (payment of dividends) and other illegal distributions

The available sanctions when dealing with unlawful distributions of profits and other forms of illegal distributions varies somewhat between the researched countries. A general principle seems to be that the recipient must return what he has received. This liability to repay is in many of the countries a result of the original distributions invalidity.

An example of the relationship between invalidity and repayment is applicable law in Germany. According to paragraph 62 section 1, 1st sentence of The German Companies Act 1965, liability to repay what has been received arises for a shareholder who has received a distribution in contradiction to The German Companies Act 1965. Furthermore distributions made contrary to paragraph 57 and paragraph 58 subsection 5 of The German Companies Act 1965 are deemed invalid according to paragraph 134 of The Civil Code 1896 (BGB). The liability to return what has been received, as well as the invalidity, in principle means that the shareholder must return exactly that which has been received.

Paragraph 277 CA 1985 England stipulates that the value of what has been received shall be replaced if the distribution was made with a non-cash asset. This solution, which can be applied generally, is of principal interest. Article 16 in the Second Company Directive, which stipulates that any distribution made contrary to Article 15 of the Directive must be

returned by shareholders, should be interpreted in such a way that the member states are free to decide how the liability to return what has been received shall be enforced.

In principle all researched countries uphold protection for shareholders who have received illegal dividends in good faith. The Second Company Directive stipulates in Article 16 a similar protection for distributions received in good faith. The rule is constructed in such a way that liability to return what has been received arises when a distribution is received in bad faith. Any distribution made contrary to Article 15 must be returned by shareholders who have received it, if the company proves that these shareholders knew of the irregularity of the distributions made to them, or could not in view of the circumstances have been unaware of it. This article has given rise to some difficulties when implementing it in Sweden. Interpreted together with Article 9 of the First Company Directive in mind, the rule of bad faith could be construed to imply intent or gross negligence. In Germany, Denmark and possibly England, the rule is implemented as a negligent bad faith rule. The liability to return what has been received accrues if the recipient realized or should have realized that the payment was unlawful. In my opinion Article 16 should be interpreted in the same manner (also 12:5, section 1 sentence 2).

In Sweden as well as Denmark and Norway the officers of the board can become liable for unlawful distributions. Similar rules can be found in the other countries.

Chapter 12 Concerning invalidity and liability to return illegal distributions of profits (payment of dividends) and other illegal distributions

In Swedish law liability to return an illegal distribution is stipulated in 12:5, section 1 sentence 1, of The Swedish Companies Act. This liability arises if a distribution has been made contrary to The Swedish Companies Act, and irregardless of if the rule circumvented was stipulated in the interest of creditors or shareholders or was a rule concerning the functions of the company organs. The liability to return what has been received – in The Swedish Companies Act expressed as the "payee shall repay the amount received" – implies that the transaction, as such, is invalid. This would mean that exactly what has been received must be returned. Furthermore, this would mean that the company can claim the property distributed from anyone who in bad faith has acquired it from the shareholder. It also means that the company has a priority claim on the distributed assets in the shareholders bankruptcy. In my opinion it could, however, be argued that this liability only means that the share-

holder should return the value of what he has received if the distribution was contrary to 12:2 of The Swedish Companies Act.

Chapter 13 Liability to return illegal distributions of profits and good faith

The rule of good faith found in 12:5, section 1 sentence 2, of The Swedish Companies Act shall, literally interpreted, only be applied on illegal distributions in the form of payment of dividends. A question of considerable importance is whether or not the good faith rule shall be applied on constructive distributions. I am of the opinion that this should not be the case. Case law indicates, however, that the good faith rule shall probably be applied generally – although such a solution has never been discussed openly by the courts. The good faith rule should probably be applied on "open" and "disguised" distributions to non-shareholders. The company has the burden of proof that the shareholder received the distribution in bad faith.

Chapter 14 Liability according to 12:5, section 2, of The Swedish Companies Act and liability for non-corporate persons who take part in realizing an illegal distribution

Directors, managing directors and shareholders are amongst those who can be liable to reimburse unlawful distributions, if the recipient does not return what he has received, or does not have to because of good faith. This liability can not, by analogy, be applied on non-corporate persons. A non-corporate person can however be liable when the liability can be based on general principles.

Källförteckning

I Offentligt tryck – kommittébetänkanden, propositioner m.m.

A. Sverige

Aktiebolagskommitténs betänkande den 5 februari 1908 etc. – se Förslag till lag om aktiebolag etc.

Bankkomiténs betänkande I. Bankkomiténs underdåniga förslag till förändrad organisation af bankanstalterna, afgifvet den 14 december 1883, Stockholm 1883. (Cit. 1883 års förslag till förändrad organisation av bankanstalterna.)

Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m.m., afgifna af den dertill i nåder utsedda komité, Stockholm 1890. (Cit. 1890 års förslag.)

Förslag till lag om aktiebolag äfvensom till andra därmed sammanhängande författningar, afgifna af därtill utsedde kommitterade, Stockholm 1908. (Cit. 1908 års förslag.)

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, Stockholm 1914. (Cit. Förslag till avtalslagen.)

SOU 1935:14. Lagberedningens förslag till lag om skuldebrev m.m. Stockholm 1935.

SOU 1941:8–9. Lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m.m. I. Lagtext. II. Motiv. Stockholm 1941.

SOU 1942:2 Betänkande med förslag till särskilda bestämmelser om begränsning av vinstutdelning från aktiebolag. Stockholm 1942.

SOU 1942:47. Lagrådets utlåtande över lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m.m. Stockholm 1942.

SOU 1947:84. Betänkande med förslag om utdelningsstopp och spärrkonto-avsättning för aktiebolagen.

SOU 1965:14. Godtrosförvärv av lösöre. Betänkande avgivet av särskild utredningsman. Stockholm 1965.

SOU 1971:15. Förslag till aktiebolagslag m.m. Betänkande avgivet av aktiebolagsutredningen. Stockholm 1971.

SOU 1988:38. Ägande och inflytande i svenskt näringsliv.
Bilaga I. Ömsesidigt aktieägande och aktiebolagslagens regler om förvärv och innehav av egna aktier.
SOU 1992:83. Aktiebolagslagen och EG. En anpassning av den svenska lagen till EG:s bolagsdirektiv 1,2,3 och 12. Delbetänkande av Aktiebolagskommittén.
SOU 1993:69. Revisorerna och EG. Slutbetänkande av Revisorsutredningen.
SOU 1994:17 Års- och koncernredovisning enligt EG-direktiv. Del I och del II. Delbetänkande av Redovisningskommittén.

Europagemenskap och rättsvetenskap. Utredning utförd av de juridiska fakulteterna på uppdrag av regeringen, juni 1992, Iustus Förlag, Uppsala 1992. (Cit. Europagemenskap och rättsvetenskap.)

Prop 1910:54. Kungl. Maj:ts nådiga proposition till riksdagen med förslag till lag om aktiebolag och till lag om vissa ändringar i lagen om handelsbolag och enkla bolag den 28 juni 1895; gifven Stockholms slott den 28 januari 1910.
Prop 1944:5. Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om aktiebolag m.m.; given Stockholms slott den 22 december 1943.
Prop 1948:181. Kungl. Maj:ts med förslag till lag med särskilda bestämmelser om dispositionen av aktiebolags vinstmedel, m.m.
Prop 1973:93. Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om konvertibla skuldebrev m.m.; given Stockholms slott den 16 mars 1973.
Prop 1975:103. Aktiebolagslag m.m.
Prop 1975:104. Regeringens proposition med förslag till ny bokföringslag m.m.
Prop 1985/86:123. Om godtrosförvärv av lösöre.
Prop 1993/94:196. Ändringar i aktiebolagslagen (1975:1385) m.m.

B. Norge

Innstilling om lov om aksjeselskaper, Avgitt i mars 1970 av lagmann Hans Fredrik Marthinussen på grunnlag av oppdrag gitt ved Kongelige resolusjoner 26. januar 1962 og 22. februar 1963. (Cit. Innstilling.)

NOU 1992:29. Lov om aksjeselskaper.

Ot.prp. 1974–75 nr 19, Om lov om aksjeselskaper.
Ot.prp. 1993–94 nr 36, Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven).

II Litteratur

Adlercreutz, A, Avtalsrätt I, 9 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund 1990. (Cit. Adlercreutz, Avtalsrätt I.)

Agell, A, Rätten till spelinsatser, som lämnats till arrangör av pokerspel, JT 1989–90 s. 627ff. (Cit. Agell, JT 1989–90.)

– Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom, i de lege, Juridiska fakulteten i Uppsala, årsbok, årgång 3, 1993, s. 197ff (tidigare publicerat i Festskrift till Jan Hellner, 1984, men 1993 försedd med en efterskrift). (Cit. Agell, Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom.)

Aktiengesetz, Grosskommentar, Erster Band, §§ 1–144, Barz, C H, Fischer, R, Klug, U, Mellerowicz, K, Meyer-Landrut, J, Schilling, W, Schmidt, W, 2 uppl., Walter de Gruyter & Co, Berlin 1961. (Cit. *författare* i Grosskomm, 2 uppl. 1961.)

Aktiengesetz, Großkommentar, Erster Band, 1, §§ 1–75, Barz, C H, Brönner, H, Klug, U, Mellerowicz, K, Mayer-Landrut, J, Schilling, W, Wiedemann, H, Würdinger, H, 3 uppl., Walter de Gruyter, Berlin och New York 1973. (Cit. *författare* i Großkomm.)

Aktiengesetz, Kommentar von Geßler, E, Hefermehl, W, Eckardt, U, Kropff, B, Bungeroth, E, Fuhrmann, H, Hüffer, U, Semler, J, Verlag Franz Vahlen GmbH, München 1973–. (Cit. *författare* i AktG.)

– Band I, §§ 1–75, 1973, 1983 och 1984.
– Band II, §§ 76–147, 1973 och 1974.
– Band III §§ 148–178, 1973.

Almén, T, Eklund, R, Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, 9 uppl., Norstedts, Stockholm 1968. (Cit. Almén–Eklund.)

Almquist, J E, Svensk juridisk litteraturhistoria. I undervisningssyfte sammanställd, Stockholm 1946. (Cit. Almquist, Svensk juridisk litteraturhistoria.)

Andenæs, M H, Aksjeselskapsrett, 2 uppl., Oslo 1992. (Cit. Andenæs.)

Andersen, E L, Gavebegrebet. Gavereglerne og deres anvendelsesområde, G E C Gad, København 1988. (Cit. Andersen, Gavebegrebet.)

Andersen, P K, Aktie- og anpartsselskabsret, 3 uppl., Munksgaard, 1991. (Cit. Andersen.)

Andersen, L L, Madsen, P B, Nørgaard, J, Aftaler og mellemmænd, 2 uppl., G.E.C Gad, København 1991. (Cit. Andersen–Madsen–Nørgaard, Aftaler og mellemmænd, 1991.)

Andersson, J, Om verkliga värden och den aktiebolagsrättsliga världen, SvJT 1993 s. 566ff. (Cit. Andersson, SvJT 1993.)

– PM avseende vissa principiella frågor rörande vinstutdelning från aktiebolag, opublicerat underlag till ett seminarium avhållet 1992-05-19 vid Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet.

– Yttrande i anledning aktiebolagskommitténs förslag till ändrad lydelse av godtrosskyddet i 12 kap. 5 §, aktiebolagslagen (SOU 1992:83), opublicerat yttrande avgivet till justitiedepartementet (dnr 92-3748).
A Report of Committee on Corporate Laws, Changes in the Model Business Corporation Act – Amendments to Financial Provisions, 34 Business Lawyer 1867 (1979).
Arvidsson, R, Dolda vinstöverföringar. En skatterättslig studie av internprissättningen i multinationella koncerner, Juristförlaget, Stockholm 1990. (Cit. Arvidsson, Dolda vinstöverföringar.)
Ballantine, H W, Ballantine on Corporations, Revised edition, Callaghan and Company, Chicago 1946. (Cit. Ballantine.)
Ballerstedt, K, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften. Eine gesellschaftsrechtliche Betrachtung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1949. (Cit. Ballerstedt.)
Baumbach-Hueck – se GmbH-Gesetz.
Benckert, K, Om exstinktiva förvärv av lös egendom i god tro enligt H.B. 11:4 och 12:4, Del I Historik och Del II Gällande rätt, P.A. Norstedt & Söner, Stockholm 1925. (Cit. Benckert Del I eller Del II.)
Bengtsson, B, Om gåvobegreppet i civilrätten, SvJT 1962 s. 689ff. (Cit. Bengtsson, SvJT 1962.)
– Särskilda avtalstyper I. Gåva, hyra av lös sak, lån, förvaring, entreprenad, avtal om arbete på lös sak, sysslomannaavtal och andra uppdrag, 2 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1983. (Cit. Bengtsson, Särskilda avtalstyper.)
Bergendal, R, Aktiebolagets författning och dess yttre rättsförhållanden enligt svensk rätt, AB Gleerupska universitets-bokhandeln, Lund 1922. (Cit. Bergendal.)
Berglund, H, Aktiebolagslagen § 55, första stycket, Ekonomiskt forum 1941 s. 3ff. (Cit. Berglund, Ekonomiskt forum 1941.)
Bergström, C, Högfeldt, P, Samuelsson P, Om kravet på likabehandling av aktieägare, TfR 1994 s. 117ff. (Cit. Bergström, Högfeldt och Samuelsson, TfR 1994.)
Birds, J, When Charity begins at boardroom tables, [1980] Co Law 141. (Cit. Birds i [1980] Co Law].)
Birke, G, Kan utdelning å aktier beslutas å annan än ordinarie bolagsstämma eller fortsatt stämma?, SvJT 1956 s. 652ff. (Cit. Birke, SvJT 1956.)
Bjurling, E, Anmälan av Knut Rodhe. Förtäckt vinstutdelning och lån från aktiebolag. Ny lagstiftning år 1973, Stockholm 1973, SvJT 1974 s. 138ff. (Cit. Bjurling, SvJT 1974.)
Blomberg, G, Bruttometoden vid utdelning av sakvärden, Advokaten 1994:3 s. 126f. (Cit. Blomberg, Advokaten 1994:3.)
– Nettometoden och koncernbidragen, JT 1993–94 s. 868ff. (Cit. Blomberg, JT 1993–94.)
– Olovlig utdelning – hovrätten använde bruttometoden?, Balans 1994:2 s. 32f. (Cit. Blomberg, Balans 1994:2.)

– Olovlig utdelning vanligare än man tror?, Balans 1992:8–9 s. 18ff. (Blomberg, Balans 1992:8–9.)
– Olovlig vinstutdelning – en hovrättsdom, Advokaten 1994:2 s. 55f. (Cit. Blomberg, Advokaten 1994:2.)
Bomgren, G, Fondskatteförordningen och aktiebolagslagen, SvJT 1955 s. 62ff. (Cit. Bomgren, SvJT 1955.)
Bommert, R, Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn och München 1989. (Cit. Bommert.)
Boström, L-G, Syftet med utdelningstaket i ABL 12:2, Balans 1994:3 s. 37ff. (Cit. Boström, Balans 1994:3.)
– Replik och slutreplik om utdelningstaket i ABL 12:2, Balans 1994:6–7 s. 48ff. (Cit. Boström, Balans 1994:6–7.)
Bramsjö, S, Anmälan av Danielsson, Erik, Aktiekapitalet. Studier över aktiebolagets kapitalkonstruktion enligt svensk rätt, SvJT 1953 s. 241ff. (Cit. Bramsjö, SvJT 1953.)
– Om avtals återgång. En studie över innehållet i återgångspåföljden, C.W.K. Gleerup, Lund 1950. (Cit. Bramsjö, Om avtals återgång.)
Brodmann, E, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 2 uppl., Walter de Gruyter & Co, Berlin och Leipzig 1930. (Cit. Brodmann.)
Buckley on the Companies Acts, by Lord Wrenbury, 13th ed by Lindon J B, Parker, G B, Williams, H H, Butterworth & Co, London 1957. (Cit. Buckley on the Companies Acts, 13 uppl. 1957.)
Buckley on the Companies Acts, by Lord Wrenbury, 14th ed by Parker, G B, Buckley, M, Walton, Sir R, Butterworths, London 1981. (Cit. Buckley on the Companies Acts, 14 uppl. 1981.)
Bökmark, J och Svensson, B, Aktiebolagslagen. Lagkommentar, 12 uppl., Tholin & Larsson, Göteborg 1994. (Cit. Bökmark–Svensson.)
Canaris, C-W, Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte, i Festschrift für Robert Fischer s. 31ff, Walter de Gruyter, Berlin och New York 1979. (Cit. Canaris i Festschrift für Fischer.)
Cederberg, L, Anmeldelse av Nial, Håkan, Om klanderbara och ogiltiga stämmobeslut. Några paralleller mellan svensk och finsk aktiebolagsrätt, TfR 1935 s. 435ff. (Cit. Cederberg, TfR 1935.)
– "Generalklausulen" i finsk aktiebolagsrätt, TfR 1937 s. 423ff. (Cit. Cederberg, TfR 1937.)
– Minoritetsskydd i aktiebolag. Förhandlingarna å det femtonde nordiska juristmötet i Stockholm den 27–29 augusti 1931, s. 60ff, Stockholm 1931. (Cit. Cederberg, NJM 1931.)
Charlesworth & Morse Company Law, Morse, G, Marshall, E A, Morris, R, Crabb, L, 14 uppl., Sweet & Maxwell/Stevens, London 1991. (Cit. Charlesworth & Morse.)

Clarke, R C, The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, 90 Harv L Rev 505 (1977).
Danielsson, A, Koncernbidragets aktiebolagsrättsliga ställning, Skattenytt 1989 s. 84ff. (Cit. Danielsson, Skattenytt 1989.)
Danielsson, E, Aktiekapitalet. Studier över aktiebolagets kapitalkonstruktion enligt svensk rätt, C W K Gleerup, Lund 1952. (Cit. Danielsson, Aktiekapitalet.)
– Fondskatteförordningen och aktiebolagslagen, SvJT 1955 s. 273ff. (Cit. Danielsson, SvJT 1955.)
– Förtäckt vinstutdelning och eliminering av vinst i aktiebolag, SvJT 1954 s. 571ff. (Cit. Danielsson, SvJT 1954.)
Deutsches Rechts-Lexikon, Band I, Tilch, H, 2 uppl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1992. (Cit. Deutsches Rechts-Lexikon, Band I.)
Dotevall, R, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör. En aktiebolagsrättslig studie i komparativ belysning, Norstedts Förlag, Stockholm 1989. (Cit. Dotevall.)
Düringer–Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, III. Band / 1. Teil. Einleitung: Die Aktiengesellschaft im Leben der Wirtschaft und §§ 178–230a (erläutert von Bing, Flechtheim och Hachenburg), unter Leitung von Hachenburg, M, erläutert von Bing, E, Breit, J, Flechtheim, J, Geiler, K, Hoeniger, V, Lehmann, J, Werner, A, 3 uppl., Deutsches Druck u. Verlagshaus GmbH, Mannheim, Berlin och Leipzig 1934. (Cit. *författare* i Düringer–Hachenburg, HGB, Band III, Teil 1, 3 uppl. 1934.)
Döllerer, G, Fragen der Verdeckte Gewinnausschüttung der Aktiengesellschaft, BB 1967 s. 1437ff. (Cit. Döllerer, BB 1967.)
Ekelöf, P O, Den teleologiska metoden, återtryck i de lege, Juridiska fakulteten i Uppsala, årsbok, årgång 1, 1991. Per Olof Ekelöf, Valda skrifter 1942–1990, Iustus Förlag, Uppsala 1991. (Cit. Ekelöf, Den teleologiska metoden i de lege, 1991.)
– Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, återtryck i de lege, Juridiska fakulteten i Uppsala, årsbok, årgång 1, 1991, Per Olof Ekelöf. Valda skrifter 1942–1990, Iustus Förlag, Uppsala 1991. (Cit. Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? i de lege, 1991.)
European Company and Financial Law, European Community Law-Text Collection, Hopt, K L och Wymeersch, E, Walter de Gruyter & Co, Berlin och New York 1991. (Cit. European Company and Financial Law.)
Farrar's Company Law, Farrar, J H, Furey, N E, Hannigan, B M, Wylie, P, 2 uppl., Butterworths, London och Edinburgh 1988. (Cit. Farrar I.)
– Farrar's Company Law, Farrar, J H, Furey, N E, Hannigan, B M, Wylie, P, 3 uppl., Butterworths, London, Dublin och Edinburgh 1991. (Cit. Farrar II.)

Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations, Fletcher, W M, 1989 revised volume by Keating, C R P och Flanagan, S M, V 6A, Callaghan & Company, Deerfield Illinois 1989 med supplement till och med 1993. (Cit. Fletcher Cyc Corp, V 6A, 1989.)

Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations, Fletcher, W M, 1986 revised volume by Zajdel, L M, V 11, Callaghan & Company, Wilmette Illinois 1986 med supplement till och med 1993. (Cit. Fletcher Cyc Corp, V 11, 1986.)

Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations, Fletcher, W M, 1985 revised volume by Thompson, C M, V 12, Callaghan & Company, Wilmette Illinois 1985 med supplement till och med 1993. (Cit. Fletcher Cyc Corp, V 12, 1985.)

Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations, Fletcher, W M, 1990 revised volume by Bjur, T P och Reinholtz, J J, V 15A, Callaghan & Company, Deerfield Illinois 1990 med supplement till och med 1993. (Cit. Fletcher Cyc Corp, V 15A, 1990.)

Flodhammar, G, Associationsrätt – en introduktion, 4 uppl., Norstedts, Stockholm 1990. (Cit. Flodhammar.)

Flume, W, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil, Die juristische Person), Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York och Tokyo 1983. (Cit. Flume i Die juristische Person.)

– Der Gesellschafter und das Vermögen der Kapitalgesellschaft und die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung, ZHR 144 (1980) s. 18ff. (Cit. Flume i ZHR 144 [1980].)

Folkesson, E, Tropp Ellerås, S, Så testar man om transaktioner mellan koncernbolag är giltiga, Balans 1986:2 s. 36ff. (Cit. Folkesson–Tropp Ellerås, Balans 1986:2.)

Forssell, H, Tredjemansskyddets gränser. En studie av principen "köp bryter lega" och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter, P.A. Norstedts & Söners Förlag, Lund 1976. (Cit. Forssell.)

Fredenberg, G, Skyddsbehövande borgenärer, SvJT 1938 s. 714f. (Cit. Fredenberg, SvJT 1938.)

– Bolagsborgenärernas skyddsbehov, SvJT 1939 s. 281f. (Cit. Fredenberg, SvJT 1939.)

French, E A, The Evolution of the Dividend Law of England, i Studies in Accounting, editor Baxter, W T, och Davidson, S, 3 uppl., Institute of Chartered Accountants in England and Wales, London 1977. (Cit. French i Evolution of the Dividend Law.)

Gary, W L, Eisenberg, M A, Cases and Material on Corporations, 6 uppl., The Foundation Press Inc, Westbury New York 1991. (Cit. Gary–Eisenberg.)

Gessler, Ernst, Zur handelsrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung, i Festschrift für Robert Fischer s. 131ff, Walter de Gruyter, Berlin och New York 1979. (Cit. Gessler i Festschrift für Fischer.)

GmbH-Gesetz, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Beck'sche Kurz Kommentare, Band 20, Hueck, G, Schulze-Osterloh, J, Zöllner, W, 15 uppl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1988. (Cit. *författare* i Baumbach–Hueck.)

Godin, Freiherr von, und Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz vom 6. september 1965, Band I §§ 1–178, 4 uppl., bearbeitet von Sylvester Wilhelmi, Walter de Gruyter, Berlin och New York 1971. (Cit. Godin–Wilhelmi.)

Gomard, B, Aktieselskabsret, 2 uppl., Juristforbundets Forlag, København 1970. (Cit. Gomard I.)

– Aktieselskaber og anpartsselskaber, Jurist- og økonomforbundets Forlag, 1986. (Cit. Gomard II.)

– Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2 uppl., Jurist- og økonomforbundets Forlag, 1992. (Cit. Gomard III.)

Gometz, U, Spelet om brutto och netto, Ett drama i många akter, Balans 1994:6–7 s. 12ff. (Cit. Gometz, Balans 1994:6–7.)

– Utdelning av sakvärden – kommentarer till utlåtande, utlåtande avgivet i anledning av den av Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 1, meddelade domen 1993-12-16 DT 38 (T 616/91), vilken har överklagats till HD. (Cit. Gometz, Utlåtande.)

Gometz, U, Huldén, L, Utdelning av sakvärden – bruttometod eller nettometod, Balans 1992:12 s. 35ff. (Cit. Gometz–Huldén, Balans 1992:12.)

Gore-Browne on Companies, V 1 och V 2, Boyle, A J, Sykes, R, 44 uppl., Jordan Publishing Ltd, Bristol 1986 inklusive supplement till och med 17 augusti 1994. (Cit. Gore-Browne, V 1 eller V 2, 1986.)

Gower, L C B, Co-editors Wedderburn, K W, Weaver, O, Park, A E W, The principles of Modern Company Law, 3 uppl., Stevens & Sons, London 1969. (Cit. Gower I.)

Gower, L C B, Prentice, D D, Pettet, B G, Gower's Principles of Modern Company Law, 5 uppl., Sweet & Maxwell, London 1992. (Cit. Gower II.)

Grosskommentar – se Aktiengesetz.

Grosskopf, G, Angående återbäring av otillåten utdelning, utlåtande avgivet på uppdrag av advokat Kjell Stoltz i ett av Hovrätten för Övre Norrland prövat mål, där dom meddelades 1994-12-01 DT 2067 (mål nr T11/93). (Cit. Grosskopf, Utlåtande.)

– Beskattning av anteciperad utdelning, Skattenytt 1993 s. 644ff. (Cit. Grosskopf, Skattenytt 1993.)

– Familjeföretagens generationsskifte, Hagström & Sillén, Stockholm 1986. (Cit. Grosskopf, Familjeföretagens generationsskifte.)

Olovlig vinstutdelning – bolagsrättsliga och skatterättsliga synpunkter, Skattenytt 1993 s. 109ff. (Cit. Grosskopf, Skattenytt 1993.)

– Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor, 2 uppl., Snogeholms Utbildnings AB, Malmö 1989. (Cit. Grosskopf, Vinstbolag.)

Grönfors, K, Avtalslagen, 2 uppl., Norstedts, Stockholm 1989. (Cit. Grönfors, Avtalslagen.)

– Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten, i Festskrift till Håkan Nial s. 204ff. Studier i civilrätt och internationell rätt, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1966. (Cit. Grönfors i Festskrift till Nial.)
Gulliksson, M, Olaglig vinstutdelning och ersättningsansvar (opublicerat examensarbete), vårterminen 1990, Umeå universitet, Rättsvetenskapliga institutionen.
Göranson, U, Ogiltighet i sakrätten. Svag ogiltighets genomslagskraft mot medkontrahents singularsuccessor, Iustus Förlag, Uppsala 1984. (Cit. Göranson, Ogiltighet i sakrätten.)
– Traditionsprincipen. De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning, Iustus Förlag, Uppsala 1985. (Cit. Göranson, Traditionsprincipen.)
– Återvinning utom konkurs. Svenskt och rättsjämförande kring actio pauliana, anfechtung och fraudulent conveyances, Norstedts Förlag, Stockholm 1989. (Cit. Göranson, Återvinning utom konkurs.)
Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erster Band (§§ 1–34), Schmidt, W, Schilling, W, Goerdeler, R, 6 uppl., Walter de Gruyter & Co, Berlin 1956. (Cit. *författare* i Hachenburg, 6 uppl. 1956.)
Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Zweiter Band: §§ 13–52, Barz, C H, Behrens, P, Hohner, G, Klug, U, Mertens, H-J, Schilling, W, Ulmer, P, 7 uppl., Walter de Gruyter, Berlin och New York –1979. (Cit. *författare* i Hachenburg, 7 uppl. 1979.)
Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Erster Band, Allgemeine Einleitung: §§ 1–34, Behrens, P, Goerdeler, R, Heinrich, I, Hohner, G, Hüffer, U, Kohlmann, G, Mertens, H-J, Müller, W, Raiser, T, Ulmer, P, Zutt, J (unter Mitarbeit von Winter, M), 8 uppl., Walter de Gruyter, Berlin och New York 1992. (Cit. *författare* i Hachenburg.)
Hackney, W P, The Financial Provisions of the Model Business Corporation Act, 70 Harv L Rev 1357 (1957).
Hagströmer, J, Om aktiebolag enligt svensk rätt, Uppsala 1872. (Cit. Hagströmer.)
Hamberg, S, Hur skall vederlagsfri pantsättning redovisas, Balans 1981:3 s. 26f. (Cit. Hamberg, Balans 1981:3.)
Hamilton, R W, The Law of Corporations in a Nutshell, 3 uppl., West Publishing Co, St. Paul Minnesota 1991. (Cit. Hamilton.)
Hellner, J, Kommersiell avtalsrätt, Kompendium, 4 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1993. (Cit. Hellner, Kommersiell avtalsrätt.)
– Lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Praktik, teori och teknik, Juristförlaget, Stockholm 1990. (Cit. Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten.)

– Om obehörig vinst, särskilt utanför kontraktsförhållanden. Ett civilrättsligt problem i komparativ belysning, Uppsala 1950. (Cit. Hellner, Obehörig vinst.)
– Rättsteori. En introduktion, Juristförlaget, Stockholm 1989. (Cit. Hellner, Rättsteori.)
Henn, H G, Alexander, J R, Law of Corporations and other business enterprises, 3 uppl., West Publishing Co, St. Paul Minnesota 1983. (Cit. Henn–Alexander.)
Hessler, H, Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1973. (Cit. Hessler, Allmän sakrätt.)
Hjerner, L A E, Sken-bulvanskap-kringgående. Genomsyn eller förträngning i Festskrift till Hans Thornstedt s. 269ff, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1983. (Cit. Hjerner, Sken-bulvanskap-kringgående.)
Hommelhoff, P, Zum Wegfall der Erstattungsanspruchs aus § 31 GmbHG, i Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am. 29 November 1990 s. 165ff, Walter de Gruyter, Berlin och New York 1991. (Cit. Hommelhoff i Festschrift für Alfred Kellermann.)
Hornstein, G D, Corporation Law and Practice, V 1, Sections 1 to 530, West Publishing Co, St. Paul Minnesota 1959 med supplement till och med 1968. (Cit. Hornstein, V 1, 1959.)
Hov, J, Avtalerett, 3 uppl., Papinian, Oslo 1993. (Cit. Hov, Avtalerett.)
Håstad, T, Sakrätt avseende lös egendom, 5 uppl., C.E. Fritzes AB, Stockholm 1994. (Cit. Håstad, Sakrätt.)
Insolvensrättsligt forum, 22–23 januari 1990. Skuldsanering, rekonstruktion av insolventa företag, konkursboets inträde i gäldenärens avtal, Iustus Förlag, Uppsala 1990. (Cit. författare i Insolvensrättsligt forum.)
Johansson, S, Bolagsstämma, Juristförlaget, Stockholm 1990. (Cit. Johansson, Bolagsstämma.)
Johansson, S E, Rodhe, K, Redovisning av koncernbidrag, Balans 1978:1 s. 30ff. (Cit. Johansson–Rodhe, Balans 1978:1.)
Joost, D, Grundlagen und Rechtsfolgen der Kapitalerhaltungsregeln in der GmbH, ZHR 148 (1984) s. 27ff. (Cit. Joost i ZHR 148 [1984].)
– Grundlagen und Rechtsfolgen der Kapitalerhaltungsregeln im Aktienrecht, ZHR 149 (1985) s. 419ff. (Cit. Joost i ZHR 149 [1985].)
Karlgren, H, Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angriplighet. En rättsystematisk undersökning, i Festskrift till Professor Dr. Juris Henry Ussing 5. maj 1951, Juristforbundet, 1951. (Cit. Karlgren i Festskrift till Ussing.)
– Handelsrätt, 8 uppl., Juridiska Föreningen i Lund, Lund 1969. (Cit. Karlgren, Handelsrätt.)
– Kvittning och condictio indebiti, SvJT 1940 s. 331ff. (Cit. Karlgren, SvJT 1940.)
– Några aktierättsliga anteckningar i anledning av ett par rättsfall, SvJT 1938 s. 187ff. (Cit. Karlgren, SvJT 1938.)

– Obehörig vinst och värdeersättning, av Fritjof Lejman översedd utgåva, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1982. (Cit. Karlgren, Obehörig vinst.)
– Studier över privaträttens juridiska personer och samfälligheter utan rättspersonlighet, Göteborg 1929. (Cit. Karlgren, Studier.)
– Säkerhetsöverlåtelse enligt svensk rättspraxis, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1959. (Cit. Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse.)
– (Ej någon rubrik – replik på en replik av Fredenberg) SvJT 1938 s. 715f.

Kedner, G, Former för koncerninterna vinstöverföringar, Studentlitteratur, Lund 1985. (Cit. Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar, 1 uppl. 1985.)
– Former för koncerninterna vinstöverföringar, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund 1990. (Cit. Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar.)
– Kommentar till aktiebolagslagen och bokföringslagens regler om årsbokslut, 9 uppl., Studentlitteratur, Lund 1992. (Cit. Kedner.)
– Utdelningsbelopp skall inkludera skatt på utdelad egendom, Balans 1983:9 s. 14ff. (Cit. Kedner, Balans 1983:9.)

Kedner, G och Roos, C M, Aktiebolagslagen. Del I, kapitel 1–10 och Del II, kapitel 11–19 jämte bokföringslagens bestämmelser om årsbokslut med kommentar, 4 uppl., Norstedts Juridikförlag, Stockholm 1991. (Cit. Kedner–Roos, Del I eller Del II.)

Kehl, D, The Origin and Early Development of American Dividend Law, 53 Harv L Rev 36 (1939).

Kleineman, J, Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation, JT 1994–95 s. 430ff. (Cit. Kleineman, JT 1994–95.)
– Ang. aktiebolagsrättslig ogiltighet genom sk vindikation och därmed jämförbara återgångssanktioner, utlåtande avgivet på uppdrag av advokat Lars Rosengren i ett av Hovrätten för Övre Norrland prövat mål, där dom meddelades 1994-12-01 DT 2067 (mål nr T 11/93). (Cit. Kleineman, Utlåtande.)
– Lender Liability – ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1990-talets finansiella kris, JT 1992–93 s. 289ff. (Cit. Kleineman, JT 1992–93.)

Krokeide, K, Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter, TfR 1979 s. 132ff. (Cit. Krokeide, TfR 1979.)
– Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter, TfR 1982 s. 353ff. (Cit. Krokeide, TfR 1982.)

Kummert, R O, State Statutory Restrictions on Financial Distributions by Corporations to Shareholders, 59 Wash L Rev 185 (1984).

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 148–290, Biedenkopf, K H, Claussen, C P, Geilen, G, Koppensteiner, H-G, Kraft, A, Kronstein, H, Lutter, M, Mertens, H-J, Zöllner, W, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn och München 1985. (Cit. *författare* i Kölner Komm [1 uppl.].)

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Claussen, C P (unter Mitarbeit Korth, H M), Geilen, G, Kirchner, C, Koppensteiner, H-G, Kraft, A, Lutter, M, Mertens, H-J, Zöllner, W, 2 uppl., Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn och München 1988–. (Cit. *författare* i Kölner Komm.)
- Band 1, §§ 1–75, 1988.
- Band 2, 1 Lieferung, §§ 76–94, (1989) 1992.
- Band 4, 1 Lieferung, §§ 238–289 HGB, 1990.
- Band 4, 2 Lieferung, §§ 316–330, 340–340 o HGB, §§ 150, 152, 170–176 AktG, 1991.

Leffler, T, Ytterligare något om olovlig aktieutdelning, JT 1992–93 s. 739ff. (Cit. Leffler, JT 1992–93.)

Lehrberg, B, Förutsättningsläran. Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter, Iustus Förlag, Uppsala 1989. (Cit. Lehrberg, Förutsättningsläran.)
- I aktiebolagens skymningsland. En studie rörande upplösta aktiebolags rättskapacitet, med beaktande även av rättsläget vid handlande för ett nybildat, ännu ej registrerat aktiebolag, Iustus Förlag, Uppsala 1990. (Cit. Lehrberg, I aktiebolagens skymningsland.)
- Praktisk juridisk metod, 2 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 1993. (Cit. Lehrberg, Metod.)

Lejman, F, Om betalningsoförmåga såsom konkursgrund, SvJT 1941 s. 529ff. (Cit. Lejman, SvJT 1941.)

Lennander, G, Återvinning i konkurs, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1994. (Cit. Lennander, Återvinning i konkurs.)

Lind, J, Aktiebolagslagen. Kommentar till 1975 års lagstiftning, 2 uppl., Liber Förlag – Jurist- och samhällsvetarförbundets Förlags AB, Stockholm 1981. (Cit. Lind.)

Lindskog, S, JF Kommentaren. Aktiebolagslagen, 12:e och 13:e kap. Kapitalskydd och likvidation, Juristförlaget, Stockholm 1994. (Cit. Lindskog, JFK.)
- Kvittning. Om avräkning av privaträttsliga fordringar, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1993. (Cit. Lindskog, Kvittning.)
- Olovlig kapitalanvändning; kommentarer med anledning av några tingsrättsdomar, JT 1992–93 s. 82ff. (Cit. Lindskog, JT 1992–93.)
- Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s.k. bristtäckningsansvar, SvJT 1992 s. 81ff. (Cit. Lindskog, SvJT 1992.)
- Om legitimation och sakrättsligt skydd vid överlåtelse av enkel fordring, SvJT 1994 s. 113ff. (Cit. Lindskog, SvJT 1994.)
- Preskription. Om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid, Norstedts Förlag, Stockholm 1990. (Cit. Lindskog, Preskription.)
- Skiljeklausul i avtal som innebär olovlig kapitalanvändning, JT 1993–94 s. 826ff. (Cit. Lindskog, JT 1993–94.)

– Utlåtande angående vissa kapitalanvändningsfrågor (Stockholm 1994-10-01) på uppdrag av advokaten Claes Sjölin i anledning av den av Hovrätten över Skåne och Blekinge meddelade domen 1994-03-24 DT 1049 (T93/92), vilken har överklagats till HD. (Cit. Lindskog, Utlåtande.)
Lutter, M, Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz, i Festschrift für Ernst C. Stiefel zum 80. Geburtstag, på s. 505ff, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987. (Cit. Lutter i Festschrift für Ernst C. Stiefel zum 80. Geburtstag.)
Lutter, M och Hommelhoff, P, GmbH-Gesetz, Kommentar, 13 uppl., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1991. (Cit. Lutter–Hommelhoff.)
Löfgren, K, Personligt ansvar vid likvidationsplikt, olovlig vinstutdelning, företrädaransvar m.m., C.E. Fritzes, Stockholm 1992. (Cit. Löfgren, Personligt ansvar.)
Macey, J R, Svensk aktiebolagsrätt i omvandling – en rättsekonomisk analys, med kommentarer av C Bergström och P Samuelsson, SNS Förlag, Stockholm 1993. (Cit. Macey.)
Mallmén, A, Lagen om ekonomiska föreningar utfärdad den 11 juni 1987. Kommentar med formulär m.m., Norstedts Förlag, Stockholm 1989. (Cit. Mallmén.)
Margulies, H, Roos, C M, Utdelning av dolda reserver, Balans 1981:8 s. 26ff. (Cit. Margulies–Roos, Balans 1981:8.)
Marthinussen, H F, Aarbakke, M, Aksjeloven med kommentarer, 2 uppl., Aschehoug/Tano, 1987. (Cit. Marthinussen–Aarbakke.)
McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated, Book 6, Business Corporation Law, §§ 101 to 800, with annotations from State and Federal Courts and State Agencies, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1986 med 1992 Cumulative Annual Pocket Part. (Cit. McKinney's Consolidated Laws of New York, V 6, 1986.)
Model Business Corporation Act Annotated, Model Business Corporation Act (1984), Professional Corporation Supplement, Close Corporation Supplement, adopted by Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law, American Bar Association with the support of the American Bar Foundation, with Official Comments and Reporter's Annotations, 3 uppl., V 1–4, Prentice Hall Law & Business, 1985 med supplement till och med 1993. (Cit. RMBCA-annotated, V 1 eller V 2.)
Moudsley & Burns, Trusts and Trustees, Cases and Materials, Burn, E H, 4 uppl., Butterworths, London, Dublin och Edinburgh 1990. (Cit. Moudsley & Burns.)
Müllern, M, Lån från dotterbolag till moderbolag har med hänsyn till låntagarens ekonomi ansetts som förtäckt vinstutdelning, JT 1990–91 s. 86ff. (Cit. Müllern, JT 1990–91.)
– Vederlagsfri pantsättning som förtäckt utdelning från aktiebolag, TSA 1981 s. 34ff. (Cit. Müllern, TSA 1981.)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, (§§ 1–240), AGB-Gesetz, Redaktör Säcker, F J, Bearbetad av Basedow, J, von Feldmann, B, Förschler, H, Gerlach, J W, Gitter, W, Holch, G, Kötz, H, Kramer, E, Mayer-Maly, T, Reuter, D, Säcker, F J, Schwerdtner, P, Schramm, K-H, Westermann, H P, 3 uppl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1993. (Cit. *författare* i Münchener Komm.)

Nerep, E, En slutreplik från Erik Nerep, Balans 1994:6–7 s. 50ff. (Cit. Nerep, Balans 1994:6–7.)

- Om borgenärsskyddet i aktiebolag, SvJT 1994 s. 549ff. (Cit. Nerep, SvJT 1994.)
- Om gränserna för utdelning av sakvärden och tillämpligheten av brutto- och nettometoden i aktiebolag, Svensk Skattetidning 1993 s. 353ff. (Cit. Nerep, Svensk Skattetidning 1993.)
- Syftet med utbetalningsförbudet i ABL. Kommentar till kommentar, Balans 1994:4 s. 40ff. (Cit. Nerep, Balans 1994:4.)
- Utdelning av sakvärden i aktiebolag (brutto- respektive netto-metoden). Kommentar med anledning av ett hovrättsavgörande, JT 1993–94 s. 641ff. (Cit. Nerep, JT 1993–94.)

Nial, H, Aktiebolagsrätt. Föreläsningar över 1944 års aktiebolagslag, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1946. (Cit. Nial, Aktiebolagsrätt.)

- Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser. Förutsättningar för deras rättsliga giltighet, 3 uppl., utgiven av Svenska bankföreningen, Stockholm 1979. (Cit. Nial, Aktiebolags borgensförbindelser.)
- Aktiebolagsrättsliga studier. Röstavtal. Enmansbolag och dotterbolag. Fusion, Stockholm 1935. (Cit. Nial, Studier.)
- Om aktiebolag enligt lagen den 14 september 1944. Översiktlig framställning för praktiskt bruk jämte formulär och lagtext, 2 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1948. (Cit. Nial, Om aktiebolag.)
- Om förvärv i strid mot legala förbud, TfR 1936 s. 1ff. (Cit. Nial, TfR 1936.)
- Om handelsbolag och enkla bolag, 2 uppl., Norstedts, Stockholm 1983. (Cit. Nial, Om handelsbolag och enkla bolag, 2 uppl. 1983.)
- Om handelsbolag och enkla bolag, omarbetad i samverkan med Carl Hemström, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1992. (Cit. Nial, Om handelsbolag och enkla bolag.)
- Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut, Stockholm 1934. (Cit. Nial, Om klanderbara stämmobeslut.)
- Replik, SvJT 1965 s. 696f. (Cit. Nial, SvJT 1965.)
- Svensk associationsrätt i huvuddrag, 4 uppl., Norstedts Förlag, Stockholm 1988. (Cit. Nial, Svensk associationsrätt, 4 uppl. 1988.)
- Svensk associationsrätt i huvuddrag, 5 uppl. omarbetad i samverkan med Svante Johansson, Norstedts Juridikförlag 1991. (Cit. Nial, Svensk associationsrätt.)

– Svensk rättspraxis, Bolags- och föreningsrätt 1948–1953, SvJT 1955 s. 255ff. (Cit. Nial, SvJT 1955.)
– Svensk rättspraxis, Bolags- och föreningsrätt 1959–1963, SvJT 1965 s. 581ff. (Cit. Nial, SvJT 1965.)
– Svensk rättspraxis, Bolags- och föreningsrätt 1964–1968, SvJT 1971 s. 737ff. (Cit. Nial, SvJT 1971.)
– Svensk rättspraxis, Bolags- och föreningsrätt 1974–1980 SvJT 1983 s. 617ff. (Cit. Nial, SvJT 1983.)
– Svensk rättspraxis, Obligationsrätt 1931–1935, SvJT 1937 s. 471ff. (Cit. Nial, SvJT 1937.)
– Svensk rättspraxis, Obligationsrätt 1936–1940, SvJT 1942 s. 211ff. (Cit. Nial, SvJT 1942.)
– Två aktiebolagsrättsliga prejudikat, SvJT 1943 s. 697ff. (Cit. Nial, SvJT 1943.)
– Utlåtande avgivet på begäran av advokat Lars Nycander i det s.k. Salénsmålet.

Olsson, C, Aktiebolagslagens generalklausul modell Finland, i Festskrift till Professor Dr. Juris O.A. Borum 30. Juli 1964 s. 349ff, Juristforbundets Forlag, København 1964. (Cit. Olsson i Festskrift Borum.)

Palmer, N E, Murdoch, J R, Notes of Cases. Ultra vires in Modern Company Law, [1983] 46 M.L.R. 204. (Cit. Palmer–Murdoch i [1983] 46 M.L.R.)

Peczenik, A med Aarnio, A och Bergholtz, G, Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära, Norstedts Förlag, Stockholm 1990. (Cit. Peczenik, Juridisk argumentation.)

Pehrson, L, Förvärv av egna konvertibler och teckningsrättsoptioner, i Festskrift till Gotthard Calissendorff s. 219ff, Norstedts, Stockholm 1990. (Cit. Pehrson i Festskrift till Calissendorff.)
– Generalklausuler i aktiebolagslagen, i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987 s. 483ff. Rättsvetenskapliga studier, Norstedts Förlag, Stockholm 1987. (Cit. Pehrson, Generalklausuler.)
– Olovlig vinstutdelning än en gång. Några kommentarer med anledning av professor Stefan Lindskogs artikel i JT 1992–93 s. 82ff, JT 1992–93 s. 969ff. (Cit. Pehrson, JT 1992–93.)

Pehrsson, W, Kan 76 § 2 st. aktiebolagslagen tillämpas vid beslut rörande ändring av en bolagsordning?, SvJT 1965 s. 695f. (Cit. Wilhelm Pehrsson, SvJT 1965.)

Pennington, R R, Company Law, 4 uppl., Butterworths, London 1979. (Cit. Pennington I.)
– Company Law, 5 uppl., Butterworths, London 1985. (Cit. Pennington II.)
– Company Law, 6 uppl., Butterworths, London, Dublin och Edinburgh 1990. (Cit. Pennington III.)

Penser, W, Kan utdelning å aktier beslutas å annan än ordinarie bolagsstämma eller fortsatt stämma?, SvJT 1953 s. 278ff. (Cit. Penser, SvJT 1953.)

Posselius, E, Ett par bolagsrättsliga prejudikat, i Bolags- och skatterättsliga uppsatser, Handelsrättslig skriftserie Nr 5, utgiven av Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet, Lund 1992. (Cit. Posselius, Ett par bolagsrättsliga prejudikat.)
- Lätt trampa fel bland låne reglerna, Balans 1990:11 s. 10ff. (Cit. Posselius, Balans 1990:11.)
- Ogiltig pantsättning eller inte?, Balans 1991:12 s. 36ff. (Cit. Posselius, Balans 1991:12.)
- Personligt betalningsansvar i aktiebolag, i Från amanuenserna till professorerna. En vänbok till professorerna Boel Flodgren och Axel Adlercreutz, Handelsrättslig skriftserie Nr. 7, utgiven av Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet, Lund 1992. (Cit. Posselius, Personligt betalningsansvar i aktiebolag.)

Posselius, E, Grosskopf, G, Gometz, U och Huldén, L, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, 2 uppl., Ernst & Young, Stockholm 1990. (Cit. Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén, 2 uppl. 1990.)
- Skyddet för aktiebolagets egna kapital, 3 uppl., Ernst & Young, Stockholm 1993. (Cit. Posselius–Grosskopf–Gometz–Huldén.)

Reich-Rohrwig, Das Österreichische GmbH-Recht in Systematischer Darstellung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1983. (Cit. Reich-Rohrwig.)

Rodhe, K, Aktiebolagsrätt enligt 1944 års lag om aktiebolag, Hermods korrespondensinstitut, Malmö 1947. (Cit. Rodhe, Aktiebolagsrätt, 1 uppl. 1947.)
- Aktiebolagsrätt enligt 1944 års lag om aktiebolag, 7 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1973. (Cit. Rodhe, Aktiebolagsrätt 7 uppl. 1973.)
- Aktiebolagsrätt, Enligt 1975 års aktiebolagslag, 8 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1976. (Cit. Rodhe, Aktiebolagsrätt 8 uppl. 1976.)
- Aktiebolagsrätt, Enligt 1975 års aktiebolagslag, 12 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1985. (Cit. Rodhe, Aktiebolagsrätt, 12 uppl. 1985.)
- Aktiebolagsrätt, 16 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1993. (Cit. Rodhe, Aktiebolagsrätt.)
- Förmögenhetsbrotten. Kreditväsendets rättsliga problem, 15 uppl., Handelshögskolans i Stockholm Studentkår Akademilitteratur, Stockholm 1985.
- Förtäckt vinstutdelning och lån från aktiebolag. Ny lagstiftning år 1973, 2 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1973. (Cit. Rodhe, Förtäckt vinstutdelning.)
- Handbok i sakrätt, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1985. (Cit. Rodhe, Sakrätt.)
- Obligationsrätt, P.A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1956. (Cit. Rodhe, Obligationsrätt.)

– Studier i bolags- och krediträtt. Skrifter i urval 1944–1989, Norstedts, Stockholm 1989. (Cit. Rodhe, Studier.)
– Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1981:1 s. 4f (se ock Studier s. 380ff). (Cit. Rodhe, Balans 1981:1.)
– Ytterligare något om vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1981:4 s. 26, (se ock Studier s. 384). (Cit. Rodhe, Balans 1981:4.)
– Ytterligare något om vederlagsfri pantsättning gjord av ett aktiebolag, TSA 1982:2 s. 55f. (Cit. Rodhe, TSA 1982.)

Rose, M D, Chommie, J C, Federal Income Taxation, 3 uppl., West Publishing Co, St. Paul Minnesota 1988. (Cit. Rose–Chommie, Federal Income Taxation.)

Rowedder, H, Fuhrman, H, Koppensteiner, H-G, Rasner, H, Rittner, F, Wiedmann, H, Zimmerman, K, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 2 uppl., Verlag Franz Vahlen, München 1990. (Cit. Rowedder.)

Röhrkasten, B, Die Rückzahlung des Stammkapitals, GmbH-Rdsch 1974 s. 36ff. (Cit. Röhrkasten i GmbH-Rdsch 1974.)

Sacklén, M, Om borgenärsskyddet i aktiebolag – en replik, SvJT 1994 s. 727ff. (Cit. Sacklén, SvJT 1994.)
– Om skyddet för aktiebolagets borgenärer, SvJT 1994 s. 136ff. (Cit. Sacklén, SvJT 1994.)
– Om värdebestämningen vid sakutdelning, JT 1994–95 s. 79ff. (Cit. Sacklén, JT 1994–95.)

Sandström, T, Kan dolda reserver utdelas i smyg?, Balans 1982:2 s. 25ff. (Cit. Sandström, Balans 1982:2.)

Schmidt, F, Tysk abstrakt metod. Reflektioner kring systematiken i Bürgerliches Gesetzbuch, i Teori och Praxis s. 279ff, Studier i svensk civilrätt. Skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1964. (Cit. Schmidt i Teori och Praxis.)

Schmidt, K, Gesellschaftsrecht, 2 uppl., Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn och München 1991. (Cit. Schmidt, Gesellschaftsrecht.)

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Nebengesetzen und den Anhängen Konzernrecht sowie Umwandlung und Verschmelzung, I. Band, §§ 1–40 Anh Konzernrecht, Crezelius, G, Emmerich, V, Priester, H-J, Schmidt, K, Schneider, U H, Tiedemann, K, Westermann, P, Winter, H, 7 uppl., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1986. (Cit. *författare* i Scholz, 7 uppl. 1986.)

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Nebengesetzen und den Anhängen Konzernrecht sowie Umwandlung und Verschmelzung, I. Band, §§ 1–44 Anh Konzernrecht, Crezelius, G, Emmerich, V, Priester, H-J, Schmidt, K, Schneider, U H, Tiedemann, K, Westermann, P, Winter, H, 8 uppl., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1993. (Cit. *författare* i Scholz.)

Skarstedt, S, Allmänna aktiebolagslagen av den 12 augusti 1910 jämte därtill hörande författningar med förklarande anmärkningar, formulär och sakregister m.m, 7 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1937. (Cit. Skarstedt.)

Skåre, J, Knudsen, G, Lov om Aksjeselskaper med kommentarer, 3 uppl., Tano A.S., 1987. (Cit. Skåre–Knudsen.)

Sneholt, L, Thomsen, N, Aktieselskabsloven med ændringer senest af 23. december 1992 med kommentarer, 5 uppl., G.E.C. Gad Forlag, København 1993. (Cit. Sneholt–Thomsen.)

Solomon, L R, Stevenson, R B, Schwartz, D E, Corporations Law and Policy. Materials and Problems, West Publishing Co, St. Paul Minnesota 1982. (Cit. Solomon–Stevenson–Schwartz.)

Stein, E, Harmonization of European Company Laws. National reform and Transnational Coordination, The Bobbs-Merrill Company Inc, Indianapolis, Kansas City och New York 1971. (Cit. Stein, Harmonization of European Company Laws.)

Stenbeck, E, Wijnbladh, M, Nial, H, Aktiebolagslagen jämte dithörande författningar med förklaringar, 6 uppl. ombesörjd av Wijnbladh och Nial, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1970. (Cit. SWN.)

Stimpel, W, Zum Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG. Die Befreiung vom handelsbilanziellen Denken und die Unzulässigkeit von Vermögenszuwendungen an Gesellschafter gegen hinausgeschobene schuldrechtliche Ausgleichsverpflichtungen, i Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz s. 335ff, Verlag Otto Schmidt KG, Köln 1992. (Cit. Stimpel i Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz.)

Strömholm, S, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1992. (Cit. Strömholm, Rätt.)

Sundell, J-O, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914, Institutet för rättshistorisk forskning, 1987.

Taxell, L E, Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rättshandla, Åbo 1946. (Cit. Taxell, Kompetens.)

– Bolagsledningens ansvar. Några riktlinjer, 2 uppl., Åbo Akademis Förlag, Åbo 1988. (Cit. Taxell, Bolagsledningens ansvar.)

Thomsen, N, Anpartsselskabsloven men ændringer senest af 16. maj 1990, kommentar, 4 uppl., G E C Gad Forlag, København 1990. (Cit. Thomsen.)

Thorbek, J, Aktieselskabsorganernes kompetens i EF, (Tyskland, Frankrig, Belgien, Holland, Italien og Danmark), Juristforbundets Forlag, København 1973. (Cit. Thorbek.)

Thorell, P, EG:s redovisningsrätt. Kommentar till fjärde, sjunde och elfte bolagsdirektiven, Iustus Förlag, 1993 Uppsala. (Cit. Thorell, EG:s redovisningsrätt.)

– Företagens redovisning. Grundläggande räkenskapsförståelse, Iustus Förlag, Uppsala 1994. (Cit. Thorell, Företagens redovisning.)

- Några bolagsrättsliga aspekter på företagsombildningar, i Omstrukturering av företag. Rapporter och föredrag vid Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets seminarium i Oslo i november 1992, s. 249ff, Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie, NSFS 29, 1992. (Cit. Thorell, Några bolagsrättsliga aspekter på företagsombildningar.)
- Skattelag och affärssed. En skatterättslig studie över sambandet mellan den bokföringsmässiga och skattemässiga redovisningen, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1984. (Cit. Thorell, Skattelag och affärssed.)
- Utlåtande på uppdrag av advokat Håkan Thorell i anledning av den av Hovrätten för Västra Sverige meddelade domen 1993-12-16 DT 38 (mål nr 616/91), vilken har överklagats till HD. (Cit. Thorell, Utlåtande.)

Tolley's Company Law, Barc, S, Bowen, N, lösbladssystem uppdaterat till och med juni 1993, Tolley Publishing Company Ltd, Croydon 1993. (Cit. Tolley's Company Law.)

Tries, H-J, Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht. Gesellschaftsrechtliche Schranken und Rechtsfolgen und Hervorhebung des Sondervorteilsverbots, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1991. (Cit. Tries.)

Ussing, H, Aftaler paa formuerettens omraade, 2 uppl., G.E.C. Gads Forlag, København 1945. (Cit. Ussing.)

Vahlen, L, Avtal och tolkning, Norstedts, Stockholm 1966. (Cit. Vahlen, Avtal och tolkning.)

Virksomheds-Karnov 1994, Redigeret af Gulmann, C, von Eyben, W E, och Nørgaard, J, Karnovs Forlag A/S, København 1994. (Cit. Virksomheds-Karnov 1994.)

Walin, G, Borgen och tredjemanspant, Norstedts Förlag, Stockholm 1986. (Cit. Walin, Borgen.)

Walin, G, Palmér, E, Konkurslagen, del I, avsnitt I–V, Norstedts Förlag, Stockholm 1989 med supplement 5 november 1994. (Cit. Walin–Palmér.)

Welamson, L, Konkurs, 8 uppl., Norstedts Förlag, Stockholm 1988. (Cit. Welamson I.)

Wennerstrand, K, Många oklarheter om obeskattade reserver och koncernbidrag, Balans 1984:10 s. 49ff. (Cit. Wennerstrand, Balans 1984:10.)

Werlauff, E, Acontoudbytte – er det nu lovligt?, R&R 1987:1 s. 40ff. (Cit. Werlauff R&R 1987:1.)

- EF-Selskabsret, 12 staters fælles virksomhedsret, Jurist- og økonomforbundets Forlag, 1992. (Cit. Werlauff 1992.)
- Europæisk selskabsret, Jurist- og økonomforbundets Forlag, 1990. (Cit. Werlauff 1990.)
- Generalforsamling og beslutning. En aktieretlig studie i generalforsamlingsbeslutningers indhold, tilblivelse og anfægtelse, FSRs Forlag, 1983. (Cit. Werlauff 1983.)
- Selskabsmasken – loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten, G.E.C. Gad Forlag, København 1991. (Cit. Werlauff 1991.)

– Selskabsret, G.E.C. Gads Forlag, København 1989. (Cit. Werlauff 1989.)
Wiedemann, H, Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band I Grundlagen, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1980. (Cit. Wiedemann.)
Wilhelm, J, Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaften und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, i Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band II s. 337ff, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1978. (Cit. Wilhelm i Festschrift für Flume zum 70. Geburtstag, Band II.)
Winter, M, Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht, ZHR 148 (1984) s. 579ff. (Cit. Winter i ZHR 148 [1984].)
Zöllner, W, Die Schranken mitgliedsschaftlichen Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München och Berlin 1963.

III Rättspraxis

A. Sverige

Nytt juridiskt arkiv (NJA)

NJA 1886 s. 418 309
NJA 1895 s. 294 309
NJA 1910 s. 447 153
NJA 1914 s. 309 166
NJA 1920 s. 231 153, 258, 270, 312, 393, 395, 400, 475, 477
NJA 1920 s. 584 I–II 648
NJA 1922 s. 122 153, 258, 270, 393, 395, 475f, 579
NJA 1922 s. 137 I–II 183, 609, 619f
NJA 1923 s. 199 270, 400
NJA 1925 s. 184 631
NJA 1925 s. 497 631
NJA 1930 s. 590 166, 444, 559
NJA 1931 s. 642 631
NJA 1933 s. 25 606, 623, 631
NJA 1934 s. 280 167
NJA 1935 s. 357 444, 532, 558f
NJA 1935 s. 704 153, 258, 475, 478
NJA 1939 s. 113 449
NJA 1942 s. 614 153, 160, 598, 609
NJA 1948 s. 651 153, 178, 181, 186, 349, 385, 393, 395, 400, 442, 444, 449, 456f, 559, 568, 647f, 673f, 684, 714, 725
NJA 1951 s. 6 I–II 52, 153f, 159, 163, 175, 178, 180f, 268, 320, 328, 330ff, 346, 348f, 353, 391, 393, 395, 400ff, 423, 427, 442, 444, 446, 448ff, 453f, 493, 559, 568, 599f, 608f, 627, 631f, 640, 647f, 651, 654, 664, 672ff, 684ff, 691ff, 699, 705, 711, 717, 719f, 724, 726, 728, 730, 736
NJA 1953 s. 116 711, 730
NJA 1962 s. 182 385, 386
NJA 1962 s. 461 258, 323, 346, 348ff, 359, 392f, 399f, 427, 432
NJA 1963 s. 431 250
NJA 1963 s. 502 630, 736
NJA 1965 s. 157 262, 263

NJA 1966 s. 475 154, 178, 181, 391, 393, 401ff, 444, 450, 453, 460, 600, 610, 614, 617, 629f, 647, 666, 675, 681, 711ff
NJA 1976 s. 60 154, 179ff, 391, 393, 401, 403, 427, 445f, 449, 450f, 453, 640, 734, 737, 739
NJA 1976 s. 235 389
NJA 1976 s. 618 53, 154, 179, 180f, 186, 246, 328, 383, 391, 393, 401ff, 427, 445f, 449f, 453, 568, 599f, 605, 608, 610f, 617, 619, 622f, 629f, 638, 640, 647, 658, 675, 685, 696, 704, 711ff
NJA 1977 s. 393 254
NJA 1979 s. 157 647
NJA 1980 s. 311 154, 179, 180f, 246, 328, 391, 393, 397, 402ff, 414, 427, 443, 445, 450f, 453, 458ff, 493, 552, 555f, 563, 600, 612, 622f, 631f, 640ff, 672f, 675ff, 685f, 691, 694, 704
NJA 1980 s. 642 I–II 413, 418, 425, 485
NJA 1985 s. 178 604, 614, 623, 630
NJA 1987 s. 394 197
NJA 1988 s. 620 309, 342, 556, 568, 569
NJA 1989 s. 768 623
NJA 1990 s. 343 154, 159f, 179ff, 328, 391, 393, 404f, 414, 424ff, 442f, 445, 448, 450ff, 493, 559, 600, 610, 613, 622, 640, 646f, 649, 651, 672f, 675, 677f, 681, 685f, 692, 694
NJA 1992 s. 717 53, 160, 246, 447, 598, 618, 625ff, 708, 715f
NJA 1993 s. 484 140, 556, 568
NJA 1993 s. 641 614, 647

Rättsfall från hovrätterna (RH)

RH 1987:89 448, 570
RH 1992:80 221, 638, 699, 704

Övrig rättspraxis

Hovrätterna (samtliga överklagade till HD)

Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 5, beslut 1993-09-21, Ö 374/92 644
Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 1, dom 1993-12-16 DT 38 (mål nr T 616/91) 353, 369, 412, 422, 434, 436, 437, 546, 692, 704
Hovrätten för Övre Norrland dom 1994-12-01 DT 2067 (mål nr T 11/93) 601, 615, 692, 695, 704, 714
Hovrätten över Skåne och Blekinge, avdelning 1, dom 1994-03-24 DT 1049 (mål nr T 93/92) 318, 356, 636, 692, 704

Tingsrätterna

Huddinge tingsrätts dom 1992-04-08 DT 462 (mål nr T 482/91) 353, 692
Karlstad tingsrätts dom 1991-11-25 DT 601 (mål nr T 884/90) 353, 412, 422, 434, 436, 437, 962, 704
Klippans tingsrätts dom 1982-12-29 DT 213 (mål nr T 227/81) 218, 219, 353
Malmö tingsrätts, avdelning 1:3, dom 1992-01-17 DT 13 (mål nr T 3110/89) 356, 636, 692, 704
Södertälje tingsrätt, slutligt beslut 1979-12-19 ST 523 (mål T 492/79) 470
Umeå tingsrätts dom 1992-12-10 DT 487 (mål nr T 26/90) 618, 638, 699, 714

Övrigt

Skiljedom (mellandom) meddelad i Stockholm den 8 juli 1988 i tvist mellan Salén Reefer Services Aktiebolags konkursbo, Salén Dry Cargo Aktiebolags konkursbo, Salén Tanker Aktiebolags konkursbo, Salén Marine Supplies Aktiebolags konkursbo,
å ena sidan, och
Saléninvest Aktiebolags konkursbo, å andra sidan, återgiven i Svensk och Internationell Skiljedom 1988, Årsskrift från Stockholms handelskammares Skiljedomsinstitut, på s. 41 ff (Cit. Årsskrift) 371 ff, 378

B. Tyskland

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)

RGZ 77, 71 505
RGZ 149, 385 277, 278

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)

BGHZ 69, 274 508, 510, 511

Övriga rättsfall från Bundesgerichtshof

BGH GmbH-Rdsch 1953 s. 58 510
BGH NJW 1988 s. 139 511, 512
BGH WM 1987 s. 348 279, 284

Rättsfall från Bundesfinanzhof

BFH AG 1980 s. 312 279

Övriga tyska rättsfall

OLG München AG 1980 s. 272 505
OLG Düsseldorf AG 1980 s. 273 505

C. England

Aveling Barford Ltd v. Perion Ltd and others [1989] BCLC 626 289, 293, 294, 435, 523, 525
Hill v. Permanent Trustee Company of New South Wales Ltd [1930] AC 720 295
Leeds Estates Building & Investment Co Ltd v. Shepherd (1887) 36 ChD 787 529
Moxham v. Grant [1900] 1 QB 88 524, 526, 527, 529
Precision Dippings Ltd v. Precision Dippings Marketing Ltd and others [1985] 3 W.L.R. 812 97, 121, 525
Re Cleveland Trust Plc [1991] BCLC 424 524, 526, 527
Re Denham & Co (1883) 25 ChD 752 529
Re Exchange Banking Co, Flitcrofts Case (1882) 21 ChD 519 523, 524, 528, 529
Re Halt Garage (1964) Ltd [1982] 3 All ER 1016 291, 253
Re George Newman & Co [1895] 1 Ch 674 291
Re Sharpe [1892] 1 Ch 154 523, 524, 529
Ridge Securities Ltd v IRC [1964] 1 All ER 275 291, 292, 295

D. Norge

Retstidende

Rt 1929 s. 503 530, 533
Rt 1930 s. 533 532

E. USA

Alaska Plastics Inc v. Coppock 621 P.2d 270 303
Barnes v. Spencer & Barnes Co 127 N.W 752 301
Barr & Creeman Mill & Plumbing Supply Co v. Zollner 109 F.2d 924 537
Erdman v. Yolles 233 N.W.2d 667 301ff, 357
Hayden v. Thompson 71 F 60 534f
In Re Dondi Financial Corp 119 B.R 106 124
MacDonald v. Williams 174 U.S 397 536
Mann-Paller Foundation Inc v. Econometric Research Inc 644 F.Supp 92 302f
Murphy v. Country House Inc 349 N.W.2d 289 302, 305

Nichols v. Olympia Veneer Co 246 P.941 478, 302, 304
Pittsburgh Tube Company v. Tri-Bend Inc 463 N.W.2d 161 303
United States v. Mews 923 F.2d 67 302
United States v. Smith 418 F.2d 589 302
Wilderman v. Wilderman 315 A.2d 610 302ff
Wood v. National City Bank 24 F.2d 661 535, 537

Aktiebolagslagens bestämmelser om vinstutdelning har under senare år fått en allt större praktisk betydelse i näringslivet. I denna bok ges en principiell och systematisk genomgång av reglerna på området.

Författaren diskuterar bl. a. var gränsen går för aktieägarnas och styrelsens rätt att vederlagsfritt disponera över bolagsförmögenheten respektive gränsdragningen mellan s. k. förtäckt vinstutdelning och sedvanliga affärsmässiga avtal. Vidare analyseras de olika sanktioner som kan komma i fråga vid otillåtna utbetalningar, däribland återbäringsskyldigheten för mottagaren, godtrosskyddet och bristtäckningsskyldigheten. Därutöver behandlas bolagets möjligheter att vindicera egendom från annan än mottagaren av en otillåten utbetalning jämte den ersättningsskyldighet som kan aktualiseras för utomstående som har medverkat till ett sådant förfogande.

Från en mer grundläggande utgångspunkt diskuteras behovet av sådana aktiebolagsrättsliga regler som syftar till att bereda skydd för bolagets borgenärer. Detta sker bl. a. mot bakgrund av rättsutvecklingen i USA och den i Europa i form av det s. k. andra bolagsdirektivet.

Jan Andersson är verksam vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet.

IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

ISSN
0282-2040

ISBN
91-7678-297-2