IUS Mercur

ERIK NEREP

Aktiebolagsrättsliga studier

- särskilt om kapitalskyddet

HANDELSHÖGSKOLAN
I STOCKHOLM
RÄTTSVETENSKAPLIGA INSTITUTIONEN

Skrifter nr 3

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-f4340

Aktiebolagsrättsliga studier
– särskilt om kapitalskyddet

Erik Nerep

Erik Nerep

Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET

10 0071392 8

Juristförlaget

© Erik Nerep och Juristförlaget JF AB
Stockholm 1994
ISBN 91-7598-649-3
Gotab 10742, Stockholm 1994

Förord

De föreliggande aktiebolagsrättsliga studierna är resultatet av många års forskning, vilket framställningen förhoppningsvis också bär spår av. Forskningen har varit mödosam, men också tacksam. När jag nu avslutar denna forskning genom att skriva förord, ägnar jag en tacksamhetens tanke särskilt åt dem som bistått mig i forskargärningen. Det gäller särskilt de som deltagit i diskussioner i ämnet vid den Rättsvetenskapliga institutionen, Handelshögskolan i Stockholm, men främst Christina Werneker, som begåvats bl a med ett oändligt tålamod i arbetet med framtagandet av ett läsligt manus. Jag vill också tacka Jan Holmius och Monica Thörn för kontrollarbete, upprättande av register, m m.

I ekonomiskt hänseende har Karl-Adam Bonniers och Ragnar och Torsten Söderbergs stiftelser samt Stiftelsen Institutet för Företagsjuridik frikostigt tillhandahållit bidrag, vilka jag sätter ett högt värde på. Det ekonomiska stödet har visat sig fått en stor betydelse i slutskedet av arbetet, särskilt när på korrekturstadiet manuset ändrats i väsentliga avseenden på grund av aktiebolagsrättens starka utveckling.

Stockholm den 21 oktober 1994

Erik Nerep

Innehållsförteckning

1.	**Inledning**	11
2.	**Tvingande och dispositiva regler i aktiebolagslagen – förhållandet mellan minoritetsskyddsregler och borgenärsskyddsregler, särskilt ABL 8:14 och ABL 12:5**	14
2.1	Allmänt om tvingande och dispositiva regler i aktiebolagsrätten	14
2.2	Om behörigheten, befogenheten och det hittillsvarande systemet	18
2.3	Det nya EG-anpassade systemet beträffande behörighet	29
2.4	Förhållandet mellan ABL 8:14 och ABL 12:5	37
3.	**Om vederlagsfria transaktioner, särskilt lån, pant och borgen, i aktiebolagsrätten**	53
3.1	Inledning	53
3.2	Allmänt om utbetalningsförbudet	54
3.3	Utbetalningsbegreppet	58
3.4	Begreppet "vederlagsfrihet"	59
3.4.1	Gåva eller gåvoliknande (blandade) transaktioner	60
3.4.2	Förvärv av egna aktier (eller motsvarande) som vederlagsfri utbetalning	75
3.4.3	Andra fall av vederlagsfrihet, koncernbidrag, m m	88
3.5.1	Lån som vederlagsfri utbetalning	90
3.5.2.	Kriterier för vederlagsfria lån – insufficiens eller insolvensbedömning?	113
3.5.3	Andra kriterier för vederlagsfrihet	120
3.5.4	Kan vederlagsfria lån vara affärsmässiga?	124

3.5.5 Särskilt om kriterier för vederlagsfrihetsprövningen vid borgen, pant och andra säkerheter ... 126
3.6.1 Allmänt om gränserna för vederlagsfria utbetalningar ... 144
3.6.2 Formerna för utbetalningar – beslutskompetensen – behörigt organ ... 145
3.6.3 Utbetalningar i strid med ett bolags verksamhetsföremål eller syfte ... 148
3.6.4 Det för utbetalning eller utdelning tillgängliga beloppet 150
3.7 Tidpunkten för bedömningen av utdelningsbart belopp 154
3.8 Sammanfattande synpunkter på vederlagsfria lån och säkerheter ... 168
4. Om gränserna för utdelning av sakvärden och tillämpligheten av brutto- och nettometoden i aktiebolag ... 178
4.1 Inledning ... 178
4.2 Lagtext och förarbeten ... 182
4.3 Om lovligheten (giltigheten) av förtäckt vinstutdelning 189
4.4 Om förskottsutdelning och koncernbidrag ... 203
4.5 Allmänt om utdelning av sakvärden samt brutto- och nettometoden ... 214
4.6 Det för utdelning eller utbetalning tillgängliga beloppet 228
4.7 Tillämplig metod – brutto- eller nettometoden ... 251
4.8 Slutsatser och sammanfattning ... 263
4.9 Valet av nettometod ... 264
5. De straffsanktionerade utlåningsförbuden i aktiebolagslagen ... 273
5.1 Allmänt om utlåning ... 273
5.2 Det generella utlåningsförbudet ... 275
5.2.1 Tillämpningsområdet, allmänt ... 275
5.2.2 Något om tolkningen av förbudet ... 287
5.2.3 Undantag från det generella utlåningsförbudet ... 290
5.2.3.1 Lån före ikraftträdandetidpunkten ... 290
5.2.3.2 Lån till personer utanför den förbjudna kretsen ... 291
5.2.3.3 Lån från andra än svenska aktiebolag ... 293
5.2.3.4 Annat än penninglån ... 296

5.2.4 De för det generella utlåningsförbudet specifika undantagen, allmänt ... 308
5.2.4.1 Kommunala lån ... 308
5.2.4.2 Koncernlån ... 309
5.2.4.3 Kommersiella lån ... 313
5.2.4.4 Småaktieägarlån ... 321
5.3 Lån för aktieförvärv ... 323
5.3.1 Allmänt ... 323
5.3.2 Allmänna undantag från det särskilda utlåningsförbudet 326
5.3.3 Specifika och lagstadgade undantag från det särskilda låneförbudet ... 349
5.4 Dispenser och förteckningar ... 351
6. Påföljder och ansvar vid brott mot förvärvsutbetalnings- och utlåningsförbuden i aktuiebolagslagen ... 353
6.1 Ansvar vid olovlig utbetalning – godtrosrekvisitet ... 353
6.2 Medverkansansvar vid olovlig utbetalning ... 384
6.3 Ansvar och påföljder enligt utlåningsförbuden ... 402
6.4 Medverkansansvar vid överträdelse av utlåningsförbuden i ABL 12:7 ... 412
6.5 Skadeståndsskyldighet i övrigt vid överträdelse av utbetalning- och utlåningsförbuden ... 416
7. Behovet av lagreformer ... 419
7.1 Inledning ... 419
7.2 Något om det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet i EG ... 424
7.2.1 Allmänt ... 424
7.2.2 Utbetalningsreglerna ... 426
Litteratur ... 431
Offentligt tryck ... 436
Rättsfall ... 438

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen
BrB	Brottsbalken
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
NJA I	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 2
RR	Rättsfallsreferat från regeringsrätten
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
SST	Svensk Skattetidning
SvJT	Svensk Juristtidning
UfR	Ugeskrift for Retsvaesen
VD	Verkställande direktör
VPC	Värdepapperscentralen

1. Inledning

Det svenska rättssystemet innehåller, måhända i högre grad än något annat rättssystem, ett vitt spektrum av regler till skydd för borgenärer (häribland olika kreditgivare, leverantörer som lämnar kredit, anställda, staten i vad avser skatter, avgifter, m fl). Dessa regler plägar med ett gemensamt begrepp benämnas borgenärsskyddsregler. Från aktiebolagets utsiktspunkt utgörs borgenärsskyddsreglerna bl a av en lång rad bestämmelser i aktiebolagslagen om tillskottskapitalet och dess inbetalning, inbetalning vid ökning av tillskottskapital, skyddet för aktiebolagets kapital, årsredovisningen, bolagsorganens ansvar, upplösning av aktiebolaget, m m. Till dessa regler skall läggas bestämmelser i lagar, som nära anknyter till aktiebolagslagen, såsom t ex bokföringslagen och vad därmed hänger samman i form av redovisningssed, rekommendationer, m m. Härutöver kan nämnas andra borgenärsskyddsregler av allmän karaktär inom den s k sakrätten, konkurslagstiftningen, brottsbalken och specialstraffrätten. Till skydd för borgenärer och kreditlivet, uppställs enligt svensk rättspraxis och spridda sakrättsliga lagbestämmelser ett strängt krav på tradition eller, när tradition icke är möjlig, denuntiation vid bl a överlåtelse, pantsättning och gåva av lös egendom. För lösöre ges särskilda möjligheter i lösöreköpslagen att uppnå borgenärsskydd. Oberoende av om det sakrättsliga kraven uppfyllts, ges borgenärer i en konkurssituation rika möjligheter att återvinna olika transaktioner till förmån för konkursboet och borgenärerna i konkursen enligt konkurslagstiftningen. I förlängningen av återvinningsbestämmelserna följer stadgandena i BrB 11 kap om brott mot borgenärer (oredlighet, vårdslöshet, mannamån samt bokföringsbrott). Av viss betydelse i sammanhanget är även specialstrafflagstiftningen bl a på det skatterättsliga området.

Borgenärsskyddsreglerna syftar ytterst till att ge en grund för ett fungerande kreditliv. Överhuvudtaget är omsorgen om en effektiv kreditmarknad, vid sidan av en i förhållande till marknadens behov tillräckligt fre-

kvent omsättning, en av hörnstenarna i det svenska rättssystemet (och det ekonomiska systemet). Det stundom mycket långtgående reglerna om godtrosskydd är härvid ett gott exempel på hur starkt omsättningen omhuldas[1].

Den följande framställningen skall inte täcka borgenärsskyddsreglerna i allmänhet, därtill är denna regelmassa alltför omfångsrik – låt vara att detta "vertikala" ämnesområde med all säkerhet förtjänar en och annan monografi – utan är avsedd att ställa i fokus vissa borgenärsskyddsregler i aktiebolagslagen, nämligen förvärvsförbudet i lagens sjunde kapitel samt utbetalnings- och utlåningsförbuden i aktiebolagslagens tolfte kapitel om vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom. I anslutning härtill diskuteras även andra sammanhängande frågor, såsom t ex nedsättningsreglerna och bestämmelser om tvångslikvidation samt fullmaktsreglerna i lagens åttonde kapitel. Regelsystemet syftar bl a till att skydda det bundna kapitalet i aktiebolaget. Genom kapitalskyddet avses aktiebolagets borgenärer ges ett skydd, men medelbart även dess aktieägare, enär vissa garantier skapas för att aktiebolagets egna kapital icke urholkas eller helt elimineras genom alltför höga vinstutdelningar eller andra utbetalningar. Regelsystemet kompletterar därigenom också de regler i aktiebolagslagen (främst i andra kapitlet), vars syfte är att tillförsäkra att tillskottskapitalet verkligen tillföres bolaget, att det registrerade aktiekapitalet inbetalts eller på annat sätt tillförts i form av t ex apportegendom och därför motsvaras av verkliga tillgångar i bolaget. Sistnämnda bestämmelser kommer dock endast att behandlas ytterst perifert.

Ett aktiebolags egna kapital kan givetvis reduceras eller elimineras på andra sätt än genom utbetalningar av ovan antytt slag. I första rummet handlar det här om förluster i verksamheten. Det är givet att varje form av verksamhet i aktiebolag kan vara förlustbringande. Det vore ytterst futilt att söka bygga upp ett regelsystem mot förlustbringande verksamhet i allmänhet. Till skydd för borgenärerna har däremot uppställts regler som avser att förhindra vidare drift av ett aktiebolags verksamhet, sedan

[1] Diskussionen om borgenärsskyddet i aktiebolagslagen har givetvis pågått under hela aktiebolagsrättens existens. Under senare tid har den emellertid tagit ny fart, och härvid har främst frågan om behovet av tvingande reglering i aktiebolagslagen dryftats. Se t ex Sacklén, Om skyddet för aktiebolagets borgenärer, SvJT 1994, s 136, och Nerep, Om borgenärsskyddet i aktiebolag, SvJT 1994, s 549, båda debattinläggen med vidare hänvisningar till andra inslag i debatten. Se även Lindskog, Kommentar, s 14 f.

förlusterna vuxit till en viss nivå och tillgångarna motsvarande det egna kapitalet sålunda minskat i alltför stor utsträckning. Enligt ABL 13:2 åligger det i enlighet härmed sålunda bolagsledningen att vidta vissa åtgärder syftande till att öka tillgångarna i bolaget eller alternativt att likvidera bolaget när förlusterna blivit alltför stora. Därutöver kan bolagsledningen ådömas straff för viss verksamhet ägnad att skada borgenären enligt BrB 11:3 om bolaget befinner sig på obestånd eller när påtaglig fara föreligger för att det skall komma på obestånd. Den verksamhet som här avses, och som i bestämmelsen betecknas som vårdslöshet mot borgenärer, beskrivs närmare i bestämmelsen såsom fortsättande av rörelse under förbrukande av avsevärda medel utan motsvarande nytta för rörelsen, slösaktigt leverne, eller äventyrlig eller lättsinnig verksamhet eller ansvarsförbindelse. I andra fall kan fråga vara om oredlighet mot borgenär (BrB 11:1–2). De nu nämnda reglerna kommer för bildandet av en fullständigare överblick att behandlas i viss utsträckning i det följande, ehuru det ej skall ges en central position i framställningen.

Utbetalningsförbudet (beträffande utbetalningsbegreppet, se nedan) i aktiebolagslagens tolfte kapitel är allmängiltigt såtillvida, att det icke förutsätts att bolaget från vilket utbetalning sker nödvändigtvis måste befinna sig på obestånd (ej heller fara för obestånd). Skulle emellertid bolaget befinna sig i ett sådant ekonomiskt läge, eller skulle fara för obestånd vara för handen, aktualiseras bestämmelserna i BrB 11 kap om oredlighet och vårdslöshet mot borgenärer (även i viss mån BrB 11:4 om mannamån mot borgenärer). Dessa straffrättsliga bestämmelser kompletteras av de civilrättsliga återvinningsreglerna i konkurslagstiftningen, vid sidan av den huvudsakligen civilrättsliga sanktioneringen i ABL 12 kap. Det samband som föreligger mellan nyssnämnda grupper av regler skall i viss utsträckning belysas nedan.

2. Tvingande och dispositiva regler i aktiebolagslagen – förhållandet mellan minoritetsskyddsregler och borgenärsskyddsregler

2.1 Allmänt om tvingande och dispositiva regler i aktiebolagsrätten

I aktiebolagslagen uppställs en rad tvingande och dispositiva regler. När en bestämmelse är tvingande, kan avvikelse därifrån icke ens ske med samtliga aktieägares samtycke. Ett beslut i strid med en tvingande regel är också en nullitet enligt ABL 9:17, 3 st 1 p. Är den däremot dispositiv, kan aktieägarna gemensamt besluta att reglera förhållandena på annat sätt. De tvingande reglerna i aktiebolagslagen syftar främst till att skydda aktiebolagets borgenärer, men även andra grupper av tredje män, t ex presumtiva aktieköpare, anställda (i egenskap av borgenärer), samt minoritetsaktieägarna. De dispositiva reglerna syftar till synes enkom till att skydda minoritetsaktieägarna, varför de också enligt konstruktionen ej heller är tillämpliga om samtliga aktieägare beslutar att avvika från reglerna. Beslut i strid med dispositiva regler är klanderbara enligt ABL 9:17, 2 st.

Tvingande regler av borgenärsskyddskaraktär är ymnigt förekommande i aktiebolagslagen. Här kan nämnas reglerna om inbetalning av aktiekapitalet (eller tillskjutande av apportegendom) vid bildandet av ett bolag eller vid emissioner av olika slag, kvittningsförbudet, nedsättningsreglerna, förbudet mot förvärv av egna aktier (ABL 7:1), reglerna om revision och redovisning, utdelningsreglerna, likvidations- och fusionsbestämmelserna, m fl ABL 8 och 9 kap är dock till stor del dispositiva, låt vara att även däri kan förekomma tvingande bestämmelser.

Huruvida en bestämmelse i aktiebolagslagen är av det ena eller det andra slaget framgår emellertid långtifrån klart av lagtexten; någon distinkt gräns mellan tvingande och dispositiva regler, respektive borgenärs-

skydds- och minoritetsskyddsregler, har icke utstakats i aktiebolagslagen[2]. Så t ex föreligger vissa svårigheter att avgöra till vilken kategori reglerna om *formerna* för vinstutdelning i ABL 12 kap skall höra (mer om detta nedan). Varje enskild bestämmelse i aktiebolagslagen måste till följd härav underkastas en tolkning med avseende härpå och med utgångspunkt från bestämmelsens skyddssyfte, funktion m m, varom mera nedan.

En viss vägledning ges emellertid i sistnämnda fråga i regleringen av s k klanderbara beslut (se ABL 9:17). Bolagsstämmobeslut kan strida mot såväl bolagsordningen som tvingande och dispositiva regler i aktiebolagslagen[3]. Strider ett bolagsstämmobeslut mot sådana dispositiva regler i bolagsordningen eller aktiebolagslagen, kan beslutet klandras inom den tidsfrist som anges i ABL 9:17 (normalt tre månader). Väcks ej klandertalan inom den föreskrivna tidsfristen, blir beslutet gällande och kan även verkställas[4].

Såvitt sedan gäller beslut i strid med tvingande bestämmelser föreskrivs i ABL 9:17, 3 st, att talan mot sådant beslut kan väckas även efter utgången av tremånadersfristen. Terminologiskt skulle det vara möjligt att såsom klanderbara beteckna såväl sådana bolagsstämmobeslut som strider mot dispositiva regler som sådana som står i strid med tvingande regler, dock att beslut av den förra kategorin skall klandras inom viss tid, och beslut av det senare slaget utan tidsfrist. Den till synes vedertagna terminologin innebär emellertid, att skillnad görs mellan klanderbara bolagsstämmobeslut och ogiltiga sådana[5]. Såsom klanderbara betecknas sålunda allmänt sådana beslut som strider mot dispositiva regler och mot vilka talan måste väckas inom den föreskrivna tidsfristen om tre månader. Bolagsstämmobeslut som strider mot tvingande regler går istället under

[2] Jfr härvid förarbetena till ABL, t ex propositionen 1975:103, Förslag till ny aktiebolagslag m m, s 416: "Lagen anger inte närmare vilka regler som på nu angivet sätt är tvingande. Det är en uppgift för rättstillämpning och doktrin."

[3] Se 9:17, 1 st, "Om bolagsstämmobeslut ej tillkommit i behörig ordning eller eljest strider mot denna lag eller bolagsordningen, kan talan mot bolaget om upphävande eller ändring av beslutet föras av aktieägare eller av styrelsen, styrelseledamot eller verkställande direktör". Se närmare om denna reglering Johansson, Bolagsstämma, s 95 ff och om äldre lag, Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut.

[4] Se närmare härom i förarbetena, SOU 1941:9, s 554 ff, Stenbeck m fl, s 379 ff och SOU 1971:15, s 245 ff).

[5] Se Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut. Se även proposition 1975:103, s 415 f.

beteckningen ogiltiga beslut (nulliteter). Nullitetsfallen listas i ABL 9:17, 3 st[6]. Utöver beslut i strid med tvingande regler anges här också fallet där samtycke till beslut krävs av alla eller vissa aktieägare och sådant samtycke icke givits, samt när kallelse till stämman icke skett eller de för bolaget gällande bestämmelserna om kallelse väsentligen eftersatts. I de två senare fallen kan knappast talas om beslut i strid med tvingande regler, utan snarare brott mot dispositiva regler av – enligt lagstiftarens mening – grundläggande och särskild dignitet[7]. Till nullitetsfallen räknas också, ehuru det ej kommit till uttryck i lagtexten, bolagsstämmobeslut som går ut på någon kriminell eller mot goda seder stridande åtgärd[8]. Det bör också understrykas, att vad som i aktiebolagslagen stadgats om kompetensfördelningen mellan bolagsstämma och styrelsen är tvingande regler. Bolagsstämman kan till följd härav icke med giltig verkan inskränka styrelsens eller verkställande direktörens *behörighet* (i stället får remediet vara, att styrelsens ledamöter avsätts.) *Befogenheten* kan däremot givetvis inskränkas.

Såsom ovan berörts, kan klanderbara bolagsstämmobeslut verkställas, om talan icke väckts mot beslutet inom klanderfristen. Verkställighet kan emellertid också äga rum, oaktat att klandertalan väckts inom fristen. Detta är förutsatt i ABL 9:17, 4 st, vari stadgas att domstol kan förordna om att bolagsstämmans beslut inte får verkställas intill dess saken slutligt avgjorts (interimistiskt). Styrelsens eller annan ställföreträdares rätt i

[6] Det bör betonas, vilket bl a skett av Lindskog i JT, Olovlig kapitalanvändning; kommentar med anledning av några tingsrättsdomar, JT 1992–93, s 82, s 85, fotnot 17, att omförmälda bolagsstämmobeslut är nulliteter i den inskränkta meningen att för dessa fall icke gäller den begränsande klanderfristen om tre månader; att ett bolagsstämmobeslut är en nullitet innebär däremot inte, att verkställigheten därav i en transaktion med en bolagets medkontrahent med nödvändighet är ogiltig; ogiltigheten är ju i vissa fall beroende av motpartens onda tro. Saken har dock uppmärksammats redan av Nial i "Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut", s 101 ff, särskilt s 102 f, men uppenbarligen befunnits vara av mindre principiellt intresse. Diskuteras kan om de s k nullitetsfallen också över lag kan betecknas som icke preskriptibla. Frågan berörs av Nial i ovan anförda arbete, s 103, och av Lindskog enligt ovan. Se även Lindskog, Preskription, s 98 f. Lindskog föreslår bl a att den allmänna rättsgrundsatserna om passivitetsverkan skulle kunna bli tillämpliga. Motsvarande uttalande har gjorts i förarbetena, se proposition 1975:103, s 412. Ogiltigheten i nullitetsfallen skulle alltså inte kunna göras gällande hur länge som helst, utan aktieägarna kan förlora sin rätt att föra talan mot beslutet vid "längre tids passivitet".

[7] Se närmare härom proposition 1975:103, s 416 f. Jfr s 245 ff.

[8] Se proposition 1975:103, s 413, SOU 1971:15, s 246, Johansson, Bolagsstämma, s 95 ff och Nial i Festskrift till Rodhe 1976, s 335. (Se dock Nial i Festskrift till Rodhe s 334 f om att kompetensfördelningen mellan stämma och styrelse är fastlagd genom tvingande regler.)

detta avseende framgår motsatsvis av ABL 8:13, 2 st, enligt vilket stadgande ställföreträdare ej får efterkomma föreskrift av bolagsstämman eller annat bolagsorgan, om föreskriften icke är gällande, därför att den står i strid mot denna lag eller bolagsordningen. Att stadgandet icke är tillämpligt, om bolagsstämmans beslut genom klanderpreskription enligt ABL 9:17 blir gällande, framgår uttryckligen av förarbetena[9]. Beträffande nullitetsbesluten får därmed också anses framgå, att dylika ej får verkställas (eller "efterkommas"), vid äventyr eljest att ställföreträdare blir skadeståndsskyldig, därest själva verkställighetsåtgärden är giltig[10].

Ovan har antagits, att borgenärsskyddsreglerna i aktiebolagslagen, inklusive i vart fall de materiella utdelningsreglerna – hur saken förhåller sig med de formella utdelningsreglerna skall diskuteras närmare nedan – är tvingande bestämmelser. Bolagsstämmobeslut i strid med dessa bestämmelser är sålunda ogiltiga (nulliteter) och får till följd härav ej heller verkställas. Sker verkställighet, kan skadeståndsansvar aktualiseras; är verkställigheten giltig, kan ansvar utkrävas av aktieägarna eller bolagets ledning, i annat fall av eventuell medkontrahent (i god tro, om denna saknar betydelse för verkställighetsåtgärdens giltighet). Till aktiebolagslagens dispositiva bestämmelser får med all säkerhet å andra sidan räknas bl a de minoritetsskyddsregler som upptagits i 8 och 9 kap. Enligt den mening som kommit till uttryck i doktrin och förarbeten står det klart, att de begränsningar i bolagsstämmans beslutanderätt med hänsyn till föremålet för bolagets verksamhet, verksamhetens syfte och aktieägarens lika rätt i bolaget, som gällde enligt 1944 års aktiebolagslag (76 §) och som fortfarande anses gälla, ehuru endast likhetsprincipen kommit till uttryck i 1975 års lag indirekt genom generalklausulerna (se dock även ABL 3:1), är *dispositiva*. Detsamma gäller generalklausulerna i 8:13 och 9:16[11].

[9] Se proposition 1975:103, s 382, se även SOU 1971:15, s 216.

[10] Om den tidigare lydelsen av ABL 8:13, 2 st, se 1944 års aktiebolagslag 92 §, 1 st, om vad som därom uttalas i SOU 1971:15, s 216, bl a om beslut vars verkställighet skulle innebära ett uppenbart åsidosättande av bolagets intresse, vilken del av den äldre bestämmelsen bortfallit ur den gällande aktiebolagslagen. Se även proposition 1975:103, s 382.

[11] Se SOU 1971:15, s 215 f. Se även Stenbeck m fl, s 184 ff och Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 18 f.

2.2 Om behörigheten, befogenheten och kompetensen – det hittillsvarande systemet

En i anslutning till det ovan anförda näraliggande fråga är verkan av den rättshandling som vidtas av ställföreträdare av aktiebolag i strid med tvingande eller dispositiva bestämmelser. Rättshandlingen kan här ha sitt upphov i ett bolagsstämmobeslut (giltigt, ogiltigt eller klanderbart), men den kan också vara tillkommen på eget initiativ. Ytterst gäller frågan i vad mån rättshandlingen binder det bolag som företrädes.

Inom fullmaktsläran görs, som bekant, skillnad mellan självständiga och osjälvständiga fullmakter. Utmärkande för de självständiga fullmakterna är, att fullmaktsgivaren i något hänseende kommunicerar direkt med tredje man, varvid ramen för fullmakten, d v s behörigheten, framgår av vad som vid en rimlig tolkning (med en tillämpning av sedvanliga tolkningsprinciper) framgår av det kommunicerade budskapet. Betecknande för den osjälvständiga fullmakten är, å andra sidan, att fullmaktsgivaren endast kommunicerar med fullmäktige, varvid fullmaktens gränser framgår av vad som avhandlats mellan fullmaktsgivaren och fullmäktigen (varvid också gäller sedvanliga tolkningsregler). Rätt att företräda ett aktiebolag har i första hand styrelsen, men även verkställande direktör, dock endast inom ramen för ABL 8:6. Styrelsen kan även utse annan firmatecknare, t ex delar av styrelsen eller utomstående person, förutsatt att förbud häremot icke stipulerats i bolagsordningen (ABL 8:11, 2 st). Den fullmakt som ett aktiebolag givit sina ställföreträdare är självständig i den meningen, att aktiebolaget genom utnämnandet från bolagsstämmans sida av styrelse och genom styrelsens utseende av VD, och eventuellt andra firmatecknare, samt registreringen av dessa ställföreträdare kommunicerar med tredje man. Också osjälvständiga fullmakter kan, dock mera undantagsvis, förekomma. Allmänt får anses gälla, att bolagets ställföreträdare har behörighet att företräda bolaget i allt. Skulle ställföreträdares befogenhet vara mera inskränkt än behörigheten, påverkar detta ej giltigheten av de rättshandlingar som företas av ställföreträdare i annat fall än om kontrahenten är i ond tro beträffande befogenhetsinskränkningen.

En ställföreträdares behörighet är dock inte allomfattande. I vissa av-

seenden saknar således ställföreträdare förmåga att binda bolaget. Detta gäller oavsett om tredje man varit i god tro. Så t ex begränsas i regel behörigheten av de tvingande bestämmelserna i aktiebolagslagen. Innebörden härav är att rättshandlingar som företas i strid med tvingande regler icke är bindande för bolaget. En oregelbundenhet vid tillämpningen av den avtalsrättsliga fullmaktsläran är emellertid den möjlighet till *ratihabition* som ges vid behörighetsöverskridanden. Syftet med de tvingande bestämmelserna, nämligen att skydda tredje man, främst borgenärerna, vore förfelat om tillfälle gavs till ratihabition. Därför får i allmänhet antas, vilket också för vissa rättshandlingar är direkt föreskrivet, att behörighetsöverskridanden icke endast medför att bolaget är obundet av rättshandlingen, utan också att rättshandlingen är ogiltig, varför bolaget genom ratihabition ej kan förfoga över rättshandlingens fortbestånd. Vad nu sagts torde t ex gälla skyldigheten att inbetala tillskottskapitalet, förbudet att kvitta skuld på grund härav mot den fordran på aktiebolaget, förvärv av egna aktier, dotterbolags förvärv eller tagande av pant av moderbolagsaktier, fusionsavtal som icke underkastas förfarande till skydd för borgenärer, m m.

Frågan är emellertid hur stark den aktiebolagsrättsliga kopplingen till den avtalsrättsliga fullmaktsläran skall vara. Måhända kan det vara överflödigt att tala om ett behörighetsöverskridande, eftersom ett sådant i dylika fall får anses vara "konsumerat" av det förhållandet, att rättshandlingen är ogiltig. Överhuvudtaget synes det främmande att tala om behörighetsöverskridanden i fullmaktslärans mening när det gäller rättshandlingar i strid med tvingande bestämmelser, som avser att skydda tredje man. Någon fullmakt eller uppdrag från ett aktiebolags sida med innehåll, att ställföreträdare skall företa rättshandlingar i strid med sådana tvingande bestämmelser, kan ju i regel inte komma ifråga. Det synes därför inte vara meningsfullt, däremot i vissa fall diskret vilseledande, att tala om ställföreträdares förmåga att binda bolaget, eller fullmaktens gränser eller behörigheten, när det gäller sådana rättshandlingar.

Emellertid finns i aktiebolagslagen andra tvingande regler, vars syfte inte direkt är att skydda tredje man, såsom t ex kompetensfördelningsreglerna. På vissa områden har bolagsstämman exklusiv kompetens, på andra åter styrelsen. Såvitt gäller dylika tvingande bestämmelser kan knappast betvivlas, att styrelsen gör sig skyldig till ett behörighetsöver-

skridande, när den företar rättshandlingar på bolagsstämmans exklusiva område[12]. Såsom vid varje behörighetsöverskridande är tredje mans goda tro irrelevant för frågan om rättshandlingens bindande verkan. Rättshandlingen torde däremot kunna ratihaberas av bolagsstämman och därmed ges bindande verkan för bolaget. Jämför här t ex beslut om emission, beslut som förutsätter ändring av bolagsordning nedsättning, fusion, likvidation etc.

I övrigt torde i allmänhet en ställföreträdares behörighet att företräda bolaget framgå av det förhållandet helt enkelt, att personen i fråga är ställföreträdare. Ställföreträdare har – med vissa begränsningar som skall diskuteras nedan – en allmän rätt att företräda bolaget. I allmänhet sammanfaller också ställföreträdarens befogenhet med behörigheten. Inskränkningar i befogenheten meddelade av t ex bolagsstämman vad gäller styrelsen, d v s de fall där befogenheten är snävare än behörigheten, har före ikraftträdandet av ändringarna i aktiebolagslagen den 1 januari 1995 inte påverkat ställföreträdarens förmåga att binda bolaget annat än om tredje man är i ond tro beträffande befogenhetsinskränkningen: "De begränsningar av ställföreträdares befogenhet, vilka följa av sådana föreskrifter i bolagsordningen eller av bolagsstämma, eller av föreskrift, som av styrelsen meddelats verkställande direktör eller särskild firmatecknare eller som av verkställande direktör meddelats särskild firmatecknare, är därför utan verkan mot tredje man, om ej denne ägt eller bort äga kännedom om föreskrifterna och tillika insett eller bort inse att rättshandlingarnas företagande stod i strid mot desamma."[13] Befogenhetsöverskridande (men ej behörighetsöverskridande) kan givetvis även föreligga när styrelsen eller verkställande direktör ej alls tagit ställning till en viss rättshandling eller ej ännu givits uppdrag rörande rättshandlingens utförande. Befogenhetsöverskridande kan slutligen också föreligga när ställföreträdare

[12] Jfr proposition 1975:103, s 383; Stenbeck m fl, s 221 och 211.
[13] Se Stenbeck m fl, s 223. Med "föreskrift vid bolagsordningen" avses i detta sammanhang sådan föreskrift som ej inflyter i bolagsregistret.

företar rättshandling trots förekomsten av jäv[14].

I den nu diskuterade meningen är det befogenhetsöverskridande varom stadgas i ABL 8:14 relativt lättbegripligt. Bestämmelsen synes emellertid ha ett vidare syfte. I förarbetena till gällande aktiebolagslagstiftning och äldre lag, liksom i doktrinen, har stadgandets starka anknytning till ABL 8:13 städse uppmärksammats[15]. Såsom framgått av det föregående, har ABL 8:13 väsentligt omredigerats och beskurits i förhållande till motsvarande stadganden i 91 § respektive 66 § i 1944 års lag. Någon saklig ändring har emellertid ej avsetts[16]. Utöver otillbörlighetsregeln (och likhetsgrundsatsen, som även kommit till uttryck däri) i ABL 8:13 (jfr ABL 9:16) skall således i enlighet härmed gälla, att ställföreträdare ej kan företa rättshandlingar, som är främmande för det i bolagsordningen angivna föremålet för bolagets verksamhet eller står i strid med bolagsverksamhetens syfte. (Härvid bortses tills vidare från det begränsade utrymme till sådana rättshandlingar som ges i ABL 12:6, 2 p.) Ovan har redan omtalats, att bolagsstämmobeslut i strid med nu nämnda principer endast är klanderbara och ej tillhör kategorin "nulliteter". Föremålet för bolagets verksamhet skall framgå av bolagsordningen och skall registreras. Syftet med bolagets verksamhet framstår för tredje man på så sätt, att om ingenting annat är utsagt härom i bolagsordningen, vilket torde vara ytterst sällsynt, bolagets verksamhet syftar till vinst[17].

Vid en konsekvent tillämpning av den avtalsrättsliga fullmaktsläran synes verksamhetsföremålet och verksamhetens syfte närmast att vara be-

[14] Se Stenbeck m fl, s 223. "Särskild firmatecknare äger icke en legal förvaltningsrättsligt grundad befogenhet att handla för bolaget, utan för sådan befogenhet fordras uppdrag genom behörigt styrelsebeslut eller uppdrag av verkställande direktör beträffande åtgärder som ankommer på denne eller ock en ställning som innefattar sådant uppdrag. Då särskild firmatecknare ingår rättshandling med tredje man, är denne berättigad utgå ifrån att behörigt uppdrag för firmatecknaren av styrelsen eller verkställande direktören. Men vet tredje man, eller borde tredje man ha insett, att styrelsebeslut ej föreligger eller uppdrag saknas, eller att styrelsebeslut ej är gällande, t ex därför att samtliga styrelseledamöter icke erhållit tillfälle att deltaga i ärendets behandling eller att jäviga styrelseledamöter deltagit däri, eller att ställföreträdaren överskred sina i uppdraget grundade befogenheter, är rättshandlingen ej bindande för bolaget. Tredje man har då insett eller bort inse att firmatecknaren överskred sin befogenhet." Se också NJA 1982 s 1.

[15] I 1944 års lag motsvarades ABL 8:14 och 8:13 av 93 § respektive 91 §, jämför ABL 9:16 och 76 § i äldre lag.

[16] Se SOU 1971:15, s 215 f.

[17] Det anförda framgår av ABL 12:1, 2 st. Jfr SOU 1971:15, s 310 och proposition 1975:103, s 476. För en mera utförlig diskussion om detta s k vinstpåbud, se Lindskog, Kommentar, s 25 ff.

hörighetsbestämmande faktorer: Det som skrivs in i bolagsordningen och intages i bolagsregistret och publiceras synes *enligt fullmaktsläran* vara att behandla såsom gränserna för fullmakten eller behörigheten, d v s sådan behörighetsbestämmande information som kommuniceras direkt med tredje man vid självständiga fullmakter, varför ett överskridande av dessa gränser från ställföreträdares sida – oavsett tredje mans (faktiska) goda tro – ej kan ha bindande verkan för bolaget. Skulle däremot ställföreträdares befogenhet vara mera inskränkt än behörigheten i denna mening, gäller denna befogenhetsinskränkning givetvis endast om tredje man är i ond tro härom.

Här visar sig dock den i motiven till 1944 års aktiebolagslag uttalade ambitionen, att uppnå korrespondens med avtalslagens fullmaktsterminologi[18], vara förfelad. De begränsningar som kommer till uttryck i bolagsordningens verksamhetsbeskrivning och syftet med verksamheten betecknas nämligen inte som utgörande gränser för fullmakten eller behörigheten utan snarare som *befogenhetsinskränkningar*[19]. Därmed blir enligt det hittillsvarande aktiebolagsrättsliga regelsystemet (d v s gällande fram till den 1 januari 1995) de rättshandlingar som ställföreträdare för bolaget företar utanför ramen för verksamhetsföremålet eller verksamhetens syfte bindande för bolaget om tredje man är i god tro, istället för att – med tillämpning av fullmaktslärans terminologi – icke bli bindande, oavsett tredje mans goda tro. Visserligen är verksamhetsbeskrivningen och verksamhetens syfte en befogenhetsinskränkning, men konsekventare hade varit att här tala om behörigheten. I allmänhet lär väl såvitt gäller verksamhetens föremål och syfte befogenheten sammanfalla med behörigheten. I undantagsfall kan dock förekomma, att bolagsordningen stadgar, eller bolagsstämman beslutar, om vidare inskränkningar av styrelsens befogenhet härutinnan, varvid således befogenheten är mera inskränkt än behörigheten. Beträffande dylika inskränkningar skulle vid ett fasthållande vid fullmaktslärans terminologi tredje mans onda tro ha relevans. Huruvida behörighet att företa rättshandling föreligger eller inte, skulle då avgöras medelst en rimlig (objektiv) tolkning av verksamhetsbeskrivningen och verksamhetens syfte, på samma sätt som vid förekoms-

[18] Se SOU 1941:9, s 335.
[19] Se härom SOU 1941:9, s 344 f.

ten av kungörelsefullmakter, skriftliga fullmakter, eller ställningsfullmakter. Uppenbarligen har emellertid inte aktiebolagslagens bestämmelser i denna del utformats i överensstämmelse härmed. Vad som i bolagsordningen och i registret antecknats (och genom kungörelse kommit tredje man till kännedom) om ett bolags verksamhetssyfte och föremål betecknas sålunda som befogenhetsinskränkningar, beträffande vilka tredje mans goda tro givits rättslig relevans.

Beträffande regleringen av verkan av registrering i aktiebolagsregistret och kungörande därav, se ABL 18:3, vari stadgas att det som enligt aktiebolagslagen eller särskilda bestämmelser blivit infört i aktiebolagsregistret skall anses ha kommit tredje man till kännedom, om det enligt ABL 18:2 kungjorts i Post- och Inrikes tidningar och det inte av omständigheterna framgår att han varken kände till eller bort känna till det som kungjorts. Se även förordningen 1976:933 om kungörande av uppgifter ur aktiebolagsregistret m m av registreringsmyndigheten, enligt vilken registreringsmyndigheten är skyldig att insända avsedda kungörelser för intagning i Post- och Inrikes tidningar senast före utgången av veckan näst efter den då införande eller anteckning gjordes i registret. Av aktiebolagsförordningen 2 § och 44 § (1975:1387) framgår vad som skall upptagas i aktiebolagsregistret. Endast de i lag uttryckligt angivna förhållandena kan registreras.

Svensk aktiebolagsrätt (liksom norsk och finsk) kan härmed hitintills sägas ha intagit en ståndpunkt mellan de ytterligheter som varit förhärskande i kontinentaleuropa och de anglosaxiska länderna. Se härom SOU 1941:9, s 296 f och Nial, Svensk associationsrätt, s 230 f. Här åsyftas den framför allt i engelsk rätt omhuldade teorin om "ultra vires", enligt vilket ett aktiebolag icke är bundet av rättshandlingar som företagits utanför ramen för bolagets verksamhetsföremål eller syfte, helt oberoende av medkontrahentens goda tro, samt den i tysk rätt sedan inledningen till detta århundrade knäsatta principen – och motsatta ståndpunkten – att dylika rättshandlingar genomgående är bindande för bolaget, oaktat att medkontrahenten är i ond tro om det förhållandet att rättshandlingen ligger utanför verksamhetsföremålet eller syftet. (Endast i vissa grövre fall – vid s k kollusion – leder ond tro hos medkontrahenten till att bolaget icke blir bundet.) Jämför den engelska teorin om "ultra vires" med den i övrigt ymnigt förekommande s k spécialité statuaire-principen, enligt vilket ett aktiebolag anses vara bildat för ett visst ändamål och med ett visst verksamhetsföremål, varvid rättshandlingar utom ramen för ändamålet och föremålet är ogiltiga oavsett medkontrahentens goda tro och den tyska principen, å andra sidan, med den allmänt antagna regeln att befogenhetsinskränkningar i bolagsordningen icke kan åberopas mot tredje man. Se om den i EG antagna regeln i första bolagsdirektivet, artikel 9 nedan. Den hittillsvarande svenska konstruktionen synes vila på tanken, att alla de begränsningar i ställföreträdarens handlingsutrymme som emanerar från bolagsstämman, oavsett om de är begränsningar i form av direkta instruktioner, åläggande eller förbud, eller begränsningar i form av riktlinjer nedtecknade i bolagsordningen, är befogen-

hetsinskränkningar, vilka får genomslagskraft endast vid ond tro hos medkontrahenten.

Ett strikt fasthållande vid fullmaktslärans terminologi hade, såsom ovan berörts, till synes inneburit en anslutning till ultra vires-teorin: vad som anges i bolagsordningen beträffande verksamhetsföremålet och syftet, och som dessutom registrerats och vederbörligen kungjorts, skulle då ha varit behörighetsgrundande, varvid medkontrahentens goda eller onda tro skulle sakna betydelse. Beaktas emellertid den presumtionsverkan som enligt svensk rätt (ABL 18:3) ges registrering och kungörelse av här omtalade uppgifter, varvid det även skall framhållas att det endast i undantagsfall skall vara möjligt att vara i god tro beträffande dylika uppgifter (tredje man får till stöd för att han varken ägt eller bort äga kännedom om den registrerade uppgiften endast åberopa faktiska förhållanden, som gjort det omöjligt för honom att få del av kungörelsen, exempelvis avbruten postgång (se NJA II 1887 nr 3, s 2 och s 18 till 22; jfr Nial, Svensk associationsrätt, s 227 och NJA 1987 s 592, s 594), är måhända skillnaden i praktiken mellan den svenska ståndpunkten och ultra viresteorin icke så påtaglig. (Till de uppgifter som intas i aktiebolagsregistret hör bolagsordningen innefattande verksamhetsföremål, syfte, m m.)

På grund av de ändringar av aktiebolagslagen som EG-anpassningen utlöst, har ABL 18:3 modifierats (ikraftträdandetidpunkt är den 1 januari 1995). Ändringen av ABL 18:3 innebär, att det införs en bestämmelse som medför, att ett förhållande som skall registreras i aktiebolagsregistret som regel skall få åberopas mot tredje man först sedan sådan registrering har skett och förhållandet har kungjorts i Post- och Inrikes tidningar, s k negativ publicitetsverkan. Förhållandet skall dock få åberopas mot tredje man redan före kungörandet om bolaget visar, att tredje man likväl kände till förhållandet. Vidare skall tredje man anses känna till sådana förhållanden som har införts i aktiebolagsregistret och kungjorts i Post- och Inrikes tidningar, såvida han inte visar att det var omöjligt för honom att känna till det som har kungjorts. Från och med den 16 dagen från kungörandet skall han alltid anses ha kännedom om förhållandet, s k positiv publicitetsverkan. För det fall det som har kungjorts i Post- och Inrikes tidningar inte överensstämmer med vad som införts i aktiebolagsregistret, kan bolaget inte åberopa kungörelsens innehåll mot tredje man. Denne kan dock åberopa kungörelsens innehåll mot bolaget, om bolaget inte visar att han kände till vad som införts i aktiebolagsregistret. Ändringarna är föranledda av artikeln 3.5 i publicitetsdirektivet (68/151/EEG), vilken artikel i sin tur skall ses mot bakgrund av artikel 2 i samma direktiv.

Det finns emellertid vissa inkongruenser i den av den svenske lagstiftaren valda tekniken. Antag t ex att ställföreträdares befogenhet att företaga rättshandlingar är mer begränsad – med hänsyftning på verksamhetsföremålet och syftet – än vad som framgår av aktiebolagsregistret och det som kungjorts därur. Dylika begränsningar kan ha sin grund t ex i det förhållandet, att en given ställföreträdares kompetens begränsats till en eller flera av bolagets verksamhetsdelar, eller i den omständigheten att bolagsstämman gjort en ändring i bolagsordningens bestämmelser om verksamhetsföremål och syfte i begränsande riktning, men ändringen ej ännu registrerats och kungjorts. Särskilt i det sistnämnda fallet står klart, att ställföreträdares faktiska befogenhet är mera inskränkt än den *befogenhet* som framgår av registret och kungörelsen.

Med en tillämpning av fullmaktslärans terminologi borde befogenheten vara det ställföreträdaren p g a ändringen har rätt att göra för att binda bolaget, behörigheten dock vad ställföreträdaren fortfarande kan eller har förmåga till att göra i enlighet med vad som registrerats och kungjorts. (Är dock tredje man i ond tro beträffande ändringen, blir bolaget icke bundet av behörighetsöverskridanden.) Det hela kompliceras ytterligare av en annan "allmän rättsprincip", som tidigare kom till uttryck i 1944 års aktiebolagslag, 204 §, 1951 års firmalag, 10 § och 1887 års lag om handelsregister, firma och prokura, 7 §, nämligen att ändringar avseende sådana förhållanden som har blivit eller borde ha blivit registrerade, t ex ändringar beträffande firmatecknare eller verksamhetsföremål eller syfte, icke före kungörandet med laga verkan kan åberopas mot annan tredje man än den som visas ha ägt vetskap om ändringen i fråga. (Se NJA II 1887 nr 3, s 20.) Bestämmelsen har visserligen utgått ur nu gällande motsvarigheter till de omförmälda lagarna; någon saklig ändring har emellertid icke åsyftats, enär bestämmelsen ger uttryck för en allmän rättsprincip. Se Nial, Svensk associationsrätt s 228; proposition 1974:4, s 246 och proposition 1986/87:7, s 263. Nial kritiserar principen i fråga, och föreslår att sedvanliga godtrosregler istället skall tillämpas. Se Nial, *op. cit.*, s 237. Överensstämmelsen med godtrosregeln i ABL 8:14 är sålunda mindre god.

EG-anpassningen av den svenska aktiebolagsrätten har emellertid påkallat en justering av nu diskuterade regelverk, varom mera nedan. Det må antecknas, såvitt gäller god tro beträffande registerinnehållet[20], att, ehuru tredje man presumeras ha kunskap om uppgifterna i aktiebolagsregistret, alltså även till den del innehållet icke till fullo kungjorts, och endast i undantagsfall kan freda sig från denna presumtion, lämnar bestämmelserna ett större utrymme för god tro beträffande tolkningen av verksamhetsbeskrivningen och syftet i det enskilda fallet[21]. Denna utvidgning av godtrosregeln synes innebära, att slutsatsen, att en viss rättshandling, som vid en tolkning av ett bolags verksamhetsbeskrivning visserligen faller utanför verksamhetsföremålet, men p g a medkontrahentens goda tro om detta förhållande i det specifika fallet ändock blir bindande för bolaget, är giltig; eljest vore regeln endast ett annat uttryck för den inom fullmaktsläran antagna förutsättningen, nämligen att varje uppdrag eller fullmakt måste underkastas en sedvanlig tolkning, varför frågan uteslutande skulle gälla huruvida en rättshandling – vid en dylik tolkning – fal-

[20] Märk här den ändring som skedde i ABL 18:3, se proposition 1984/85:38, s 3 ff och s 9, vilken ändring trädde i kraft den 1 januari 1986, nämligen att kungörelse om ändring endast skall avse "ändringens art" och icke dess närmare innehåll.

[21] Se Stenbeck m fl, s 222 och Nial, Svensk associationsrätt, s 230 f.

ler inom verksamhetsbeskrivningen eller inte och godtroskvalifikationen sakna betydelse[22].

Sådana i bolagets namn och för bolagets räkning företagna rättshandlingar, som strider mot otillbörlighetsregeln eller likhetsprincipen i ABL 8:13 och 9:16 skall till synes också omfattas av befogenhetsregeln ABL 8:14. Förutsätts att en ställföreträdare har allmän behörighet att företräda bolaget, vilken behörighet sålunda kvalificeras av kompetens- och funktionsfördelning mellan bolagsorganen, tvingande bestämmelser och – ehuru icke terminologiskt överensstämmande – av registeruppgifter om bl a verksamhetsföremål och syfte, begränsas ställföreträdares befogenhet av nyss nämnda regler. Är medkontrahenten i ond tro beträffande otillbörligheten av en viss rättshandling i den mening som stadgas i ABL 8:13 eller det förhållandet, att rättshandlingen drabbar aktieägarna olika, är denna således inte bindande för bolaget. Framgår inte otillbörligheten eller olikheten av de faktiska förhållandena, skulle god tro mycket väl kunna föreligga. I det motsatta fallet torde det emellertid endast i undantagsfall vara möjligt att göra gällande god tro, t ex beträffande samtliga aktieägares samtycke till rättshandlingen, med mindre än att medkontrahenten efter en undersökning haft rimlig anledning att antaga att sådant samtycke givits[23].

Vad sedan slutligen gäller VD:s behörighet (och befogenhet) framgår den indirekt av ABL 8:6, varvid med en tillämpning av fullmaktslärans terminologi återigen en VD:s fullmakt kan jämföras med ställningsfullmakten (se avtalslagen 10 §, 2 st). VD:s behörighet får anses framgå av vad som enligt lag eller sedvana kan sägas ingå i den löpande förvaltningen. Har VD:s befogenhet begränsats inom denna ram, t ex p g a styrelsens föreskrifter, anvisningar, ålägganden m m, är av VD företagna rättshandlingar som innebär befogenhetsöverskridande – men ej behörighetsöverskridande – ändå bindande för bolaget, om tredje man var i god tro härom. Någon registrering av dylika befogenhetsbegränsningar kan i allmänhet ej ske. Men aktiebolagslagen går längre än så: även i fall av behörighetsöverskridande, d v s där VD företar rättshandling utanför den löpande förvaltningen, oaktat att rättshandlingen ej kan betecknas som

[22] Jfr beträffande ovan även Dotevall, s 75 ff.
[23] Jfr Nial, Svensk associationsrätt, s 231.

brådskande enligt ABL 8:6, 1 st, 3 p, skall tydligen enligt ABL 8:14 rättshandlingen kunna vara bindande för bolaget om tredje man var i god tro. Här föreligger följaktligen ytterligare en anomali och en avvikelse från den avtalsrättsliga fullmaktslärans mönster[24]. Avvikelsen sägs i förarbetena sammanhänga med att vad som hör till den löpande förvaltningen kan vara svårbestämbart för en utomstående. Tredje man kan åberopa sin goda tro inte bara i fråga om gränsdragningen mellan löpande och annan förvaltning utan också i fråga om åtgärdens beskaffenhet[25]. Tredje man kan givetvis också hänvisa till undantaget för rättshandlingar där styrelsebeslut inte utan olägenhet kan avvaktas, d v s brådskande åtgärder[26].

En sammanfattning av det ovanstående ger vid handen, att enligt det hitintills fram till den 1 januari 1995 gällande systemet en ställföreträdares *behörighet* och *befogenhet* begränsas av följande.

1. Tvingande regler rörande kompetensfördelningen mellan bolagsorganen till den del bestämmelserna ger exklusiv kompetens på vissa områden, t ex till bolagsstämman beträffande ändringar av bolagsordningen, nyemissioner, likvidationsbeslut m m.
2. Tvingande bestämmelser avsedda att främst skydda tredje man (men även minoritetsaktieägare), d v s vad som här betecknas som borgenärsskyddsregler, t ex regler om inbetalning av tillskottskapital, kvittningsförbud, nedsättning av aktiekapitalet, förvärv av egna aktier, utbetalning till aktieägare eller annan, fusion, m m. Hit hör med all säkerhet åtgärder som är straffbara, t ex brott enligt brottsbalken.
3. Vad som följer av en ställning som VD, och sålunda den löpande förvaltningen, inom ett bolag.
   Att tredje man varit i god tro saknar i allmänhet betydelse vid behörighetsöverskridanden enligt punkt 1 och 2, med undantag av vinstutdelningsfallet enligt den tvingande regeln i ABL 12:5, varom mera nedan. Vid behörighetsöverskridande i fall 3 enligt ovan, tillmäts emellertid god tro betydelse. På samma sätt saknar *ratihabition* verkan vid behörighetsöverskridande enligt punkten 1 och 2 ovan, till synes utan un-

[24] Jfr Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 4:e uppl (Stockholm 1993), s 61 f.
[25] Se proposition 1975:103, s 384 och Stenbeck m fl, s 224.
[26] Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 203, ger en annan tolkning av de nu diskuterade bestämmelserna och synes betrakta bruket av termen "behörighet" i ABL 8:14 som ett redaktionellt fel. Se dock Dotevall, s 76, fotnot 1.

dantag, men får full effekt vid behörighetsöverskridande enligt punkt 3 ovan, förutsatt att rättshandlingen ligger inom styrelsens kompetensområde (jämför Nial, Svensk associationsrätt, s 226 f och 231, där de tvingande bestämmelserna enligt punkt 1 och 2 ovan betecknas som "ovillkorliga behörighetsbegränsningar", beträffande vilka även *ratihabition* saknar verkan.)

4. Vad som i övrigt med en tillämpning av fullmaktslärans terminologi skulle kunna betecknas som behörighetsbegränsningar, nämligen sådana som på grundval av bolagsordningen eller annorledes blivit registrerade och kungjorda (även ändringar härutinnan, om än ej i sin helhet och till innehållet, utan endast till arten), betecknas i aktiebolagslagen såsom befogenhetsinskränkningar. Här avses registeranteckningar om verksamhetens föremål och syfte (vilket ofta framgår indirekt) m m. Enligt ABL 18:3, presumeras kännedom om vad som registrerats och kungjorts, varför god tro endast undantagsvis kan komma ifråga beträffande sådana uppgifter. Emellertid synes en sedvanlig godtrosregel vara tillämplig beträffande frågan huruvida enligt de faktiska förhållandena en viss rättshandling i det enskilda fallet sammanfaller med verksamhetsföremålet eller syftet.
5. Vid det som enligt fullmaktslärans terminologi kan betraktas som rena befogenhetsinskränkningar, t ex föreskrifter, instruktioner eller anvisningar, som innebär att VD:s befogenhet är snävare än behörigheten inom ramen för den löpande förvaltningen, eller att andra ställföreträdare antingen saknar befogenhet (p g a att uppdrag ej givits) eller har begränsad sådan i förhållande till vad en ställföreträdare i allmänhet kan utföra för att binda bolaget, har givetvis god tro hos tredje man full relevans. I fall av befogenhetsöverskridanden enligt punkt 4 och 5 ovan – vid ond tro hos tredje man – har *ratihabitionen* full effekt.
6. Såvitt avser rättshandlingar i strid med otillbörlighetsregeln eller likhetsgrundsatsen, samt jävsreglerna i aktiebolagsrätten, ges befogenhetsinskränkningar direkt i lag i dispositiva bestämmelser; dessa behandlas dock på samma sätt som befogenhetsinskränkningen enligt punkt 4 och 5 ovan[27].

[27] Beträffande ytteligare fall se Nial, Svensk associationsrätt, s 229, punkten a och Kedner/-Roos, s 224.

2.3 Det nya EG-anpassade systemet beträffande behörighet och befogenhet

Såsom nämnts ovan sker en ständig anpassning av svensk rätt till EG-rätten. För aktiebolagsrättens vidkommande har riksdagen nyligen beslutat om ändringar i aktiebolagslagen på grundval av EG:s aktiebolagsrättsliga direktiv nr 1 (68/151/EEG), det s k publicitetsdirektivet, nr 2 (77/91/EEG), det s k kapitaldirektivet, nr 3 (78/855/EEG) det s k fusionsdirektivet, och nr 12 (89/667/EEG), direktivet avseende enmansbolag. Ändringarna i aktiebolagslagen träder med visst undantag i kraft den 1 januari 1995 (se proposition 1993/94:196 om ändringar i aktiebolagslagen 1975:1385) m m. Av intresse i detta sammanhang är främst de ändringar i aktiebolagslagen som påkallats av publicitetsdirektivet, vilket bl a innehåller bestämmelser om bolagsorganens möjlighet att binda aktiebolaget. De ifrågavarande ändringarna träffar ABL 8:14. Stadgandets nya lydelse är som följer:

> 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, gäller rättshandlingen inte mot bolaget. Detsamma gäller om en verkställande direktör vid företagande av en rättshandling har överskridit den behörighet som tillkommer honom enligt 12 § och bolaget visar att motparten insåg eller bort inse behörighetsöverskridandet.
>
> Om ställföreträdare som avses i första stycket har överskridit sin befogenhet, gäller rättshandlingen inte mot bolaget, om bolaget visar att motparten insåg eller bort inse befogenhetsöverskridandet. 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 ett annat bolagsorgan.

Vid en jämförelse med den tidigare utformningen av kompetensreglerna kan noteras, att terminologin fortfarande är densamma. Huvudbegreppen är behörighet och befogenhet. Sakligt sett torde full överensstämmelse föreligga mellan behörighetsreglerna i bestämmelsens första stycke och vad som tidigare har gällt. Någon ändring av innebörden i ondtrosregeln är heller inte avsedd (se propositionen, s 169). Även fortsättningsvis skall således gälla, att behörighetsöverskridanden i form av överträdelser av tvingande förbudsregler i aktiebolagslagen eller tvingande kompetens-

fördelningsprinciper eller ren brottslig verksamhet icke rättsligt binder bolaget. Såvitt gäller den verkställande direktörens behörighet återfinns i den antagna lagtexten den extraordinära ondtrosregeln, som sakligt sett är identisk med vad som hittills gällt.

Vad sedan gäller befogenhetsöverskridanden, varom stadgas i andra stycket, föreligger emellertid avgörande skillnader i jämförelse med det utgående systemet. Huvudregeln beträffande befogenhetsöverskridandena är visserligen densamma, nämligen att sådana är oförbindande för bolaget om detta visar, att motparten insåg eller bort inse att befogenheten överskreds. Ondtrosrekvisitet är av samma innebörd som tidigare. Såsom framgår av stadgandets (andra stycket) andra punkt, skall dock motpartens goda eller onda tro helt sakna betydelse vid styrelsens eller verkställande direktörens överträdelse av föreskrift om bolagets verksamhetsföremål eller andra föreskrifter som har meddelats i bolagsordningen eller av ett annat bolagsorgan. Att motpartens onda tro beträffande ett sådant befogenhetsöverskridande skall sakna betydelse, är en betydande nyhet för den svenska aktiebolagsrättens del. Denna väsentliga ändring sägs vara en direkt konsekvens av artikel 9 i publicitetsdirektivet. Innebörden av denna nyhet är, att alla de instruktioner som bolagsstämman ger styrelsen, eller styrelsen ger den verkställande direktören, i muntlig eller skriftlig form, eller genom att instruktionen intas i bolagsordningen, mera specifikt eller i allmänna ordalag, såsom t ex i föreskrift om bolagets verksamhetsföremål eller syfte, vilka instruktioner verkar befogenhetsinskränkande, helt saknar effekt på giltigheten av de rättshandlingar som ingås av styrelsen eller den verkställande direktören i bolagets namn och för bolagets räkning, *även om* motparten kände till, eller bort känna till, en sådan befogenhetsinskränkande instruktion. Befogenhetsöverskridandet kan inte åberopas mot tredje man på associationsrättslig grund. Som exempel härpå kan nämnas (jfr propositionen 1993/94:196 Ändringar i aktiebolagslagen (1975:1385) m m, s 170) aktiebolaget, som enligt bolagsordningen skall bedriva verksamhet bestående i fastighetsförvaltning. En total utförsäljning av bolagets fastighetsbestånd torde kunna stå i strid med verksamhetsbestämmelsen i bolagsordningen. Att styrelsen handlat i strid med verksamhetsbestämmelsen härutinnan, kan emellertid med stöd av associationsrättsliga regler icke ändra det förhållandet, att försäljningsavtalen blir giltiga, helt oavsett att

tredje man varit i ond tro om den i bolagsordningen föreskrivna begränsningen och effekterna härav. Ett annat exempel är att i bolagsordningen föreskrivits, att styrelsen och verkställande direktören ej äger att avhända fast egendom, utan att beslutanderätten härom tillkommer bolagsstämman. En försäljning av fast egendom utan inhämtande av bolagsstämmans godkännande utgör ett befogenhetsöverskridande. Detta kan emellertid icke åberopas mot förvärvaren av den fasta egendomen; avtalet blir bindande, oaktat förvärvaren varit i ond tro beträffande befogenhetsinskränkningen. På samma sätt skall andra åtgärder av styrelsen eller verkställande direktören behandlas. Varje befogenhetsöverskridande binder aktiebolaget, oavsett om befogenhetsöverskridandet kommit till uttryck i bolagsordningen eller på annat sätt, och oberoende av motpartens onda tro.

Det bör understrykas att befogenhetsregeln i andra styckets andra punkt endast träffar beslut, åtgärder, rättshandlingar, från styrelsens eller verkställande direktörens sida i bolagets namn och för bolagets räkning. Stadgandet reglerar således endast den befogenhet som tillkommer styrelsen och den verkställande direktören enligt de allmänna kompetensfördelningsprinciper som gäller i aktiebolagsrätten. Med styrelsen avses följaktligen endast styrelsen *i dess helhet*. För det fall en eller flera enskilda styrelseledamöter, eller personer som icke tillhör bolagsledningen, erhållit särskild *firmateckningsrätt* och vid begagnandet av denna rätt överskrider sin befogenhet, t ex att genom att rättshandla för bolaget utan att ha erhållit något specifikt uppdrag, eller genom att gå utanför uppdraget, skall istället huvudregeln om befogenhetsöverskridande tillämpas, d v s rättshandlingen blir bindande för bolaget endast om motparten varit i god tro beträffande befogenhetsöverskridandet. Gäller den särskilde firmatecknarens uppdrag ett verkställande av ett sådant beslut av styrelsen eller den verkställande direktören, som står i strid med bolagsordningens eller andra muntliga eller skriftliga föreskrifter om styrelsen eller verkställande direktörens befogenhet, varom stadgas i den andra punkten, skall denna undantagsregel istället bli tillämplig. Befogenhetsöverskridandet har ju i denna situation skett av styrelsen såsom sådan eller av den verkställande direktören och icke av den särskilda firmatecknaren (jfr propositionen, s 171).

I propositionen ifråga, s 169 ff, betonas ihärdigt, att undantagsregeln om styrelsens och verkställande direktörens befogenhetsöverskridande såvitt gäller instruktioner i bolagsordningen eller på annat sätt uteslutande innebär, att bolaget icke på *associationsrättsliga grunder* kan frånkomma bundenheten av avtal, m m som ingåtts genom befogenhetsöverskridandet. Nogsamt poängteras också, s 171, att en tillämpning av andra ogiltighetsregler utanför aktiebolagsrätten, företrädesvis ogiltighetsregler inom avtalsrätt och hithörande regler, kan leda till ett annat resultat. Härvid hänvisas främst till 33 och 36 §§ i avtalslagen, men givetvis skulle även alla de andra ogiltighetsreglerna som följer av avtalslagen eller annan lag, eller allmänna rättsgrundsatser, läggas till grund för ett hävdande av ogiltighet.

Med en hänvisning till sammanfattningen ovan av det hitintills gällande systemet beträffande behörighet och befogenhet (se s 23) torde följande huvudpunkter kunna uppställas.

1. Bolagsorganens *behörighet* är inskränkt till följd av regleringen i aktiebolagslagen av kompetensfördelningen mellan bolagsorganen såvitt gäller bolagsorganets exklusiva kompetens på vissa områden. Skulle styrelsen fatta beslut om sådant som tillhör bolagsstämmans exklusiva kompetens, föreligger således ett behörighetsöverskridande. Rättsläget är härvid (d v s från och med den 1 januari 1995) detsamma som tidigare.
2. Ett överskridande av *behörigheten* är för handen också vid överträdelse av tvingande borgenärsskyddsregler, eller i fall av ren brottslig verksamhet, särskilt vad gäller överträdelse av förbudsstadgandet till skydd för bolagets borgenärer (medelbart även aktieägare). Rättsläget i dessa hänseenden är detsamma som tidigare.
3. Ett *behörighets*överskridande av den verkställande direktören binder heller icke bolaget, förutsatt att bolaget visar, att motparten kände till eller bort känna till överskridandet ifråga. De ändringar som här införts är av redaktionell karaktär och saknar betydelse i sak.
4. Vad sedan gäller *befogenhets*överskridande är huvudregeln numera den, att sådana binder bolaget, om motparten var i god tro, d v s bolaget kan undvika bundenhet endast om bolaget visar, att medkontrahenten varken känt till eller bort känna till omständigheterna som utgjorde befogenhetsöverskridande. Huvudregeln sägs vara tillämplig på s k legala befogenhetsinskränkningar, såsom t ex inskränkningar på

grund av jäv eller vad som följer av generalklausulerna i ABL 8:13 och ABL 9:16 innefattande otillbörlighetsregeln och likhetsgrundsatsen. Eftersom likhetsgrundsatsen även anses komma till uttryck i ABL 3:1, får också de befogenhetsinskränkningar som följer av en tillämpning av detta stadgande anses vara att kvalificera som "legala". Alla dylika befogenhetsinskränkningar som får anses följa direkt av lagen faller således under huvudregeln. Rättshandlingar i strid med sådana befogenhetsinskränkningar är icke bindande för bolaget, om motparten var i ond tro härom. I förarbetena (propositionen, s 170) uttalas, att även överträdelse av andra associationsrättsliga regler kan vara att bedöma på identiskt sätt, men att det får överlämnas till rättstillämpningen att avgöra vilka åtgärder eller rättshandlingar som är att kvalificera som befogenhetsöverskridanden enligt huvudregeln och dra gränserna mellan behörighets- respektive befogenhetsöverskridanden, samt mellan befogenhetsöverskridanden enligt huvudregeln och överskridanden enligt undantagsregeln enligt nedan.

5. Undantagsregeln i ABL 8:14, 2 st, 2 p, är den stora nyheten i svensk aktiebolagsrätt. Regeln träffar vissa särskilda befogenhetsöverskridanden. Handlar styrelsen som sådan, eller den verkställande direktören, i strid med föreskrift i bolagsordningen om bolagets verksamhetsföremål, eller annan föreskrift som inskränker styrelsens eller den verkställande direktörens befogenhet, skall bolaget ändå bli bundet av de rättshandlingar som befogenhetsöverskridandet resulterat i, trots att medkontrahenten är i ond tro om befogenhetsöverskridandet. Detsamma skall gälla andra interna instruktioner som bolagsstämman skriftligen eller muntligen riktar till styrelsen eller som styrelsen riktar till den verkställande direktören.
6. För särskilda firmatecknare, som inte ensamma utgör styrelse i bolaget, gäller huvudregeln enligt ovan. Ett överskridande av de uppdrag särskilt firmatecknare erhållit av en styrelse, eller en rättshandling helt utan uppdrag, medför icke att bolaget blir bundet, om bolaget visar att motparten insåg eller bort inse att firmatecknaren överskred uppdraget. Avser den särskilda firmatecknarens rättshandling uteslutande ett verkställande av ett beslut som styrelsen eller den verkställande direktören har fattat i strid med bolagsordningens befogenhetsinskränk-

ningar eller instruktioner från överordnat bolagsorgan, skall emellertid undantagsregeln tillämpas.

Sammanfattningsvis skall följaktligen enligt det nya, EG-anpassade systemet beträffande behörighet och befogenhet gälla i huvudsak vad som tidigare varit gällande rätt, dock att enligt den nyinförda undantagsregeln, vissa befogenhetsöverskridanden i bolagsordningen eller i form av andra instruktioner från överordnat bolagsorgan skall sakna relevans vid bedömningen av giltigheten av de rättshandlingar som befogenhetsöverskridandet resulterat i.

Lämpligheten av utformningen av det regelsystemet, och särskilt undantagsregeln, kan på goda grunder ifrågasättas. Trots att det föreligger stora likheter mellan det nya systemet och tidigare gällande regler, är säkerligen införandet av undantagsregeln omvälvande för affärslivet. Man frågar sig varför lagstiftarens inställning icke har varit, att så långt som överhuvudtaget är möjligt på det nu aktuella området, i omsättningens intresse och eljest, och utan att därmed nödvändigtvis sänka ambitionsnivån i vad gäller att anpassa de svenska regelsystemet till EG-direktiven, hålla fast vid de svenska rättstraditionerna. I synnerhet kan ifrågasättas varför icke möjligheten i publicitetsdirektivets artikel 9 punkt 1, 2 st, till undantag utnyttjats. Detta undantag medger nämligen en föreskrift i nationell lag om att bolaget under vissa förutsättningar inte skall vara bundet av åtgärder som ligger utanför bolagets verksamhetsföremål. Undantagsmöjligheten har emellertid uppenbarligen icke begagnats av lagstiftaren, trots önskemål från flera remissinstansers sida. (Se härom i propositionen 1993/94:196, s 126 f). Lagstiftaren förklarar sitt ställningstagande med att tredje mans skyddsintresse tillgodoses bäst genom införandet av undantagsregeln i ABL 8:14, 2 st, 2 p, och anför härvid följande:

"Det är rimligt att risken för att bolagets ställföreträdare handlar illojalt helt och hållet bärs av bolaget. Det är också i omsättningens intresse att tredje man kan ingå rättshandlingar med bolagets ställföreträdare utan att närmare behöva överväga om åtgärden ligger inom ramen för bolagets verksamhetsförmål eller inte. Därvid bör särskilt beaktas, att verksamhetsbestämmelserna i bolagsordningen ofta är föråldrade eller mycket vagt utformade och ibland rent av kan synas sakna anknytning till den verksamhet som bolaget rent faktiskt bedriver. Detta gör det synnerligen svårt för bolagets motparter att bedöma om en rättshandling ligger inom ramen för bolagets verksamhetsförmål."

Sakvärdet av uttalandet synes emellertid minska, om hänsyn tas till den sedvanliga ondtrosregeln, enligt vilken bolaget skall visa, att motparten varit i ond tro. Är en verksamhetsbestämmelse föråldrad eller mycket vagt utformad m m, torde bolaget ha svårt att visa förekomsten av ond tro. En medkontrahent i god tro skulle således skyddas av ondtrosregeln. Mot detta kan invändas, att omsättningen kan "hämmas" av att medkontrahenten "måste lägga

vikt vid den kunskap han har om bolagets verksamhetsförmål" (jfr propositionen, s 126 f). I propositionen uttalas också att ett bibehållande av ondtrosregeln skulle vara ett "mycket trubbigt och ineffektivt remedium mot olika slag av missbruk från ställföreträdarens sida". Det tilläggs också, att ett borttagande av ondtrosregeln rättsligt sett icke behöver ha så betydande effekter, eftersom avtalslagens ogiltighetsregler, i första hand 33 och 36 §§, "torde ge minst lika goda förutsättningar att komma till rätta med överträdelser av verksamhetsföremålet som bibehållandet av en särskild ondtrosregel i aktiebolagslagen". Om detta är fallet, frågar man sig, varför överhuvudtaget avskaffa ondtrosregeln? De i propositionen särskilt framhållna ändamålet med ett borttagande av ondtrosregeln, nämligen att tillgodose "tredje mans skyddsintresse" synes ju ändå inte kunna uppfyllas, när ogiltighetsregler utanför associationsrätten fyller ut det tomrum, och mer därtill, som borttagandet ger upphov till. Grunderna för att avstå från ett bibehållande av ondtrosregeln är emellertid, som synes, mycket grumliga. Vägvalet indikerar snarast en ambition att anpassa svensk lag till tysk rätt.

När nu lagstiftaren avstått från att begagna undantagsmöjligheten beträffande föreskrift om verksamhetsföremål i publicitetsdirektivet art 9 punkt 1, 2 st, och sålunda utmönstrat ondtrosregeln ur svensk aktiebolagsrätt i syfte att tillgodose "tredje mans skyddsintresse", kunde det tyckas konsekvent att i samma intresse avföra ondtrosregeln beträffande övriga befogenhetsöverskridanden, närmare bestämt sådana som avser rättshandlingar i strid med jävsregeln i ABL 8:10 och generalklausulerna i 8:13 resp (9:16), vilka befogenhetsöverskridanden enligt det antagna lagstadgandet ju faller under huvudregeln. För det senare talar bl a, såsom uttryckts i förarbetena (propositionen, s 126), "intresset av enhetlig reglering". För bolagets medkontrahenter torde svårigheten att uppfatta jävssituationer, liksom rättshandlingar eller beslut i strid med generalklausulerna eller jävsregeln, vara minst lika stor, som beträffande sådana åtgärder som faller utom ramen för bolagets verksamhetsföremål. Även här finns beaktansvärda tredjemansintressen att försvara. Emellertid har det befunnits, att "det inte finns tillräckliga skäl att ändra på den ordning som gäller idag". Några närmare anvisningar om vilka överväganden som gjorts härvidlag lämnas dock icke i propositionen. Det är inte utan vidare lätt att inse varför tredje man skulle vara mera skyddsvärd t ex i det fallet där bolagets ställföreträdare bryter mot klara verksamhetsföreskrifter, varom tredje man är i ond tro, än när befogenhetsöverskridandet avser ett subtilt gynnande av vissa aktieägare på bekostnad av andra eller bolaget eller där fråga är om komplicerade jävsförhållanden. Ett större mått av enhetlighet hade varit att föredra. Det är också uppenbart att genom den konstruktion som valts beträffande s k särskilda firmatecknare, svåra gränsdragningssvårigheter ådagalagts såvitt gäller rättshandlingar på styrelsens uppdrag och åtgärder av ren verkställighetskaraktär. Det grundläggande för distinktionen mellan styrelsen och den verkställande direktören, å ena sidan, och särskilt firmatecknare, å den andra, är, enligt vad som framgår av propositionen, att särskilt firmatecknare icke är i publicitetsdirektivets mening att anse som bolagsorgan. Utgörs styrelsen av en enda ledamot, är saken givetvis en helt annan. Har däremot utomstående givits rätt att teckna firma, eller består styrelsen av två eller flera ledamöter, som var för sig givits firmateckningsrätt, eller denna rätt delegerats

utomstående, aktualiseras nu nämnda gränsdragningsproblem. Det kan anteckna, att de svenska reglerna om särskilda firmatecknare, som kan, men inte behöver vara ledamöter av styrelsen, saknar egentlig motsvarighet i EU-staternas rättssystem. I tysk rätt kompletteras t ex den associationsrättsliga lagstiftningens regler om styrelseledamöternas firmateckningsrätt med regler om prokura. Jfr propositionen, s 127. Enligt Aktiebolagskommitténs förslag i delbetänkandet, aktiebolagslagen och EG, SOU 1992:83, se särskilt s 162 ff, gjordes icke någon skillnad mellan bolagsorganens befogenhetsöverskridanden och särskilda firmatecknares befogenhetsöverskridande. Enligt kommitténs mening skulle ondtrosregeln avskaffas även beträffande särskilda firmatecknare. Kommitténs uppfattning mötte inga invändningar under remissbehandlingen. Icke desto mindre stannade lagstiftaren slutgiltigt för en annan lösning. Såsom grund härför anförs i propositionen följande (s 128):

"Den särskilde firmatecknaren står i väsentliga avseenden en vanlig fullmäktig nära. Det skillnader som förekommer avser huvudsakligen det sätt på vilken behörigheten kommer till uttryck. Sålunda grundar den särskilde firmatecknaren sin behörighet på ett beslut av styrelsen, medan fullmäktigen grundar sin behörighet på fullmakten. Vidare skall uppgift om den särskilde firmatecknaren offentliggöras genom registrering i aktiebolagsregistret, medan fullmäktigens behörighet endast kommer till uttryck i fullmakten. När det gäller frågor om befogenhet är emellertid rättsläget väsentligen detsamma. Såväl den särskilde firmatecknarens som fullmäktigens befogenhet är beroende av att han har fått ett uppdrag att handla på bolagets (fullmaktsgivarens) vägnar. Vidare är befogenhetens omfattning beroende av de inskränkande instruktioner som bolaget eller fullmaktsgivaren kan ha meddelat. I fråga om huvudmannens bundenhet när mellanmannen har överskridit sin befogenhet gäller samma regler vare sig rättshandlingen har vidtagits av en särskild firmatecknare eller av en fullmäktige. Om en fullmäktige handlar utan uppdrag eller överskrider inskränkande instruktioner, är rättshandlingen sålunda inte bindande mot fullmaktsgivaren om tredje man insåg eller bort inse att fullmäktigen överskred sin befogenhet (se 11 § 1 st avtalslagen)."

Den till grund för tillvaratagandet av det skyddsvärda trejdemansintresset liggande undantagsregeln i ABL 8:14, 2 st, 2 p, urholkas avsevärt i det faktiska rättslivet genom detta synsätt. I alla de situationer där ett bolags företrädare eller dess delegater handlar å bolagets vägnar i praktiken, på grund av firmateckningsrätt eller fullmakt, muntlig eller skriftlig, eller på grund av den ställning personen ifråga har i bolaget, är ondtrosregeln tillämplig. Endast i de i praktiken sällsynta fallen där styrelsen som kollektiv fattar beslut eller verkställer beslut, eller där särskild firmatecknare verkställer sådant beslut, eller verkställande direktören vidtar åtgärder i strid med styrelsens instruktioner – förutsatt att dessa inskränker befogenheten i jämförelse med VD:s allmänna behörighet – synes avskaffandet av ondtrosregeln ha betydelse. En viss oklarhet föreligger också i frågan, vad som skall gälla när särskild firmatecknare eller fullmäktige handlar utanför bolagets verksamhetsföremål eller i strid med särskild föreskrift i bolagsordningen eller styrelseinstruktion om vilka affärstransaktioner som ligger inom respektive utom ramen för verksamhetsföremålet och tredje man är i ond tro om sådana föreskrifter. Enligt den konstruktion som valts, synes bolaget icke vara bundet av en rättshandling i strid

med verksamhetsföremålet i ett sådant fall. Detsamma bör gälla allehanda befogenhetsinskränkande instruktioner av bolagsstämman eller styrelsen, skriftliga eller muntliga, offentliggjorda eller inte, som tredje man erhåller kännedom om eller bort känna till.

2.4 Förhållandet mellan ABL 8:14 och ABL 12:5

Efter denna måhända väl utförliga inledning om befogenhet och behörighet i aktiebolagsrätten skall nu diskuteras förhållandet mellan befogenhetsregeln i ABL 8:14 och utbetalningsförbudets sanktionsregel i ABL 12:5. Frågan om relationen dessa bestämmelser emellan i perspektivet av utbetalningsförbudet har särskilt uppmärksammats av Stefan Lindskog i en artikel i Svensk Juristidning[28]. Lindskog ifrågasätter om bestämmelserna i ABL 12:1-5 "skall uppfattas som direkt verkande ogiltighetsregler". Han anlägger ett annat synsätt, vilket tar sin utgångspunkt i företrädarreglerna i ABL 8 kap. Stöd för detta synsätt påstår sig Lindskog ha såväl i rättspraxis som i doktrinen.

Själva kärnan i Lindskogs tes är, att om ett aktiebolag avhänds tillgångar på grund av en disposition i strid med utbetalningsförbudet ("olovlig kapitalanvändning"), har de personer som företrätt bolaget (ställföreträdarna) vid genomförandet av transaktionen gjort sig skyldiga till ett befogenhetsöverskridande, vilket är att bedöma i enlighet med bestämmelsen i ABL 8:14. Transaktionen är sålunda giltig och bindande för bolaget om medkontrahenten varken insåg eller bort inse att frågan var om ett befogenhetsöverskridande. Det förhållandet, att den för bolagets räkning och i bolagets namn agerande personen hade ställföreträdarstatus, och sålunda hade en allmän behörighet att träffa för bolaget bindande transaktioner, hindrar inte att transaktionen blir oförbindande för bolaget när befogenhetsöverskridande, varom medkontrahenten varit i ond tro, skett. Ställföreträdaren kan enligt Lindskog "inte hänföra sin disposition till ett *giltigt internt bolagsbeslut*, som skulle kunna skänka ho-

[28] Se Lindskog, Om aktiebolags anspråk p g a olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar, SvJT 1992, s 81. Se numera även Kommentar, särskilt s 99 ff och 107.

nom befogenhet att genomföra rättshandlingen". Varje ställföreträdares behörighet måste kompletteras med "ett giltigt bolagsbeslut" för att han inte endast skall vara behörig utan också ha befogenhet. Lindskog fortsätter: "Ifråga om utdelning (eller kapitalanvändning) har endast bolagsstämman kompetens (med den begränsade möjlighet styrelsen jämlikt ABL 12:6, 2 p, har att verkställa gåva). Ett verkställande av en disposition som innefattar ett ianspråktagande av bolagets kapital förutsätter således för att den ifrågavarande firmatecknaren skall ha befogenhet att avhända bolaget den ifrågavarande egendomen att ett giltigt bolagsstämmobeslut föreligger".

Lindskog tillägger emellertid, att skulle samtliga aktieägare vara överens därom, kan också beslut som fattats i annan ordning godtagas[29].

I kommentaren till ABL 12 och 13 kap utvecklar och nyanserar Lindskog sina teser i nu nämnda hänseende. Stadgandet i ABL 12:5, 1 st, synes ej längre vara överflödigt utan kunna tillämpas i kombination med ABL 8:14. Tillämpningssvårigheterna i denna kombinerade variant tycks emellertid vara avsevärda. Under vilka förutsättningar det ena eller andra stadgandet skall tillämpas är inte klart. Avgränsningen mellan stadgandenas tillämpningsområden skulle enligt Lindskog emellertid kunna ske antingen med hänvisning till den *form* som "kapitalanvändningen" tagit sig uttryck i, d v s om användningen skett på grundval av bolagsstämmobeslut eller (annan) särskild rättshandling eller med hänvisning till medkontrahentens status, d v s vem som är mottagare av det värde som frånhänts aktiebolaget (aktieägare eller annan). Grundas värdeöverföringen på bolagsstämmobeslut, alternativt har det överförda värdet emottagits av aktieägare eller närstående till denne, skall ABL 12:5, 1 st, tillämpas. Grundas, å andra sidan, värdeöverföringen på annan särskild rättshandling, eller har alternativt värdet emottagits av annan än aktieägare, skall ABL 8:14 tillämpas. Efter visst övervägande når Lindskog slutsatsen, att avgörande för gränsdragningen är formen för värdefrånhändandet. ABL 12:5, 1 st, skulle därmed vara tillämpligt endast i sådana fall, där "mottagarens fång omedelbart vilar på ett bolagsstämmans be-

[29] *Op. cit.*, s 86 Spärrbestämmelserna i ABL 12:2 uppfattar Lindskog närmast som kompetensbegränsningar och återbäringsregeln i ABL 12:5, 1 st, såsom "egentligen överflödig", se s 87. Jfr Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut, s 101, fotnot 174, som också talat om ett "överflödigt" återvinningsstadgande, dock till synes av andra skäl.

slut (som kan ha fattats formlöst)". Följaktligen skall ABL 8:14 tillämpas i de fall där "ett avtal eller annan av bolagets företrädare vidtagen rättshandling ligger till grund för mottagarens fång"[30]. Härav följer också – ehuru Lindskogs systematik egentligen icke ger stöd för detta – att avtal mellan aktiebolag och utomstående (d v s andra än aktieägare eller deras närstående, får det förmodas) beträffande frågan om bolagets bundenhet faller under ABL 8:14. Såvitt gäller övriga fall, sägs rättsläget vara oklart.

Sammantaget är Lindskogs resonemang sannerligen icke lätt att följa. Man söker också förgäves efter korrespondens mellan det Lindskog tidigare anfört i ovan refererade artikel i SvJT, och det som numera får anses vara Lindskogs ståndpunkt i kommentaren till ABL 12 och 13 kap. Tidigare har Lindskog förkunnat, att ABL 8:14 är tillämplig vid olovlig kapitalanvändning, eftersom fråga är om befogenhetsöverskridande, vilket föreligger därför att den olovliga kapitalanvändningen icke kan grundas på ett giltigt internt bolagsbeslut. Vid olovlig kapitalanvändning *kan* således i och för sig behöriga ställföreträdare "inte hänföra sin disposition till ett *giltigt internt bolagsbeslut*". Det sagda innebär också att, även om det föreligger ett bolagsstämmobeslut, beslutet icke är giltigt vid olovlig kapitalanvändning, varför varje rättshandling som grundas på bolagsstämmobeslutet ifråga utgör ett befogenhetsöverskridande. Ogiltigheten av det interna beslutet följer av att kapitalanvändningen är olovlig. Detta förutsätter en tillämpning av vinstutdelningsreglerna i ABL 12 kap.

Fixpunkten i Lindskogs resonemang är således avsaknaden av befogenhet. Men hur förhåller det sig då med behörigheten? Den gängse uppfattningen torde väl vara att vinstutdelningsreglerna är behörighetsbegränsande, d v s att vid s k olovlig kapitalanvändning saknas behörighet (jfr vad som strax nedan sägs beträffande Nials uttryckssätt "ovillkorliga behörighetsbegränsningar"). Att god tro numera (så var fallet icke ursprungligen) ändå ges betydelse är visserligen ett avsteg från fullmaktsläran på samma sätt som ifråga om VD:s behörighet – men här har lagstiftaren särskilda bevekelsegrunder hänförliga till bl a doktrinen om *condictio indebiti*. Till denna fråga återkommer framställningen nedan.

Lindskogs tankegångar är dock onekligen intresseväckande. I syfte att pröva argumentens styrka tas i det följande till utgångspunkt en praktiskt

[30] Fotnot utelämnad. Se Lindskog, Kommentar s 102.

sett ofta förekommande företagsöverlåtelsesituation, som varieras.

Antag sålunda att säljaren S säljer samtliga sina aktier i aktiebolaget AB till köparen K. Köpeskillingen till S erläggs genom att K tömmer AB på en stor del av bolagets tillgångar, vilken transaktion bokförs hos AB som en fordran på K. (Tills vidare bortses från utlåningsförbudsbestämmelserna i ABL 12:7.)

I det ovan nämnda fallet är enligt Lindskogs mening ABL 8:14 tillämplig, eftersom aktiebolagets ställföreträdare (vilken får antas vara K, eller möjligen S) har överskridit sin befogenhet[31]. Befogenhetsöverskridandet sammanhänger med att rättshandlandet med S icke kan hänföras till ett giltigt bolagsbeslut eller vilar på ett bolagsbeslut, som är ogiltigt därför att det innebär – eller utgör ett led i – ett beslut om en olovlig kapitalanvändning. Bolagets ställföreträdare saknar helt enkelt befogenhet. Fråga är ej heller om en normal utbetalning av vinst som "direkt grundar sig på bolagsstämmans beslut", varför ABL 12:5, 1 st, enligt Lindskogs synsätt icke är tillämpligt.

Låt oss nu specificera och variera exemplet något.

1. Antag att S vid aktieöverlåtelsen är ensam aktieägare i AB och att K förvärvar samtliga aktier, d v s antag den praktiskt sett mest typiska situationen. I vilket hänseende skulle befogenhetsöverskridande föreligga enligt ABL 8:14? Givetvis måste inom antagandets ram ligga också den förutsättningen, som Lindskog laborerar med, att K saknar egna ekonomiska förutsättningar för erläggandet av köpeskillingen samt att den fordran som i AB uppkommer på K är praktiskt taget värdelös. Det förutsätts sålunda att bolagets utlåning till K motsvarar en utdelning (förtäckt sådan) eller kapitalanvändning (transaktionen är vederlagsfri). Ett bolagsbeslut torde K i egenskap av aktieägare (eller S, om denne fortfarande skall ses som aktieägare) icke ha någon svårighet att producera. Beslutet kan ju också – enligt vad Lindskog anför – tas formlöst. På samma grund är det ointressant att diskutera förekomsten av från bolagsstämman eller styrelsen utgående föreskrifter, anvisningar m m som verkar i befogenhetsinskränkande rikt-

[31] Se s 106. Lindskog tillägger dock i en fotnot (38), att i vissa lägen kan rentav sägas att ställföreträdaren "överskridit sin behörighet genom att rättshandla utanför ramen för verksamhetsföremålet".

ning. Att transaktionen skulle kunna stå i strid med bolagets verksamhetsföremål eller syfte, torde också sakna betydelse. Dessutom påverkar förekomsten av befogenhetsöverskridande i linje med det sagda – och enligt det p g a ändringarna i aktiebolagslagen införda systemet – icke giltigheten av transaktionen, även om motparten är i ond tro beträffande överskridandet. Irrelevant i sammanhanget är också likhetsprincipen. Skall transaktionen i fråga överhuvudtaget träffas av ogiltighet, *måste* den underkastas utdelningsbestämmelserna i ABL 12:1-5. Dessa regler är i huvudsak tvingande till förmån för främst bolagets borgenärer, med undantag av de formkrav som uppställts däri. (Några hinder att i den förevarande situationen med ett enmansaktiebolag uppfylla formkraven föreligger emellertid knappast.) Avgörande blir istället den tvingande huvudregeln i ABL 12:1, spärrbestämmelserna i ABL 12:2 med tillägg för bestämmelsen om avsättning till reservfonden i ABL 12:4. Att dessa tvingande bestämmelser betraktas som "kompetensbegränsningar" eller "kompetensbegränsande regler" är i och för sig inte ägnat att överraska: effekten av att en bestämmelse är tvingande för ett aktiebolag måste med nödvändighet bli, att samtliga bolagsorgan saknar kompetens att besluta om eller företa rättshandlingar i strid med den tvingande bestämmelsen, oaktat att samtliga bolagets aktieägare vill annorlunda. Det är också av det skälet som Nial betecknat dylika tvingande bestämmelser i aktiebolagsrätten som *"ovillkorliga behörighetsbegränsningar"*[32]. Att i detta sammanhang tala om avsaknaden av "befogenhet att ingå rättshandlingar som innebär en olovlig kapitalanvändning", synes dock vara icke bara överflödigt utan också vilseledande[33]. Såvitt gäller bolag med en enda aktieägare, eller situationer där alla aktieägare är överens, synes således bruket av termen "befogenhet" och tillämpningen av ABL 8:14 vila på en fiktion. Utdelningsreglerna i ABL 12:1-5 är följaktligen i nu nämnt hänseende kompetensregler men också självständiga ogiltighetsregler, varvid ogiltigheten sammanhänger med ett *behörighetsöverskridande*. Fullmaktslärans terminologi synes emellertid vara föga givande. I de hänseenden som nu diskuterats skiljer sig utdelningsreg-

[32] Se Nial, Svensk associationsrätt, s 227.
[33] Se Lindskog, *op. cit*, s 86.

lerna inte från andra tvingande bestämmelser i aktiebolagslagen, t ex förvärvsförbudet i ABL 7:1, i vars första stycke det uttryckligen stadgas, att förvärv i strid mot förbudet är ogiltiga (eller nedsättnings-, likvidations- och fusionsreglerna). Bruket av fullmaktslärans terminologi i samband med tillämpningen av tvingande bestämmelser kan också skapa det vilseledande intrycket, att bolagsorganen (eller i förekommande fall överordnat bolagsorgan) disponerar över bestämmelserna så tillvida, att *ratihabition* kan ske vid behörighets- eller befogenhetsöverskridande, vilket skulle vara i full överensstämmelse med fullmaktsläran. Emellertid är ratihabition av transaktioner i strid med de tvingande bestämmelserna utesluten[34]. Vad nu sagts om aktiebolag med en enda aktieägare gäller givetvis också aktiebolag med flera aktieägare, ifall aktieägarna agerar samfällt på sätt som ovan angivits.[35]

2. Ändras nu åter förutsättningarna sålunda, att i aktiebolaget med flera aktieägare bolagsstämmobeslutet om transaktionen i fråga klandras och sedermera befinns vara ogiltigt på flera, var för sig självständiga grunder (brott mot verksamhetsföremålet och verksamhetens syfte, otillbörlighetsregeln, likhetsprincipen och utdelningsreglerna), kan återigen, såvitt gäller verkställighet av beslutet, ogiltighet göras gällande med hänvisning till befogenhetsöverskridande enligt ABL 8:14 i den mån ogiltighetsgrunden är ett brott mot nu nämnda bestämmelser. Föreligger ett brott mot tvingande regler, synes det dock även här vara främmande att tala om befogenhetsöverskridande, bl a därför att här föreligger ogiltighet, oavsett om klander sker eller ej.

[34] Jfr Nial, Svensk associationsrätt, s 232.

[35] Nu angivna systematik stämmer också väl överens med den av Nial framhållna, bl a i skriften Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, se särskilt s 21 ff. Den stämmer också bäst överens med aktiebolagslagens systematik. Det kan överhuvudtaget ifrågasättas huruvida bolagets borgenärer har någon talerätt på grundval av ABL 8:14. Stadgandet skyddar nämligen aktieägarminoriteten. Finns bara en aktieägare, eller finns där flera och är alla aktieägare överens, kan fråga icke vara om befogenhetsöverskridande. En tydlig illustration på detta är rättsfallet NJA 1981 s 1117. Fallet rörde visserligen en jävsituation, men det saknas anledning att göra skillnad mellan denna och andra ogiltighetsgrundande omständigheter inom ramen för ABL 8:14. Såsom Högsta domstolen uttalade i fallet (s 1121) syftar de berörda reglerna (d v s främst ABL 8:14) till att "skydda bolagets, d v s ytterst aktieägarnas, intressen". Grundläggande för stadgandet i ABL 8:14 tycks ju trots allt vara, att den ställföreträdare som rättshandlat i bolagets namn å bolagets vägnar varit utrustad med behörigheten (p g a sin ställföreträdarstatus), men av olika skäl saknat befogenhet. Utgör transaktionen ett brott mot borgenärsskyddsreglerna, existerar ju inte ens behörigheten, och knappast ej heller någon befogenhet.

3. Antas nu istället att ett bolagsstämmobeslut föreligger – eller en föreskrift i bolagsordningen – med innehåll, att utlåning av bolagets medel över huvudtaget icke får ske annat än efter sedvanlig kreditprövning och mot marknadsmässiga villkor, samt att i aktiebolaget med flera aktieägare en ställföreträdare i strid häremot lånar ut bolagets medel till K för erläggandet av köpeskillingen till S, synes väl kunna göras gällande, att befogenhetsöverskridande föreligger enligt ABL 8:14. Rättshandlingen är dock icke längre – sedan införandet av det nya systemet – ogiltig, även om medkontrahenten är i ond tro. Enligt äldre och t o m utgången av 1994 gällande rätt föreligger emellertid ogiltighet vid ond tro. Slutsatsen sammanhänger med att befogenheten är mera inskränkt än den behörighet som eventuellt kan sägas vara för handen enligt de tvingande utdelningsreglerna. Skulle befogenheten sättas på samma nivå som behörigheten, d v s att föreskriften enligt bolagsstämmobeslutet eller bolagsförordningen skulle vara, att utlåning får ske endast om denna är förenlig med utdelningsreglerna, uppstår emellertid frågan vilken grunden för ogiltighet skall vara. Frågan torde dock sakna praktisk betydelse. Oavsett vilken grund man väljer blir resultatet i princip detsamma enligt de regler som gäller fram till utgången av 1994 (därefter *måste* valet falla på sanktionssystemet i ABL 12:5; att tala om befogenhetsöverskridande inom det nya systemet synes vara helt uteslutet): återbäringsskyldighet vid ond tro, förutsatt att ondtrosrekvisitet i de båda stadgandena har identisk innebörd. I denna tillämpning av ABL 8:14 enligt ännu gällande regler (fram till den 1 januari 1995) kommer således vid förekomsten av ond tro rättshandlingen ses som icke bindande för bolaget, vilket föranleder återbäringsskyldighet; detsamma får anses bli resultatet av en tillämpning av ABL 12:5, 1 st. Ehuru godtrosreglerna tidigare har erhållit skiftande formuleringar ("insåg eller bort inse att befogenhet överskreds" respektive "skälig anledning att antaga"), torde skillnad i sak icke vara åsyftad[36]. Såsom närmare skall framgå nedan, innebär de

[36] Se SOU 1941:9, s 283 ff; Stenbeck m fl, s 179 ff; SOU 1971:15, s 321 f, proposition 1975:103, s 485 f, Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 110 f. I propositionen 1975:103 föreslogs ordalydelsen vara "varken insåg eller bort inse", men på förordande av lagrådet ändrades formuleringen till den nu gällande, se proposition 1975:103, s 770 f. Att härigenom någon saklig ändring inte var åsyftad, framgår av ett uttalande av lagrådet (se s 771) av innehåll att "den avsedda innebörden knappast ändras, om den andra meningen istället utformas på det sätt lagrådet förordat".

ändringar av aktiebolagslagen som träder i kraft den 1 januari 1995, och som numera antagits av Riksdagen, bl a också ett *förtydligande* av ondtrosregeln i ABL 12:5. Enligt den formulering som numera valts, föreligger återbäringsskyldighet "endast om bolaget visar att [mottagaren] insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot denna lag". Full överensstämmelse kommer därmed att föreligga – icke endast sakligt, som tidigare, utan också i ordalydelsen – mellan ondtrosregeln i ABL 8:14 och ABL 12:5, dock att, såsom ovan redovisats, ondtrosregeln utmönstrats i vissa fall av befogenhetsöverskridanden, häribland rättshandlingar i strid med bolagets verksamhetsföremål eller i strid med instruktioner från överordnat bolagsorgan. I beaktande av dessa lagändringar synes nu förda resonemang, under de antaganden som här gjorts, vara synnerligen akademisk. Godtrosregeln omfattar bl a det fall där utdelning skett utan att bolagsstämman fattat beslut därom. I förarbetena uttalas också, att stadgandet om återbäring kan tillämpas vid förtäckt utdelning[37]. (Jfr proposition 1975:103, s 485 f. Att avtal som strider mot borgenärsskyddsreglerna drabbas av ogiltighet, se Nial, Aktiebolagsrättsliga studier, s 94, jämväl fotnot 54a, och s 111. Efter samma grunder blir ett bolagsstämmobeslut ogiltigt. Jfr s 99 ff.)

I denna situation må möjligen hävdas, att det saknar betydelse huruvida ABL 12:5 eller ABL 8:14 (i nuvarande, fram till den 1 januari 1995 gällande lydelse) tillämpas, eftersom resultatet tydligen blir detsamma. Lindskog är emellertid av en annan uppfattning. Det godtrosskydd som ABL 8:14 ger medkontrahenten är enligt Lindskog starkare än det som ABL 12:5 tillhandahåller. Detta starkare godtrosskydd skulle det finnas ett behov av, "särskilt när fråga är om en kapitalanvändning som ej har formen av utdelning bestämd av bolagsstämma". Såvitt gäller stadgandet i ABL 12:5, 1 st, 1 p om återbäringsplikt, är dock det enligt Lindskogs mening helt överflödigt[38]. Godtrosregeln i ABL 12:5, 1 st, 2 p ger ett svagare godtrosskydd, enär enligt detta stadgande medkontrahenten har *bevisbördan* för att han saknat anledning att antaga, att utdelningen var olaglig. Uttalandet om omvänd bevisbörda är så kategoriskt och framställs såsom så självklart, att läsaren *prima facie* förförs att underlåta att efterlysa ytterligare stöd i doktrin eller rättspraxis härför. Lindskog ger nämligen icke sådana hänvisningar. Det är emellertid ingalunda givet, att i stadgandet ges uttryck för omvänd bevisbörda. Fastmera tyder det mesta på att motsatsen är fallet. Såsom stöd härför kan anföras följande.

Godtrosregeln har sitt ursprung i 1944 års aktiebolagslag. I äldre lag var

[37] Se SOU 1971:15, s 321.
[38] Se härom Lindskog, Kommentar s 87 och även fotnot 9.

skyldigheten att återbära olaglig vinstutdelning ovillkorlig (vilket förhållande gör den av Lindskog hävdade kopplingen mellan ABL 8:14 och ABL 12 kap än mer tvivelaktig). Detsamma gällde bristtäckningsansvaret[39]. I lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m m (1941:9) föreslogs emellertid, med hänsyn till den dåvarande utvecklingen i fråga om återbäring av betalning för förment skuld (*condictio indebiti*), att i vissa, begränsade hänseenden hänsyn skulle tas till aktieägarens goda tro[40]. Godtrosskyddet skulle enligt förslaget omfatta de aktieägare som varken insett eller bort inse att vinstutdelning skett enligt en av bolagsstämman fastställd, men i strid med tvingande regler upprättad balansräkning. Visst avseende får förutsättas ha fästs vid förhållandena i utländsk rätt, häribland i nordisk, tysk och schweizisk aktiebolagsrätt, vari stadgades ett godtrosskydd. Stadgandet kom sedermera att inflyta i 1944 års aktiebolagslag, 73 §, 2 mom, 2 st, helt i enlighet med lagberedningens förslag[41]. Genom införandet av 1975 års aktiebolagslag utvidgades godtrosskyddet till att omfatta alla fall av olaglig vinstutbetalning, t ex om bolagsstämman beslutar större utdelning än vad styrelsen föreslagit eller godkänt eller när utdelning sker utan att bolagsstämman fattat beslut därom, eller när stämmans beslut om utdelning av formella skäl är ogiltigt eller undanröjs efter klander. Även vinstutdelning i strid mot ABL 6:5 skulle enligt förslaget behållas av godtroende mottagare[42]. I förslaget formulerades godtrosregeln så, att återbäringsskyldigheten ej skulle föreligga om "utbetalningen skedde såsom vinstutdelning och mottagaren varken insåg eller bort inse att utdelningen var olag-

[39] Se 1910 års aktiebolagslag, 54 §, t ex i Skarstedts kommentar till den allmänna aktiebolagslagen av den 12 augusti 1910, s 175 ff.

[40] Se i förslaget 79 §, 2 mom: "dock må från dem, som vid vinstutdelningens uppbärande varken insåg eller bort inse balansräkningens oriktighet, utdelningen ej återkrävas".

[41] Motivet till godtrosstadgandet utvecklar lagberedningen enligt följande (se SOU 1941:9, s 285):

"Visserligen strider ett beslut, varigenom en sådan balansräkning fastställes eller varigenom utdelning bestämmes skola ske utan att bolagets verkliga ställning att utdelningsbar vinst finnes, mot tvingande, till borgenärernas skydd givna rättsregler. Beslutet är således ogiltigt, även om det lämnas oklandrat (124 §). Men om beslutet av bolagets organ verkställts skulle skyldighet jämväl för aktieägare som i god tro uppburit utdelningen att återbära denna i många fall verka obilligt, kanske medföra ruinerande verkningar inom vida kretsar. I synnerhet i större bolag stå aktieägarna vanligen helt och hållet främmande för bolagets förvaltning; de hava i regel ej möjlighet att kontrollera riktigheten av den av styrelsen upprättade balansräkningen. En skyldighet för dem att kanske efter flera år återbära erhållna utdelningar vore så mycket mer betungande som här är fråga om inkomst, som flertalet aktieägare förbrukar för sitt uppehälle."

Av särskilt intresse att notera härvid, är att den fullmaktslärans terminologi som lagberedningen ansluter till ifråga om ställföreträdareskapet för aktiebolaget, se SOU 1941:9, s 334 ff, synes *fullständigt sakna relevans* vid tillämpningen av vinstutdelningsreglerna. En olaglig vinstutdelning utgör helt enkelt ett brott mot tvingande bestämmelser och är ogiltig. Detta får för övrigt gälla brott mot andra tvingande bestämmelser av den här karaktären, d v s borgenärsskyddsreglerna. Ogiltigheten är av sådan beskaffenhet, att återgång bör ske av prestationerna, d v s återbäring av den olagliga vinstutdelningen. Avsteget från denna huvudregel motiveras av hänsyn till den enskilde aktieägaren och vad som är påkallat med utgångspunkt i läran om *condictio indebiti*.

[42] Om motivet för det utvidgade godtrosskyddet, se SOU 1971:15, s 320 f.

lig". Förslaget upptogs i propositionen (1975:103, s 484 ff) utan ändringar vad gäller ordalydelse och motiv. På inrådan av lagrådet[43] ändrades emellertid ordalydelsen i stadgandets slutliga utformning så, att godtrosskyddet skulle gälla "om mottagaren hade skälig anledning att antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning". Genom ändringen i ordalydelsen skulle enligt lagrådet regeln bli tydligare men "den avsedda innebörden knappast ändras". Lagrådet utgick således ifrån att saklig överensstämmelse förelåg mellan godtrosregeln i den form den slutligen kom att erhålla i 1975 års aktiebolagslag och den godtrosregel som föreslogs av 1971 års aktiebolagsutredning[44]. Noterbart i detta sammanhang är särskilt, att förarbetena till 1941 års förslag till aktiebolagslag och förarbetena därefter icke innehåller den minsta antydan om att bevisbördan vid tillämpningen av godtrosregeln skulle vara omkastad (omvänd). Detsamma gäller samtliga kommentarer till äldre och gällande aktiebolagslagar och aktiebolagsrättslig doktrin i övrigt.

Frågan är då om i trots av det nu anförda det kan antas, att bevisbördan är omvänd. Fastmera tyder det mesta på att aktieägaren (och möjligen varje annan mottagare) skyddas i ABL 12:5 på samma sätt som medkontrahenten i ABL 8:14[45]. Även om stadgandets ordalydelse skiljer sig från tidigare godtrosregler, ävensom godtrosregeln i ABL 8:14, är, såsom framhållits av lagrådet vid införandet av 1975 års aktiebolagslag, någon saklig skillnad icke avsedd. Den eventuella tvetydighet som ligger i lagtexten är icke en tillräckligt fast hållpunkt för slutsatsen, att omvänd bevisbörda skall gälla. Till stöd för uppfattningen, att bevisbördan skulle vara omvänd hänvisar Lindskog också till förarbetena[46]. Den omkastade bevisbördan skulle i propositionen antydas genom att där pekas på "aktieägarens kontrollmöjligheter". Påpekandet ifråga ligger dock naturligare inom ramen för vad en aktieägare bort känna till vid bevisning om aktieägarens onda tro. Vidare hänvisar Lindskog till "allmänna principer om *condictio indebiti*". Härvid efterlyses emellertid om besked om en regel rörande omvänd bevisbörda i dessa allmänna principer. Om nu godtrosrekvisitet infördes med hänvisning till utvecklingen avseende *condictio indebiti*, synes det märkligt att i det sammanhanget icke upplystes om att bevisbördan är omvänd. Slutligen påstår Lindskog att de ändringar i aktiebolagslagen som träder i kraft per den 1 januari 1995 i nu angivet hänseende också innebär en ändring i förhållande till tidigare gällande rätt. Det synes dock vara svårt att påstå att ändringen är av materiell natur; fastmera tycks vara fråga om ett redaktionellt förtydligande. Numera, i och med de redaktionella ändringarna i godtrosregeln i ABL 12:5, 1 st, saknar frågan annat än rättshistoriskt intresse. Märk också att i förarbetena till dessa ändringar, SOU 1992:83 och proposition 1993/94:196 den av Lindskog hävdade uppfattningen överhuvudtaget icke är berörd. Detsamma gäller det förhållandet, att godtrosregeln är ett undantag från den allmänna ogiltighetsregeln som uppbär de tvingande borgenärsskyddsbestämmelserna. Utgångpunkten måste istället vara, att i av-

[43] Se proposition 1975:103, s 770 f.
[44] Se proposition 1975:103, s 771.
[45] Se beträffande norsk rätt, Andenaes, Aksjesellskapsrett, s 232.
[46] Se Lindskog, Kommentar, s 103, fotnot 28, med en hänvisning till proposition 1975:103, s 485.

saknad av klarare stöd i stadgandets ordalydelse och i förarbetena, allmänna bevisbörderegler bör gälla, varvid enligt godtrosregler i allmänhet, bevisbördan för ond tro skall bäras av den som påstår förekomsten härav[47]. Lindskog saknar sålunda till synes stöd för sin ståndpunkt om omvänd bevisbörda[48]. Numera, i och med att ändringarna av aktiebolagslagen träder i kraft den 1 januari 1995, saknar det hela dock betydelse. Bevisbördan ligger i båda fallen hos bolaget.

Därmed har emellertid icke Lindskogs hypotes om allmängiltigheten av legitimationsregeln i ABL 8:14 i sin helhet avfärdats. Det förhåller sig nämligen så, att ABL 12:5 är en ogiltighetsregel, som kvalificerats med ett godtrosskydd, vilket sakligt överensstämmer med godtrosskyddet enligt ABL 8:14. Härvid är frågan, huruvida ej ABL 12:5, 1 st, överhuvudtaget är överflödigt, oundviklig. Förutsätts nämligen identiskt godtrosskydd, leder Lindskogs resonemang dithän. Lagsystematiskt skulle legitimationsbestämmelsen i ABL 8:14 erhålla karaktären av ett övergripande stadgande vid befogenhets- eller behörighetsöverskridande. En sådan systematik stämmer emellertid illa överens med den i aktiebolagslagen antagna. Brott mot tvingande bestämmelser, särskilt sådana av borgenärsskyddskaraktär, leder nämligen i regel till ogiltighet, *helt oavsett medkontrahentens goda tro*. Så är det t ex vid brott mot förvärsbudet i ABL 7:1 och nedsättningsreglerna i 6 kap, varvid återbäringsskyldigheten

[47] Märk den intressanta diskussionen om utvecklingen i tysk rätt, där enligt 1937 års lag (Aktiengesetz, 56 §) en motsvarande godtrosregel underkastades liknande tolkningssvårigheter, men där den övervägande delen av doktrinen på grunder liknande dem som utvecklats ovan fann, att fråga icke kunde vara om omvänd bevisbörda. (Se Aktiengesetz, Barz, Fischer, m fl, Erster Band, §§ 1-144, s 340.) Sedermera, nämligen i 1966 års aktiebolagslag, ändrades godtrosregeln såtillvida, att det uttryckligen stadgades att omvänd bevisbörda skulle gälla (se 62 § 1: "Ist streitig, ob die Voraussetzungen des Satzes 2 vorliegen, so trifft die Beweislast die Aktionäre.") Se närmare det ovan inom parentes angivna verket s 455 ff särskilt s 460.

[48] Däremot kan det Lindskog anför på s 87 om att stadgandet i ABL 12:5, 1 st, 1 p, om återbäringsplikten är överflödigt ha visst fog för sig i den meningen, att en olaglig vinstutdelning är ogiltig, och att ogiltigheten som sådan leder till återbäringsplikt. Pedagogiska skäl hade däremot inte hindrat att ogiltighetssanktionen kommit till bättre uttryck i stadgandet, liksom den närmare innebörden av återbäringsplikten (för att inte nämna godtrosregelns rätta innehåll). Jfr Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut, s 101, fotnot 174, där Nial också framför synpunkten om stadgandets överflödighet med hänvisning till ogiltighetssanktionen. Det förhållandet, att återbäringsplikten omnämns i ABL 12:5 motiveras i viss mån också av det tillägg som gjorts beträffande skyldigheten att erlägga ränta på det belopp som skall återbäras. Se beträffande godtrosrekvisitets ursprung och innebörd även Bramsjö, Anmälan av Erik Danielsson: Aktiekapitalet, SvJT 1953 s 243, särskilt s 246.

alltså är ovillkorlig[49]. Godtrosregeln i ABL 8:14 kan inte bli tillämplig i dylika fall. Systematiken måste istället vara, att legitimationsregeln i ABL 8:14 rör bolagets inre förhållanden, d v s ställföreträdares rätt (icke makt) att binda bolaget; de tvingande borgenärsskyddsreglerna får däremot betraktas såsom självständiga regler, vilka är oberoende av ställföreträdares befogenhet. Vid tillämpningen av dessa är fullmaktslärans begreppsapparat visserligen icke helt oriktig, men i viss mån vilseledande och onödig (möjligen må den av Nial myntade termen "ovillkorliga behörighetsinskränkningar" ha ett visst pedagogiskt värde); att ogiltighetsregeln i ABL 12:5 kvalificerats av en godtrosregel har, såsom ovan berörts, sina särskilda skäl, vilka saknar beröringspunkter med fullmaktsläran. Denna godtrosregel saknades dessutom vid det ursprungliga stadgandets tillkomst.

Vad nu sagts bör i vart fall gälla formenliga utdelningar enligt ABL 12 kap. Den uppfattningen hyser numera också Lindskog[50]. Anledning saknas dock att skilja ut den förtäckta vinstutdelningen från tillämpningen av utdelningsreglerna. Detta är också utgångspunkten i förarbetena till den gällande aktiebolagslagen[51].

Rättsläget torde vara detsamma i vad avser utbetalningar till närstående till aktieägaren. Det nu sagda hindrar givetvis icke att en transaktion blir ogiltig enligt ABL 8:14 på talan av t ex minoritetsaktieägare, om transaktionen står i strid med verksamhetsföremålet eller verksamhetens syfte eller kommer i konflikt med otillbörlighetsregeln eller likhetsprinci-

[49] Se proposition 1975:103, s 366 och s 485.

[50] Se Lindskog, Kommentar, s 101 f, där uppfattningen har nyanserats något i jämförelse med vad som anförts i SvJT 1992, s 81.

[51] Se SOU 1971:15, s 321: "Om emellertid en utbetalning formellt framstår såsom betalning av vanlig skuld, t ex lön till aktieägare som är anställd i bolaget, eller betalning för egendom som han sålt till bolaget, men beloppet överstiger normal lön eller köpesumma, kan det bli fråga om tillämpning av stadgandet om återbäring (förtäckt utdelning)". Med sistnämnda stadgande avses således ABL 12:5, 1 st. Jfr proposition 1975:103, s 485 f: "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 anställda 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 till underpris från bolaget."

pen. Borgenärerna synes dock vara bäst skyddade av den tvingande bestämmelsen i ABL 12:5. Härtill kommer de förhållanden som Lindskog själv framhåller[52], nämligen att det är tänkbart att ABL 12:5 1 st ger bolaget och borgenärerna ett starkare skydd i återbärings- och bristtäckningshänseende. Vad nu anförts torde gälla, *mutatis mutandis,* vederlagsfria utbetalningar till tredje man i strid med spärrbestämmelserna i ABL 12:2[53]. På detta sätt begränsas återbäringsskyldigheten, så att den drabbar endast ondtroende mottagare av förtäckt vinstutdelning. De aktieägare som begagnar ett erbjudande att på förmånliga villkor köpa egendom från ett bolag med bland allmänheten vitt spridda aktier torde då knappast riskera åläggande om återbäring." Detta lagberedningens uttalande ligger enligt Danielsson till grund för tolkningen av Suecia-målet (NJA 1951 s 6 I). Närmare om detta omedelbart nedan.

Det betraktelsesätt som kommer till uttryck i ovan citerade förarbetsuttalande synes emellertid ha övergivits i förarbetena till 1975 års aktiebolagslag, där ju såsom framgått ovan, den förtäckta vinstutdelningen systematiskt underordnats de tvingande vinstutdelningsreglerna[54].

Till stöd för sin teori om befogenhetsöverskridande åberopar Lindskog slutligen rättspraxis. En tänkbar argumentationslinje, som också Lind-

[52] Se Lindskog, Kommentar, s 100.

[53] Visst stöd för teorin om tillämpligheten av ABL 8:14 har dock Lindskog i förarbetena till 1944 års aktiebolagslag, se SOU 1941:8-9, s 654. Där synes lagberedningen i motiven till vad som senare kom att blir 210 § (i beredningens förslag 198 §) stödja betraktelsesättet, att förtäckt vinstutdelning skall omfattas av legitimationsregeln (d v s motsvarigheten till ABL 8:14, dåvarande 93 § (99 §) samt att grunderna för motsvarigheten till ABL 12:5, 1 st, (73 § respektive 79 §) skulle vara tillämpliga. Därigenom skulle också en godtrosregel av mera utvidgat slag införlivas i systemet, trots att dåvarande godtrosskydd vid olaglig vinstutdelning var av inskränkt slag. Jfr Stenbeck m fl, s 495, som dock icke kommenterar bestämmelsen närmare, utan endast återger förarbetsuttalandet, trots att rättspraxis om förtäckt vinstutdelning förekommit vid tiden fram till utgivandet av lagkommentaren ifråga. Danielsson, Aktiekapitalet, s 236, uppmärksammar uttalandet om förtäckt vinstutdelning i lagberedningens motiv och kommenterar det på följande sätt: "Lagberedningen synes ha menat, att förtäckt vinstutdelning skall bedömas såsom en åtgärd, varigenom styrelsen eller annan ställföreträdare för bolaget överskridit sin befogenhet (jfr ABL 1944 93 §). För återbäringsskyldighet åberopas därför ABL 1944 93 § och *grunderna* för 73 §".

[54] Märk här även Danielssons egen kommentar till nyss nämnda förarbetsuttalande i 1941 års utredning, s 237: "Det förefaller ganska egendomligt att lösa den förtäckta vinstutdelningens problem utanför utbetalningsförbudets ram och därigenom beträffande förtäckt vinstutdelning för återbäringsskyldighet föra in ett krav på ond tro, då den goda trons betydelse vid utbetalningsförbudet är uttryckligen och på annat sätt bestämd i ABL 1944 73 §."

skogs analys synes vara inriktad på, är att det vid osäkerhet om vinstutdelningsreglernas och återbäringsstadgandets tillämplighet (direkt eller analogt) på den förtäckta vinstutdelningen har ankommit på domstolarna att bryta ny mark och agera vägvisare. Påståendet måste därför bli, att domstolarna funnit, att ABL 12:5 och dess tidigare motsvarigheter i 1910 års (54 §) och 1944 års (73 §) aktiebolagslagar icke är direkt eller analogivis tillämpliga på den förtäckta vinstutdelningen, utan att tillämpas skall istället legitimationsregeln i ABL 8:14. Sistnämnda stadgande skulle således fylla den eventuella lucka som skulle föreligga i ABL 12:5.

Mot en sådan argumentation kan emellertid anföras, att det numera torde vara klarlagt, att ABL 12:5 i vart fall är tillämplig på alla former av utbetalningar – varvid begreppet utbetalning skall tolkas i vidast möjliga mening – till aktieägare, ävensom s k förtäckt utdelning. Detta framgår med all önskvärd tydlighet av förarbetena till 1975 års aktiebolagslag[55], vilket ovan berörts, men även av den HD-praxis som vilar på gällande lagstiftning, senast NJA 1990 s 343 (det s k Nordanlandfallet), i vilket fall Högsta domstolen uteslutande tillämpar vinstutdelningsreglerna ABL 12:1-5 i fråga om lån som betecknas såsom förtäckt vinstutdelning. Därmed borde också frågan vara avgjord. Det kan dock tilläggas beträffande 1944 års lag och den rättspraxis som bygger härpå, att inget av de rättsfall som Lindskog åberopar till stöd för sin teori[56] vid närmare granskning stödjer Lindskogs ståndpunkt. I själva verket ger en analys av rättsfallen vid handen, att samtliga avgöranden grundas på vinstutdelningsprinciperna i de äldre motsvarigheterna till ABL 12 kap (54 § 1910 års lag och 73 § 1944 års lag) samt att icke i något avgörande Högsta domstolen tagit reglerna om befogenhetsöverskridande till utgångspunkt för den rättsliga bedömningen[57]. I beaktande av att Högsta domstolen genomgående i

[55] Se SOU 1971:15, s 321 och proposition 1975:103, s 485 f.

[56] NJA 1951 s 6 I och II, NJA 1966 s 475, NJA 1976 s 618 och NJA 1980 s 311.

[57] I NJA 1956 s 6 I hänvisas uteslutande till 54 § i 1910 års aktiebolags, vilket stadgande "avser att bereda rättsskydd även för tredje man" (se s 25 i referatet) samt 1 § och 4 § i lagen av den 5 februari 1943 med särskilda bestämmelser om begränsning av vinstutdelning från aktiebolag; i NJA 1951 s 6 II hänvisas uteslutande till 73 § i 1944 års lag om aktiebolag (se s 37 i referatet); i NJA 1966 s 475 hänvisas på samma sätt till 73 § i 1944 års lag (se s 484 i referatet); i NJA 1976 s 618 är återigen den enda aktuella rättsregel, vartill hänvisning sker 73 § i 1944 års lag; i NJA 1980 s 311, slutligen, (se s 316) uttalas bl a, att förbudet "i 73 § nämnda lag (1944 års aktiebolagslag) mot utdelning av bolagsmedel utöver vad där anges ha ansetts tillämpligt även vid försträckning".

rättsfallen utgår ifrån vinstutdelningsreglerna och återbäringsstadgandet, och icke i något fall ens antyder tankegångar i enlighet med Lindskogs teori om befogenhetsöverskridande, synes det icke vara lätt att dela Lindskogs bedömning, att rättspraxis ger stöd för hans ståndpunkt[58].

Om sålunda ABL 12:5 är tillämplig på utbetalningar till aktieägare oavsett om utbetalningen sker i vinstutdelningens form eller såsom förtäckt vinstutdelning – varvid fråga torde vara om direkt eller analogivis tillämplighet – kan knappast hävdas, att stadgandet i fråga enligt ordalydelsen även skulle omfatta vederlagsfria utbetalningar till tredje man (vilka i och för sig om man bortser från utbetalningen till närstående till aktieägare, torde höra till sällsyntheterna). Såväl stadgandets ordalydelse som dess förarbeten talar uteslutande om "utbetalningen till aktieägare"; i rättspraxis ges ej heller besked i annan riktning. Frågans praktiska betydelse torde vara begränsad; icke desto mindre skall för slutförandet av resonemanget prövas huruvida Lindskogs befogenhetsteori har relevans i vad avser dylika betalningar. I den mån sådana transaktioner skall angripas, och avsikten härmed skall vara att skydda bolagets borgenär eller tredje man, synes det lämpligaste vara att även här tillämpa ABL 12 kap, vilket får ske *ex analogia*. Varje utbetalning (i vid mening) som kan jämställas med en utdelning, och som således till någon del är vederlagsfri, skall i enlighet härmed underkastas spärrbestämmelserna i ABL 12:2 och återbäringsstadgandet i ABL 12:5. Är däremot aktieägarna i det utbetalande bolaget icke överens, finns inga hinder mot att tillämpa ABL 8:14, för det fall transaktionen strider mot verksamhetsföremålet, verksamhetens syfte, otillbörlighetsregeln eller likhetsprincipen. Det naturliga är måhända, att i aktiebolag med flera delägare, och särskilt i beaktande av att vederlagsfria utbetalningar till tredje man är mycket ovanliga inslag i ett bolags verksamhet, primärt bedöma utbetalningen enligt ABL 8:14

[58] När Lindskog söker inpassa sin befogenhetsteori i de aktuella rättsfallen blir resultaten ofta väl krystade. Detta gäller t ex följande resonemang, varvid skall beaktas att A är det målbolag vars aktier överlåts från C till B och att frågan är om enmansbolag: "Befogenhet för A's företrädare att genomföra överlåtelsen förutsatte att det förelåg ett giltigt bolagsbeslut. Ett giltigt bolagsbeslut förutsatte i sin tur att det använda kapitalet rymdes inom utdelningsbart belopp. Så var ej fallet. A's företrädare har därför vid rättshandlingen med C överskridit sin befogenhet". (Se Lindskog, s 95, fotnoter utelämnade.) Omvägen över "det giltiga bolagsbeslutet" synes vara onödig, eftersom ett sådant ej kan komma ifråga beträffande den aktuella utbetalningen. Till följd härav blir även talet om befogenhet överflödigt. (Jfr även Lindskog, s 104 och 105.)

och först sekundärt, när det visar sig att utbetalningen – trots att den är vederlagsfri – icke strider mot verksamhetssyftet eller andra befogenhetsgrundande principer, pröva utbetalningen enligt vinstutdelningsreglerna [59]. Det är emellertid uteslutet att legitimationsregeln i ABL 8:14 helt skulle överta de borgenärsskyddande, tvingande bestämmelsernas roll i ABL 12 kap. Detta skulle vara möjligt endast om syftet, skydds- och tillämpningsområdet vore detsamma, vilket således icke är fallet[60].

[59] Därmed sagt att det inte är uteslutet, att en utbetalning är i enlighet med verksamhetens syfte, trots att den är vederlagsfri; verksamhetens syfte är ju något som aktieägarna förfogar över, vinstutdelningsreglerna däremot uppställda i främst bolagsborgenärernas intresse.

[60] Det förhållandet, att ABL 8:14 är en minoritetsskyddsregel hindrar icke, att bolagets borgenärer genom regelns tillämpning i vissa fall åtnjuter skydd. Avtal som strider mot verksamhetsföremålet, verksamhetens syfte, otillbörlighetsregeln eller likhetsprincipen kan uppenbarligen också komma i konflikt med borgenärens intressen. Men även i motsatt fall, d v s där avtal är förenliga med verksamhetsföremålet, verksamhetssyftet, otillbörlighetsregeln och likhetsprincipen, kan borgenärens intresse trädas för nära, varför således vinstutdelningsreglerna, eller andra borgenärsskyddsregler, kan bli tillämpliga. Ogiltigheten av en transaktion, som inte vilar på bolagsstämmobeslut och som därför inte kan klandras av t ex minoritetsaktieägare, kan mycket väl tänkas åberopas i bolagets konkurs lång tid efter det att transaktionen genomfördes, varvid det får sägas ankomma å konkursförvaltare att göra gällande ogiltigheten. Ogiltigheten eller befogenhetsöverskridandet är ju, som bekant, icke underkastad klanderpreskription. Dock måste transaktionen ifråga vid dess genomförande kunna villkoras av att bolagsstämman i beslut godkänner transaktionen, vilket beslut sedan icke klandras. Lindskog betraktar icke ABL 8:14 som en ren minoritetsskyddsregel. Bestämmelsen låter sig "inte träffas av den aktuella distinktionen" mellan minoritetsskyddsregler och borgenärsskyddsregler, hävdar han. Se Lindskog, Kommentar, s 12, fotnot 6. "[D]et relevanta är vilken slags regel som föranleder att fråga är om ett befogenhetsöverskridande". Uttalandet ifråga är ett uttryck för systemimmanens. Väljer man nämligen, såsom Lindskog gör, att ge ABL 8:14 en allmän tillämplighet, även ifråga om olovlig vinstutdelning (i vart fall i förtäckt form), måste den ifrågavarande bestämmelsens karaktär skifta beroende på om en viss disposition drabbar enbart minoriteten eller även borgenärerna.

3. Om vederlagsfria transaktioner, särskilt lån, pant och borgen, i aktiebolagsrätten

3.1 Inledning

Länge har osäkerhet och oklarhet rått om s k vederlagsfria lån, pant och borgen från aktiebolag. Rättspraxis är visserligen relativt omfattande, likaså kommentarerna i doktrinen, men svårigheterna har bestått i att tolka rättspraxis och överföra denna till aktiebolagens vardagsliv. Teori och praktik har understundom visat sig vara svårförenliga. Samtidigt står klart att de aktuella transaktionerna – lån, pant, borgen (och andra säkerheter) – har varit mycket frekventa under det senaste decenniet. En juridisk rådgivare till ett aktiebolag, eller bolagets revisor, har i tid och otid tvingats att konfronteras med regelsystemet i ABL 12 kap om utbetalningar, utlåning och ställande av säkerhet (såväl inom som utom koncernförhållandena).

Situationen förbättras inte nämnvärt av att kommentatorernas meningar är delade i många frågor. Att en tillämpning av utlåningsförbuden i ABL 12:7 – det generella och det särskilda utlåningsförbudet – icke inskränker utbetalningsförbudets tillämpningsområde, är väl i och för sig en allmänt omfattad utgångspunkt. Utlåningsförbudens främsta remedium är straffet (varom stadgas i ABL 19:1) och mera sällan ogiltigheten, låt vara att ogiltighetssanktionen – trots uttalanden i förarbetena – icke på något sätt utesluts, vilket ett sentida rättsfall från Högsta domstolen visar[61]. I allmänhet är också ramarna för utlåningsförbudens regelverk relativt urskiljbara, låt vara att det i enskildheterna ofta nog föreligger tvivel om tolkning och tillämpning. I den följande framställningen skall jag icke alls uppehålla mig vid dessa utlåningsförbud; jag återkommer till dem nedan. Av centralt intresse i detta sammanhang är istället tillämpningen av utbetalningsförbudet i ABL 12:1-5. Det är också på detta område som oklarheterna är som störst. Det gäller bl a frågor om när de ak-

[61] Se det s k Framnäsmålet , NJA1992 s 717.

tuella transaktionerna är vederlagsfria, innebörden av uttrycket "affärsmässigt betingat", tidpunkten för bedömningen av vederlagsfriheten, tidpunkten för bedömningen av huruvida ett genomförande av transaktionen innebär ett intrång i det bundna kapitalet, m m. I det följande görs ett försök att skingra oklarheterna härutinnan.

3.2 Allmänt om utbetalningsförbudet

I syfte att trygga aktiebolagets egna kapital, bl a till skydd för borgenärerna, ges i ABL 12 kap vissa begränsningar i vad avser utbetalningar till aktieägarna i form av vinstutdelning, lån m m. Den sammanfattande beteckningen för detta regelsystem är "utbetalningsförbudet". Terminologiskt föreligger som synes vissa svårigheter vid användningen av begreppet "utbetalningsförbud". För den oinitierade är beteckningen direkt vilseledande. Det underliggande förbudet omfattar långt fler transaktioner än rena utbetalningar. Härtill kommer att förbudet även täcker utbetalningar (och andra transaktioner) till andra än aktieägare. Å andra sidan förutsätts, så som närmare skall framgå nedan, ett visst mått av vederlagsfrihet såvitt gäller utbetalningen, ett gynnande av aktieägare eller annan på aktiebolagets bekostnad, varvid således utbetalningen skall ha karaktären av vinstutdelning, utskiftning eller gåva.

Frågan är dock om det finns tillfredsställande alternativ till begreppet "utbetalningsförbud". Ofta förekommande i sammanhanget är beteckningen "olovlig vinstutdelning", vilken kan vara såväl "öppen" som "förtäckt". Betecknande för den "olovliga, öppna vinstutdelningen" är, att den definitionsmässigt är vederlagsfri, att den tillkommer aktieägarna samt att den beloppsmässigt överskrider det utdelningsbara beloppet enligt senast fastställda balansräkning (varvid givetvis endast skillnaden mellan det utdelade och det utdelningsbara beloppet utgör olovlig vinstutdelning). Enär begreppets användningsområde begränsas till ordinära vinstutdelningar, d v s endast en form av utbetalning, som följer formreglerna i ABL 12 kap, synes det vara än mindre lämpligt än begreppet "utbetalningsförbudet". Under beteckningen "förtäckt vinstutdelning" faller emellertid ett flertal transaktioner utanför det ordinära/reguljära

vinstutdelningsområdet, såsom begreppet har kommit att utnyttjas i praktiken.

En icke oväsentlig skillnad är emellertid, att emedan utbetalningsbegreppet även täcker in öppen vinstutdelning, begreppet "förtäckt vinstutdelning" rimligen icke kan göra detsamma. Härutöver kan nämnas att varje användning av ordet "vinstutdelning" leder tanken till en utbetalning till aktieägare, vilket inte nödvändigtvis behöver vara fallet med begreppet "utbetalning" eller "utbetalningsförbudet". Den förtäckta vinstutdelningen sägs vidare kunna vara såväl lovlig som olovlig. I den mån detta är riktigt, får väl jämförelse göras närmast med s k lovliga och olovliga utbetalningar, å ena sidan, samt lovlig och olovlig, förtäckt vinstutdelning, å den andra. Begreppet "olovlig utbetalning", eller vad som omfattas av det s k utbetalningsförbudet, får därmed anses vara en samlingsbeteckning för såväl olovlig vinstutdelning – oavsett om det sker i öppen eller förtäckt form – och vederlagsfria utbetalningar till tredje man (andra än aktieägare) som går utöver vad som är utdelningsbart enligt ABL 12:2. I valet mellan de olika begreppen synes "olovlig utbetalning", d v s sådana utbetalningar som faller under utbetalningsförbudet, vara att föredra, särskilt med hänsyn till att detta är mera vittomfattande[62].

I beaktande av utbetalningsbegreppets svagheter har Lindskog introducerat begreppet "olovlig kapitalanvändning". Med olovlig kapitalanvändning förstår Lindskog ett frånhändande av värden i aktiebolag i strid med spärrbestämmelserna i ABL 12:2 genom medvetet, icke kommersiellt syftande bolagsdispositioner[63]. Såvitt gäller det subjektiva rekvisit som enligt Lindskog synes böra inrymmas i definitionen ("medvetet", "avsiktligen", etc) hänvisas till avsnitt 3.4.1 nedan. I detta sammanhang skall endast kort beröras lämpligheten i att använda beteckningen "olovlig kapitalanvändning" framför andra mer eller mindre vedertagna beteckningar, såsom de ovan nämnda (olovlig eller olaglig utbetalning eller utdelning).

Fördelen med den av Lindskog introducerade beteckningen synes vara att den helt enkelt är adekvatare. Kapitalskyddsregeln syftar ju, såsom ovan fastställts, icke endast till att förhindra rena utbetalningar, utan också att inkludera alla andra, allehanda transaktioner, genom vilka ett aktiebolag frånhänds

[62] Se härom närmare Nerep, Om gränserna för utdelning av sakvärden och tillämpligheten av brutto- och nettometoden i aktiebolag, SST 1993, s 360 ff.

[63] Se Lindskog, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar, SvJT 1992, s 81. Jfr vad Lindskog anför på s 85: "En disposition varigenom bolaget *avsiktligen* frånhänds ett värde överstigande utdelningsbart belopp enligt ABL 12:2". (fotnot 6), ävensom s 87 fotnot 11, där rekvisitet "avsikt" återkommer.

tillgångar, m m. Uttrycket "kapitalanvändning" täcker in en större del av det förbjudna området. Det knyter också an till andra vedertagna uttryck inom området, såsom t ex "kapitalskyddsregel", "bundet kapital", och motsvarande. Visserligen betecknar "kapital" en passiv post i balansräkningen, som *strictu senso* icke är användbar, men i vardagslivets jurdik och affärer vet alla vad som åsyftas härmed. I Lindskogs kommentar till ABL 12 och 13 kap (se Kommentar, s 11 f) sker en viss terminologiutveckling, vari Lindskog också uppmärksammar vissa svagheter i den av honom introducerade begreppsapparaten och framhåller att "kapitalreduktion" möjligen är en adekvatare term. Däremot avvisar Lindskog tanken att de regler i ABL 12 kap som föranleder, att en utbetalning eller utdelning är olovlig skulle kunna sammanfattas i uttrycket "kapitalanvändningsförbudet" (motsvarande utbetalningsförbudet). Av skäl som icke närmare redovisas menar Lindskog att fråga icke är om något förbud över huvud. Uttalandet är oförklarligt: skulle således inte en reduktion under de förutsättningar som anges i 12 kap allmänt sett inte kunna betecknas som förbjuden i den meningen att dispositionen är olovlig och ogiltig? Mot begreppen "utbetalningsförbudet" och "förbudet" att förvärva egna aktier har i vart fall icke några invändningar av den karaktären hittills rests. Jfr Lindskogs användning av uttrycket "splittringsförbudet", se Kommentar, s 30, fotnot 36. Vad som måhända talar emot införandet av uttryckssätten i fråga är, att även dessa bär på svagheten att i viss mån vara ägnade att vilseleda. På samma sätt som uttrycket "utbetalning" ger nämligen "kapitalanvändning" ett intryck av att – i vart fall såsom det senare uttrycket kan komma att uppfattas i praktiken – fordra en aktiv utbetalning av kapital. För den som icke är helt insatt i bokföringsmekanismerna och resultat- och balansräkningarnas mysterier är det inte utan vidare självklart, att ett bolags eftergift av fordran, överföring av naturatillgångar, ökande av skuldbördan, m m också skall ses som kapitalanvändning. Väsentligare är dock, att ett utbyte av det numera vedertagna utbetalningsbegreppet (vedertaget i den meningen, att det kommer till användning i såväl förarbeten som doktrin samt i den offentliga debatten i relativt stor utsträckning) torde böra förutsätta att ersättningsbegreppet ("kapitalanvändning") har substantiella fördelar; de fördelar som nu nämnts med ersättningsbegreppet synes dock inte vara tillräckliga.

Utbetalningsförbudet är huvudsakligen civilrättsligt sanktionerat med undantag av vissa lån som kan medföra straffansvar. Härtill kommer självfallet de kompletterande straffsanktionerna i BrB 11 kap, främst såvitt avser oredlighet och vårdslöshet mot borgenärer. Utbetalningsförbudets kärna är ABL 12:1, 1 st, vari stadgas att "utbetalning till aktieägarna av bolagets medel" endast får ske i den ordning som föreskrives i aktiebolagslagen beträffande vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapital eller reservfonden eller utbetalning i samband med utskiftning vid likvidation av bolaget. Denna centrala bestämmelse har i princip fun-

nits i aktiebolagslagstiftningen sedan 1895[64]. I trots av denna beaktansvärda ålder och tre efterkommande lagreformer är lokutionen *"utbetalning till aktieägarna"* påtagligt oklar, emedan den i vissa hänseenden har erhållit en alltför vidsträckt, i andra hänseenden åter alltför begränsad, utformning. Sålunda skall enligt förarbeten, doktrin och praxis, å ena sidan, begreppet "utbetalning" icke omfatta alla utbetalningar, utan endast s k vederlagsfria sådana, å andra sidan, även transaktioner som i strikt mening icke kan betecknas som utbetalningar, nämligen överförande av andra tillgångar än betalningsmedel (överförande av sakvärden) samt passiv reduktion av det egna kapitalet. Vidare är i själva verket adressatkretsen större än den som anges i bestämmelsen ifråga, eftersom utbetalningsförbudet enligt den allmänna meningen även avser att täcka utbetalningar till andra än aktieägare, d v s utbetalningar till "tredje man", ehuru sådana utbetalningar i praktiken får anses vara mindre vanliga än utbetalningar till aktieägarna[65]. Saken fordrar en närmare analys.

[64] Se 1895 års aktiebolagslag 30 § första mom, 1910 års lag 54 § och 1944 års aktiebolagslag 73 § första mom, vari i huvudsak stadgades, att utbetalning till aktieägare ej fick ske på annat sätt än i följd av aktiekapitalets nedsättning eller genom utbetalning av vinst enligt vinstutdelningsreglerna.

[65] Se härom bl a Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 83 ff och 126 ff; proposition 1975:103, s 475 f; SOU 1971:15, s 310 f. Antagandet, att utbetalningsförbudet även träffar utbetalningar till tredje man, synes inte vara på allvar ifrågasatt. Rodhe (s 126) uttalar härom t ex följande: "Det är vedertagen uppfattning, stödd av uttalanden i motiven till ABL 1975, att vederlagsfria utbetalningar till tredje man är lovliga endast om de hålles inom ramen för fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret och dessutom skulle kunna utdelas utan hinder av den allmänna försiktighetsregeln i 12 kap 2 § 2 st. På en olovlig utbetalning torde man få analogt tillämpade nyss återgivna reglerna om påföljd av olovlig vinstutdelning." Frågan är således om en vedertagen, analog tillämpning av utdelningsregeln, vilken tillämpning har stöd i lagförarbeten och vilket skall framgå nedan, i rättspraxis. En i stort sett identiskt formulerad ståndpunkt återfinns hos Kedner/Roos, s 224 f.

Åberopandet av lagförarbetena som stöd för den nu redovisade ståndpunkten är dock icke helt invändningsfri. I de lagförarbeten som torde åsyftas, nämligen förslaget till aktiebolagslagen m m (SOU 1971:15) och proposition 1975:103 till aktiebolagslag, görs endast ett kort och tvetydigt uttalande om utdelningsreglernas räckvidd härutinnan (se utredningen s 310 och propositionen s 475 f), varvid uttalandet i propositionen är en upprepning av utredningsuttalandet. Härvid slås till en början fast, att utbetalningsförbudet "avser bara utbetalning till aktieägarna i denna deras egenskap". Därefter görs följande försök till förtydligande: "Utbetalningsförbudet riktar sig endast mot aktieägare. Det kan emellertid påpekas att den transaktion mellan bolaget och tredje man, 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 6 §, är ogiltig enligt 8 kap 13 och 14 §§. Men den kan bli giltig, om alla aktieägare samtycker till den. Sådant samtycke har dock verkan endast inom ramen för aktieägarnas dispositionsrätt över bolagets tillgångar, d v s endast om transaktionen inte tar i anspråk andra medel än sådana som bolaget kan utdela

3.3 Utbetalningsbegreppet

En direkt eller analogivis tillämpning av portalbestämmelsen i ABL 12:1, 1 st, ger vid handen, att bestämmelsen omfattar alla former av utbetalningar, oavsett om sådana sker i form av vinstutdelning, koncernbidrag, lån, lön, arvoden, annan ersättning, köpeskilling, överföringar av andra tillgångar (sakvärden), skadestånd, förlikningsvis utbetalda belopp, m m, d v s oberoende av hur utbetalningen betecknas och bokförs i det utbetalande bolaget. En annan sak är sedan, som skall framgå nedan, att det vidare förutsätts, att utbetalningen är "vederlagsfri". Härutöver omfattas annan överföring av egendom än utbetalning av pengar. Det kan här vara frågan om överföring av vilken egendom, fast eller lös, som helst. Om ett

såsom vinst."

Det upprepade, kategoriska uttalandet att utbetalningsförbudet endast avser utbetalningar till aktieägare saknar således fog, om det citerade avsnittets sista punkt skall tas på allvar. Vad det citerade uttalandet i sin helhet istället synes innebära är följande. Vederlagsfria utbetalningar regleras på olika nivåer, allt beroende på utbetalningens natur, ändamål, omfattning, m m.

1. Med enkel majoritet kan enligt ABL 12:6 bolagsstämman besluta om gåva till "allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål, om det med hänsyn till ändamålets beskaffenhet, bolagets ställning och omständigheten i övrigt får anses skäligt". (Angående skälighetsbedömningen, se bl a NJA 1914 s 309 och NJA 1962 s 182.) Om bestämmelsens tillämpning, se Rodhe s 250 f och Kedner/Roos, del II s 258 f.
2. Vederlagsfria utbetalningar med annat ändamål än det som inryms i ABL 12:6 är klanderbara enligt bl a ABL 8:13, 8:14 och 9:16. Minoritetsaktieägare kan således förhindra beslut i strid mot bolagets vinstsyfte, eller som innebär ett användande av bolagets tillgångar eller åtagande och förpliktelse för ett ändamål, som är främmande för föremålet för bolagets verksamhet. Klanderbara är också beslut i strid med likhetsprincipen. (Beträffande nu nämnda regler, se vidare nedan i avsnitt 2.3.1, vid fotnot 27.) Har det klanderbara beslutet verkställts, kan skadeståndsanspråk riktas mot de verkställande organen, och enligt ABL 8:14 är dessutom transaktionen ogiltig vid ond tro hos bolagets medkontrahent.
3. Oavsett om samtliga aktieägare enligt punkt 2 ovan samtyckt till en vederlagsfri prestation från bolagets sida, medför kapital- och borgenärsskyddet, att prestationen icke får innebära ett inkräktande på det bundna kapitalet, eller, möjligen, endast får hänföra sig till vad som är disponibelt för utdelning. Under alla förhållanden, d v s även då alla aktieägare är överens, skall bolagets bundna kapital skyddas från aktieägarnas dispositioner.

Med denna nyansering av det kategoriska uttalandet, att "utbetalningsförbudet endast riktar sig mot aktieägare", gäller i själva verket att utbetalningsförbudet riktar sig mot vederlagsfria transaktioner med såväl aktieägare som med tredje man. Att detta förhållande icke kommer till bättre uttryck i aktiebolagslagtexten och förarbetena till aktiebolagslagen är minst sagt anmärkningsvärt. Jfr härvid t ex den norska aktiebolagslagen 12:9. Jfr också diskussionen av Lindskog, *op. cit.*, s 83. Lindskogs konstaterande, att det från borgenärernas synpunkt inte spelar någon roll vem det är som är mottagare av värden/kapital som frånhänds ett aktiebolag genom en vederlagsfri utbetalning, är därvid uppenbarligen helt korrekt.

bolag efterger en fordring till aktieägare eller annan, eller emitterar aktier, skuldebrev eller andra värdepapper till underkurs, kan åtgärden visserligen knappast betecknas som utbetalning, men icke desto mindre torde utbetalningsförbudet vara tillämpligt. Detsamma får anses gälla upptagandet av fiktiva skulder i bolaget eller kostnader för det fall sådana ger upphov till en fordran hos aktieägare eller annan. Även ett koncernbidrag, som icke utbetalas i samband med beslut härom, utan som tas som en skuld hos bolaget, blir på så sätt att beteckna som en utbetalning i denna vida mening. Sammantaget torde således alla dispositioner som innebär en minskning av tillgångssidan, eller ökning av skuldsidan, eller en kombination härav, betraktas som en sådan utbetalning (kapitalanvändning) som omförmäles i ABL 12:1, 1 st[66].

3.4 Begreppet "vederlagsfrihet"

Det är givet att utbetalningar från ett aktiebolag inom ramen för bolagets normala affärsverksamhet inte kan komma i konflikt med utbetalningsförbudet. I doktrin och förarbeten har saken uttryckts så, att i den mån utbetalningen – i vid mening – är *affärsmässigt betingad*, aktualiseras inte utbetalningsförbudet[67]. När en utbetalning från ett aktiebolag till förmån för aktieägare eller annan icke är affärsmässigt betingad, anses den med

[66] Lindskog, se Kommentar, s 39 f, är beredd att gå ett steg längre i det att enligt hans mening inte endast rättsliga dispositioner skall kunna ses som "kapitalanvändning", d v s utbetalning, utan även andra värdefrånhändanden, t ex sådana som är ett resultat av att ett aktiebolags egendom förstörs. Ståndpunkten synes vara välgrundad. Jfr alltså vad Lindskog anför i Kommentar, s 44, beträffande skadegörelse och liknande handlingar. Såsom kapitalanvändning eller utbetalning bör med all säkerhet betraktas underlåtenheten att göra en lönsam affär, förutsatt givetvis att lönsamheten var känd och avståendet medvetet, ävensom betalningen av en redan preskriberad skuld eller underlåtenheten att kräva betalning av en fordran som sedan preskriberas. Ett avstående från att väcka talan om skadestånd, m m, trots att det föreligger goda grunder härför, liksom ett ogrundat medgivande av skadestånd kan på samma sätt betraktas som kapitalanvändning eller utbetalning (jfr NJA 1929 s 199). "Förtäckt vinstutdelning" betecknas enligt Lindskogs terminologi numera som "indirekt kapitalanvändning".

[67] Se härom bl a Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 83 ff, 108 ff och 125 ff; densamme, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1/1981, s 4 och Ytterligare något om vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 4/1981, s 26; Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, 3 uppl, 1979 s 21 ff; Grosskopf, Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor, Malmö 1989, s 41 ff; Kedner/Roos, Aktiebolagslagen, del II, 4 uppl, 1991, s 220; proposition 1975:103 s 475 f; SOU 1971:15 s 310 ff.

andra ord vara vederlagsfri. Utbetalningsförbudet träffar alla vederlagsfria utbetalningar, såväl sådana som sker i form av reglerad vinstutdelning som förtäckt "utdelning". Det skall emellertid redan här inskjutas, att vederlagsfria utbetalningar icke är olovliga eller olagliga i sig, utan olovligheten förutsätter härutöver, att utbetalningen sker med ianspråktagande av bolagets bundna egna kapital inklusive bundna fonder, eller med andra ord utöver vad som är tillgängligt för vinstutdelning. Till denna fråga återkommer framställningen nedan.

Svårigheten i sammanhanget är naturligen att avgöra hur gränsen skall dras mellan affärsmässigt betingade och icke affärsmässigt betingade utbetalningar, d v s vilka utbetalningar som är vederlagsfria och vilka som icke är detta. Bedömningen får självfallet ske från fall till fall mot bakgrund av *helheten av de föreliggande omständigheterna*. Såvitt först gäller rena utbetalningar eller överföringar av egendom utan motprestation från mottagaren (aktieägare eller annan) är väl svaret allt som oftast givet[68]. Så snart någon form av *motprestation* föreligger, uppstår emellertid svårigheter. Motprestationen kan vara direkt i form av pengar, annan egendom, arbete eller andra prestationer, men kan även vara indirekt i att den på kort eller lång sikt förväntas ge det utbetalande bolaget förmåner av ett eller annat slag. I det följande diskuteras vederlagsfriheten med utgångspunkt från olika rättshandlingar (transaktioner).

3.4.1 Gåva eller gåvoliknande (blandade) transaktioner

Beträffande gåvor står klart, att dessa definitionsmässigt sker utan vederlag eller motprestation från gåvomottagarens sida, med undantag möjligen av s k remuneratoriska gåvor, d v s gåvor, som framkallas av att mottagaren gjort givaren vissa tjänster utan att ha haft juridiskt bindande anspråk på ersättning (jämför även mutor som ges för antingen redan utförda tjänster eller förväntade tjänster eller prestationer). Det är givetvis icke endast rena gåvotransaktioner som är vederlagsfria, utan också

[68] Jfr även 1948 års förordning angående aktiebolag § 9 och motivet till utbetalningsförbudet i 1895 års aktiebolagslag, 24 §; se Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m m avgivna av därtill utsedd kommitté, Stockholm 1890 (nedan 1890 års förslag), s 117 f.

transaktioner med mer eller mindre benefika inslag, oavsett hur transaktionen formellt sett rubricerats. Det rör sig här om situationer där bolaget avhänder sig egendom till underpris, förvärvar egendom till överpris, utbetalar lön eller arvode för tjänster eller arbeten som endast delvis motsvaras av utbetalningen, lånar ut medel till en i förhållande till marknadsräntan låg ränta eller upptar lån till en högre ränta än marknadsräntan, lämnar säkerhet (sätter pant, ställer borgen etc) utan vederlag eller endast med symboliskt sådant, avskriver fordringar, m m (vissa av nu nämnda transaktioner behandlas särskilt nedan).

Med det rena gåvofallet skall således jämställas *gåvoliknande (blandade) transaktioner*, d v s transaktioner där det ingår ett moment av gåva eller med andra ord där bolagets prestation är större än motpartens motprestation. Det skall föreligga en disproportion (diskrepans) eller ett missförhållande mellan prestationerna. Även här kan slås fast, att det endast är den skillnad som föreligger prestationerna emellan, d v s själva gåvomomentet, som kan träffas av utbetalningsförbudet. Frågan är emellertid hur stor denna skillnad måste vara för att utbetalningsförbudet överhuvudtaget skall anses vara tillämpligt. Vägledning i denna fråga saknas i aktiebolagslagen. I lagens förarbeten anges endast mycket kortfattat, att utbetalningsförbudet kan omfatta "mer eller mindre benefika överföringar till aktieägare", när sådana maskeras som vanliga affärstransaktioner, t ex så, att bolaget köper egendom av en aktieägare till ett pris som avsiktligt satts över vad som skulle vara normalt"[69]. Vid sidan

[69] Se 1971 års betänkande, SOU 1971:15, s 310; uttalandet upprepas i stort sett i samma ordalag i propositionen 1975:103 om aktiebolagslagen m m, s 475. En viss grund för frågans bedömning ges emellertid i doktrin. Så t ex uttalar Rodhe, i samband med genomgången av gränserna för utbetalning till tredje man, att det inte kan komma ifråga, att man "såsom förtäckt vederlagsfri utbetalning skulle betrakta varje transaktion, som är oförmånlig för bolaget och förmånlig för tredje man". Det skall tvärtom finnas ett "vidsträckt utrymme för en bolagsledning att göra både goda och dåliga affärer". Härvid måste man enligt Rodhe skilja mellan affärsmässigt mindre kloka eller lyckosamma transaktioner, å ena sidan, och transaktioner som icke är affärsmässigt betingade, å den andra. Beträffande den *disproportion* som skall föreligga *mellan prestationerna* å ömse sidor uttalar Rodhe i anslutning härtill, att det skall föreligga ett "sådant missförhållande mellan utfästelserna" att det är *"uppenbart att transaktionen delvis har egenskap av gåva"*, för att en icke affärsmässigt betingad transaktion skall föreligga. Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 125, jämför densamme, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1/1981, s 5 och Ytterligare något om vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 4/1981, s 26. Se även Danielsson, Förtäckt vinstutdelning och eliminering av vinst, SvJT 1954, s 571, s 577 f, där författaren uttalar att ett "uppenbart missförhållande måste föreligga mellan vad bolaget mist och vad det fått istället".

av det *uppenbara missförhållandet* har enligt Danielsson *syftet* med rättshandlingen betydelse vid bedömningen av om utbetalningsförbudet överträtts[70]. Som exempel anför Danielsson syftet, att avhända bolag tillgångar. Vid första anblicken synes emellertid syftet knappast kunna ges mer än en underordnad betydelse; i den mån ett syfte kan visas, kan det accentuera missförhållandets eller prestationsskillnadens karaktär av gåva i motsats till en oklok eller misslyckad affärstransaktion. Något närmare besked härom ges emellertid icke i aktiebolagsrätten. Upplysande praxis saknas.

Närmare vägledning beträffande vilka *gåvoliknande* eller *blandade transaktioner* som kan komma ifråga vid tillämpningen av utbetalningsförbudet kan hämtas från andra borgenärsskyddsregler, företrädesvis i konkurslagstiftningen och brottsbalkens regler om brott mot borgenärer. Närmast till hands att ta till utgångspunkt i detta hänseende är *återvinningsbestämmelsen om gåva i konkurslagens 4 kap 6 §*. Stadgandet ger möjlighet att återvinningsvägen komma åt blandade avtal som gåvoköp och liknande. Vad som stadgas om gåva i bestämmelsen gäller nämligen också 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*" (kursivering här). I jämförelse med äldre konkurslagstiftning, närmare bestämt konkurslagen av 1921 (1921:225), innebär den nya ordalydelsen en klar ändring. Den äldre lagen stadgade, att om det av missförhållandet mellan parternas prestationer framgick, att avtalet *huvudsakligen hade egenskapen av gåva*, så skulle återvinning kunna ske, under det att nu gällande lag endast förutsätter att transaktionen *delvis* har karaktär av gåva, men att detta skall vara *uppenbart*. Av förarbetena framgår, att ändringen påkallats huvudsakligen av behovet att i större utsträckning än tidigare kunna göra gåvoliknande transaktioner återvinningsbara[71].

Detta uppnås enligt lagstiftarna genom att ordet "huvudsakligen" utbytts mot "delvis". Å andra sidan betonas, att skillnaden prestationerna emellan skall vara *avsevärd* för att det skall kunna konstateras, att en transaktion "delvis" har karaktären av gåva; att transaktionen delvis har egenskap av gåva skall vara "uppenbart".

[70] *Ibidem.*
[71] Se proposition om ändring i konkurslagen, 1975:6, s 210 ff.

Ehuru det ej uttrycks i lagstadgandet, förutsätts vidare enligt förarbetena att *gåvoavsikt* förelegat[72].

I övrigt hänvisas i förarbetena till en motsvarande reglering av blandade avtal i *37 § 1 mom* förordningen (1941:416) om *arvsskatt och gåvoskatt*, som har en med återvinningsregeln i princip identisk lydelse. Vikten av ett närmande till nyssnämnda stadgande i tillämpningshänseende understryks särskilt[73]. Det är emellertid oklart vad hänvisningen till arvsskatteförordningen syftar till. Ordalydelsen i förordningen är nära nog identisk med den i konkurslagens återvinningsbestämmelser. Att detta skulle leda till en identisk tillämpning är dock icke självklart, bl a med hänsyn till att lagarna kan tänkas fylla olika syften. Om detta talas det heller inte i förarbetena. Snarare utsägs, att "beskrivningen av det blandade avtalet" i återvinningsbestämmelsen ytterligare närmats till motsvarande bestämmelse i arvsskatteförordningen. Inte ens beträffande beskrivningen är således identitet åsyftad. Härtill kommer, att det enligt samma förarbeten måste föreligga en *"avsevärd skillnad"* i fråga om prestationernas värden för att man skall kunna konstatera att en transaktion delvis har karaktären av gåva. Arvs- och gåvoskattelagstiftningen synes inte ha så högt ställda krav på denna skillnad. I en kommentar till arvs- och gåvolagstiftningen framhålls, att en *"mindre" skillnad*, som *inte är alltför ringa*, är tillfyllest för att transaktionen i vad avser skillnaden, skall anses som gåva[74]. Såsom exempel nämns det fallet att gåvomottagaren betalar 90% av "gåvans värde", varvid skillnaden å 10% förefaller tillräcklig, även beträffande mindre belopp, för att ett sådant uppenbart missförhållande som gör att avtalet delvis har karaktären av gåva skall föreligga. Englund tillägger exemplet där en *exakt värdering kan göras*, exempelvis vid börsnoterade värdepapper, i vilket fall redan en *"obetydlig skillnad"* mellan börsvärde och köpeskilling kan "göra det fullt klart, att ett gåvomoment ingår i transaktionen". Beträffande mera *svårvärderade tillgångar* får dock större felmarginaler tolereras.

Det nu sagda rimmar illa med uttalandet om "avsevärd skillnad" i förarbetena till konkurslagen. Måhända bör man vid bedömningen av vilken differens som erfordras även beakta gåvoavsikt[75]. Allmänt sett får naturligen anses gälla, att ju mindre skillnaden prestationerna emellan är, desto svårare är det att påvisa, att gåvoavsikt föreligger. Bevisbördan för gåvoavsikt får väl enligt allmänna bevisbörderegler anses åvila den som påstår förevaron av en sådan[76].

[72] Se proposition 1975:6, s 212. Beträffande den äldre lagstiftningen, se bl a Bengtsson, Om gåvobegreppet i civilrätten, SvJT 1962 s 689, s 694 med vidare hänvisningar.

[73] Förordningen fick 1974 (1974:857) ändrad lydelse och heter numera lagen om arvsskatt och gåvoskatt. Den omtalade bestämmelsen i 37 § 1 mom kvarstår emellertid oförändrad. Beträffande dessa frågor se även Lennander, Återvinning i konkurs, Lund 1985, s 173 ff.

[74] Se Bratt, J, Fogelklou, L och Norrdell, C-A, Skatt på arv och skatt på gåva. Kommentar till 1941 års lag om arvsskatt och gåvoskatt. 7 uppl Stockholm 1979, s 300, i vilken hänvisning sker till 1938 års betänkande med förslag till förordning om arvs- och gåvoskatt m m (SOU 1938:19). Se även Englund, Beskattning av arv och gåva, 8 uppl, Lund 1989, s 196 ff, som implicit synes uttala samma ståndpunkt

[75] Se Englund, s 197.

[76] Se i dessa frågor även Lennander, s 174 f. Se även Bratt m fl, s 300 f.

Det är möjligt att det i förarbetena till konkurslagen förekommande uttalandet om "avsevärd skillnad" skall ses i detta perspektiv[77]. I återvinningsfall torde avsikten sällan komma till uttryck på annat sätt än i skillnaden mellan prestationerna (så torde också vara fallet när fråga är om brott mot borgenärer). Detta kan vara förklaringen till uttalandet om en "avsevärd skillnad". Återvinningsbestämmelsen om gåva omfattar emellertid en lång rad situationer där gåvoavsikten kan uttryckas på mångahanda sätt. I beaktande bör härvid tas det förhållandet, att återvinningsfristen, i vart fall när det gäller närstående, är relativt lång (3 år). Hypotetiskt skulle frågan också kunna ställas, om kravet på en "avsevärd skillnad" kvarstår även i det fall där det står klart att gåvoavsikt föreligger.

I det exempel som ges i nyssnämnda betänkande (s 143) på ett fall där diskrepansen mellan prestationerna inte är alltför ringa, nämligen, där en far till sin son säljer en fastighet värderad till 20.000 kr för 18.000 kr, samtidigt som han skänker sina övriga barn 2.000 kr var, synes gåvoavsikten vara ådagalagd. Att en så ringa diskrepans (som i själva verket inte ens vid tidpunkten för betänkandet var föremål för gåvoskatt på grund av avdragsrätten om 2.000 kr) enligt betänkandet skulle utlösa gåvobeskattning, sammanhänger således med att gåvoavsikten är klar. I det nämnda exemplet pekar andra omständigheter än diskrepansen som sådan på att gåvoavsikt föreligger.

Vid bevisningen om huruvida gåva och gåvoavsikt föreligger skulle mycket väl kunna göras gällande, att det av andra omständigheter än diskrepansens storlek är uppenbart, att en viss transaktion delvis har karaktären av gåva samt att gåvoavsikt föreligger. Förutom i det nyss nämnda gåvoskatteexemplet skulle detta kunna vara fallet när ett aktiebolag säljer av ett visst inventarium till en anställd aktieägare för ett pris som ligger 10–20% under marknadsvärdet. Slutsatsen, att diskrepansen skulle kunna återvinnas eller beskattas, saknar emellertid stöd i de aktuella lagbestämmelsernas ordalydelse. Vad som stadgas är nämligen, att det just av *diskrepansens storlek* skall vara uppenbart att transaktionen delvis har karaktär av gåva. Och det är med all säkerhet därför som det i förarbetena till återvinningsbestämmelsen ifråga utsägs, att diskrepansen skall vara "avsevärd"[78]. *Utöver detta* skall gåvoavsikt visas.

Såsom bestämmelserna har formulerats, bör följaktligen sådana diskrepanser som icke är avsevärda icke kunna återvinnas (eller beskattas) även om det av omständigheterna i övrigt (d v s vad som framgår utöver

[77] Se proposition 1975:6, s 212.

[78] Se Förslag av Lagberedningen, Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m m, utsökningsrätt X, SOU 1970:75, s 141 och propositionen 1975:6, s 212.

diskrepansens storlek) står klart att gåvoavsikt föreligger[79]. Omvänt gäller, att även om diskrepansen är avsevärd, skall återvinning (eller gåvobeskattning) ej ske, om icke gåvoavsikt kan visas. En annan sak är sedan, att en avsevärd diskrepans kan vara ett mycket starkt indicium på gåvoavsikt. För att fastställa gåvoavsikten, bör man emellertid även kunna se till andra omständigheter kring transaktionen[80].

Den stora svårigheten är givetvis att avgöra vad som skall betecknas som en "avsevärd" diskrepans. Här ges olika möjligheter till tolkning. En är att, ehuru diskrepansen endast är 5%, *skillnadsbeloppet i sig är* avsevärt. En annan möjlighet är att det avsevärda endast skall bestå i diskrepansen som sådan, t ex att förvärvaren endast erlägger 75% av ett någorlunda fastställbart marknadsvärde[81]. Den senare tolkningsmöjligheten vinner stöd i återvinningsbestämmelsens ordalydelse. Skillnadsbeloppets storlek i sig skall således vid en strikt lagtolkning sakna betydelse. Om skillnadsbeloppet är stort, kan visserligen detta tyda på gåvoavsikt, men, såsom ovan fastställts, förevaron av gåvoavsikt är inte tillräcklig för åter-

[79] Begreppet "beskattas" begränsas ovan till gåvobeskattning och omfattar således inte annan form av beskattning, t ex inkomstbeskattning.

[80] Enligt vad som sagts ovan skulle således en transaktion helt eller delvis kunna återvinnas om gåvoavsikt kan visas och diskrepansen prestationerna emellan är avsevärd. Den definitiva återvinningen förutsätter emellertid enligt konkurslagens 4 kap att ytterligare rekvisit uppfylls, t ex att transaktionen har ägt rum inom återvinningsfristen men också att gåvodelen i transaktionen är av "någon betydelse" för konkursborgenärerna. Undantagna från återvinning är t ex enligt konkurslagen 4 kap 6 § tredje stycket understöd och sedvanliga gåvor som inte står i missförhållande till gäldenärens ekonomiska förhållanden. *Skillnad* bör således göras mellan vad som förutsätts för att gåva eller blandad gåva överhuvud taget skall vara för handen, nämligen avsevärd diskrepans och gåvoavsikt i fråga om blandade gåvor, å ena sidan, och vad som förutsätts för att denna blandade gåva slutgiltigt skall vara återvinningsbar, å den andra. Måhända har i skatterätten dessa två frågor sammanblandats, vilket i så fall skulle förklara varför det i skatterättslig doktrin och förarbeten uttalas, att den ifrågavarande diskrepansen inte får vara "alltför" ringa. Se även exemplet i Englund, Beskattning av arv och gåva, 8 uppl, Lund 1989, s 197, där fråga är om överlåtelse av börsnoterade värdepapper, i vilket fall enligt Englund värderingen "kan göras något så när exakt", varför redan "en obetydlig skillnad mellan börsvärde och köpeskilling" skulle göra det fullt klart att ett gåvomoment ingår i transaktionen. Svårigheten enligt Englund består endast i att finna exakta metoder för värdering av tillgångar som kommer ifråga för blandade transaktioner. Med de givna exemplet som grund skulle emellertid en rad publika erbjudanden, aktieöverlåtelser på grund av tvångsinlösen, m m medföra att gåvobeskattning utlöses. Detta måste emellertid starkt ifrågasättas.

[81] Att det vid värderingen av prestation och motprestation skall vara *marknadsvärdet* som är avgörande, får antas vara ställt utom allt tvivel. Vad som av doktoranden vid Uppsala universitet, Jan Andersson, hävdas i en artikel i SvJT 1993, s 566–582, Om verkliga värden och den aktiebolagsrättsliga världen, och av denne ses som nypåfunnet är i själva verket en självklarhet; Andersson slår med andra ord in öppna dörrar.

vinningsbarhet. Å andra sidan har kravet på huvudsaklighet i den äldre lagstiftningen avskaffats; numera erfordras icke längre att transaktionen *i huvudsak* har egenskap av gåva. (Härmed torde förstås, att diskrepansen är sådan, att t ex i fall av överlåtelse motprestationen i vart fall är mindre än 50%.) Huvudsaklighetsrekvisitets avskaffande skedde i avsikt att utöka det återvinningsbara området. Det får därför anses klart, att i begreppet "avsevärt" icke kan ligga ett krav på en diskrepans till motpartens förmån om 50% eller mer. Å andra sidan kan ej heller 10% anses vara tillräckligt för att en avsevärd skillnad skall föreligga. En sådan revolutionerande utsträckning av det återvinningsbara området skulle ha kommit till mera påtagligt uttryck i förarbetena och lagtexten[82].

De nu givna slutsatserna beträffande blandade transaktioner enligt återvinningsbestämmelserna får i viss mån anses vara vägledande för tolkningen av utbetalningsförbudet och i synnerhet kravet på att en transaktion skall vara affärsmässigt betingad. I fråga om ett aktiebolags affärsverksamhet måste dock av naturliga skäl säkerhetsmarginalen mellan vad som är affärsmässigt betingat och vad som anses vara vederlagsfritt vara stor. Därmed är även sagt att utrymmet för affärsmässigt okloka eller dåliga transaktioner måste vara vidsträckt[83].

Överförs försiktigtvis de ovan givna slutsatserna för konkursrättens del på aktiebolagsrätten och utbetalningsförbudet, vilket synes icke vara helt orimligt med hänsyn till att fråga är om borgenärsskyddsregler i båda delarna med samma syfte, ändamål och av jämförbar karaktär, får således förutsättas, att en transaktion är affärsmässigt betingad, om inte diskrepansen prestationerna emellan är avsevärd till förmån för bolagets motpart och en gåvoavsikt föreligger. Även om såväl avsevärd diskrepans som gåvoavsikt måste föreligga, torde gåvoavsikten i praktiken i de flesta fall kunna visas med hänvisning till en avsevärd diskrepans. I princip gäller dock, att även om diskrepansen är mer än avsevärd, kan transaktionen vara affärsmässigt betingad om gåvoavsikt inte föreligger. En mycket stor diskrepans – t ex att bolagets motpart endast betalar 50% av marknads-

[82] Beträffande huvudsaklighetsrekvisitet i den äldre konkurslagstiftningen, se Welamson, Konkursrätt, Stockholm 1961, s 224. Welamson tillägger emellertid icke någonting i sak, och den rättspraxis till vilken Welamson hänvisar – NJA 1886 s 442, 1890 s 85 och 1899 s 206 – är icke ägnad att ge någon vägledning.

[83] Se bl a Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 125.

värdet på överlåten egendom – indikerar visserligen gåvoavsikt och vederlagsfrihet, och torde utan andra tillkommande omständigheter vara tillräckligt stöd för slutsatsen, att gåvoavsikt föreligger. Bolaget skulle emellertid kunna peka på omständigheter som talar för affärsmässighet, t ex vikten av samarbetet mellan avtalsparterna på lång sikt, investeringens långsiktiga betydelse (för det fall bolaget förvärvat något för ett pris avsevärt högre än marknadspriset), att – om bolaget förvärvat aktier – förvärvet avser en större del av en rörelse som är av väsentlig betydelse för bolaget, etc. När väl fastställts, att diskrepansen prestationerna emellan är avsevärd, får affärsmässigheten i transaktionen (d v s huruvida gåvo- eller utdelningsavsikt föreligger) bedömas mot bakgrund av en rad omständigheter, varav diskrepansens storlek endast utgör en. Av betydelse vid bedömningen av affärsmässigheten kan vara omständigheter som – utöver diskrepansens storlek – 1) transaktionens karaktär som sådan (köp, byte, pant, löneutbetalning, pensionsavsättning, etc); 2) huruvida transaktionen utgör ett normalt led i bolagets affärsverksamhet eller inte, d v s huruvida bolaget normalt köper och säljer den egendom som är aktuell i transaktionen eller om det rör sig om en mera ovanlig affärshändelse, icke bara för aktiebolag i allmänhet utan också för det ifrågavarande bolaget; 3) vem som är bolagets motpart, d v s om det är en aktieägare med mer eller mindre bestämmande inflytande i bolaget, ledamot i styrelse eller i bolagsledning i övrigt, eller om det är en motpart som normalt ingår i den krets som bolaget gör affärer med eller kan förväntas göra affärer med, t ex som ett led i en mera långsiktig strategi; 4) huruvida transaktionen har en kortsiktig eller mera långsiktig betydelse för bolagets verksamhet eller om transaktionen helt saknar strategisk betydelse, etc. Vid en sådan bedömning är det uppenbart att det endast mycket sällan kommer att befinnas, att en transaktion mellan ett aktiebolag, å ena sidan, och en juridisk eller fysisk person som inte ingår i aktieägar- eller bolagsledningskretsen, eller är närstående till någon i kretsen, icke skulle vara affärsmässigt betingad. Vad som i dylika fall i första hand kommer i fråga är transaktioner för välgörande ändamål eller i syfte att skada bolaget eller bolagets borgenärer. Härtill kommer att det endast är "gåvomomentet", d v s diskrepansen som sådan, som omfattas av aktiebolagslagens vinstutdelningsregler och utbetalningsförbudet.

Mot att analogisera från konkurslagstiftningen kan emellertid anföras

följande. Återvinningsbestämmelserna är allmängiltiga. Det träffar såväl fysiska som juridiska personer. De instrument som återvinningsbestämmelserna tillhandahåller är också med nödvändighet relativt trubbiga. Utbetalningsförbudets sanktionssystem, innefattande såväl återbärings- som bristtäckningsansvar, talar för att aktiebolagsrättsliga kapitalskyddsreglerna fordrar mera förfinade mekanismer. Det kan vidare diskuteras huruvida kravet på förefintligheten av gåvoavsikt är ändamålsenligt och i linje med vad kapitalskyddet erfordrar. Konstaterandet ovan, att återvinningsbestämmelsen i fråga kan komma att tolkas så, att skillnadsbeloppet i sig (i kronor räknat) saknar betydelse och att det endast är diskrepansens storlek som är avgörande för bestämmelsens tillämplighet, väcker också betänkligheter i de fall där beloppets storlek visserligen är betydande men diskrepansen endast obetydlig.

Nu redovisade förhållanden är av tillräckligt kvalificerat slag för att underkasta hypotesen om analogi från konkurslagstiftningen visst tvivel. Frågan är därför vilka andra möjligheter som därvid gives.

Utan att närmare analysera frågan har Lindskog – till synes mycket tentativt – framfört en teori om innebörden av vad som enligt hans nyinstiftade terminologi (se ovan) betecknas som olovlig kapitalanvändning[84]. Såsom ovan berörts, förstår Lindskog därmed att ett aktiebolag genom "en medvetet icke kommersiellt syftande disposition frånhänds värden i strid mot spärrbestämmelserna i ABL 12:2" eller att aktiebolaget "avsiktligen frånhänds ett värde överstigande utdelningsbart belopp enligt ABL 12:2". Förutom några allmänna anvisningar om värde – respektive diskrepansbedömningen – i vilket fall marknadsvärdet, principen om armslängds avstånd och om oberoende och informerade parter skall vara bestämmande – fogar icke Lindskog något till utveckling av sin teori. Klart är emellertid att Lindskogs bruk av termer såsom "medvetet", "kommersiellt syftande" och "avsiktligen" syftar till att inlemma ett subjektivt moment i vederlagsfrihetsbedömningen och utbetalningsförbudet av liknande beskaffenhet som återvinningsregelns gåvoavsikt. I förstone synes Lindskog ge intrycket av att göra gällande ett dubbelt subjektivt rekvisit ("*medvetet* icke kommersiellt *syftande*"). Sannolikt gör sig emellertid Lindskog här skyldig till en pleonasm (antingen är transaktionen medvetet icke kommersiell, eller så är den icke kommersiellt syftande; om en transaktion syftar till att vara icke kommersiell, får den väl anses vara medveten från åt-

[84] Se Lindskog, *op.cit.*, s 83, 85 och 87.

minstone endera partens sida[85]. I kommentaren till ABL 12 och 13 kap, se Kommentar, s 36 ff, ger Lindskog ett tydligare besked. Såsom kapitalanvändning betecknas där varje disposition som innebär ett värdefrånhändande, om detta varit *uppsåtligt*. Culpösa värdefrånhändanden utgör enligt Lindskog icke kapitalanvändning.

Såvitt kan förstås, är de av Lindskog nyttjade formuleringarna ingenting annat än omskrivningar av begreppet "affärsmässigt betingad transaktion", med tillägg för ett subjektivt moment. M a o är enligt Lindskog en transaktion vederlagsfri och underkastad utbetalningsförbudet i den mån transaktionen innebär ett förfogande av mera av bolagets tillgångar än vad som är disponibelt för utdelning, om den icke är affärsmässigt/kommersiellt betingad, *och* detta – sett från *bolagets* perspektiv – dessutom varit *avsiktligt*. Vid en jämförelse med återvinningsbestämmelsen om gåvor och blandade transaktioner framkommer dock, att Lindskog icke synes förutsätta förhandenvaron av såväl en uppenbar värdediskrepans som gåvoavsikt. Snarare bibringas läsaren uppfattningen, att varje värdediskrepans – förutsatt att den är avsiktlig, vilket får förmodas framgå av andra omständigheter än just värdediskrepansen – är en sådan kapitalanvändning som är olovlig, om den utgör ett brott mot spärrbestämmelserna i ABL 12:2.

Ehuru Lindskogs lösning, liksom analogin från återvinningsreglerna, saknar uttryckligt lagstöd, och närmast synes vara resultatet av en analys styrd av den kvalificerade intuitionen, är den säkerligen mer ändamålsenlig än den lösning som har sin grund i återvinningsbestämmelserna. Över huvud synes det ur ett kapitalskyddsperspektiv vara otillfredsställande att avsiktliga frånhändanden av bolagstillgångar skall kunna vara oåtkomliga endast med hänvisning till att diskrepansen mellan prestationerna från ömse sidor icke är avsevärd. I princip bör följaktligen varje diskrepans, oavsett beloppens storlek, kunna betecknas som en vederlagsfri utbetalning/kapitalanvändning, om det kan visas att den inte var affärsmässigt betingad, och detta varit bolagets avsikt. Men hur förhåller det sig med avsikten? Är det måhända avsikten som skiljer den affärsmässigt okloka transaktionen från den icke affärsmässigt betingande[86]? Är det med

[85] Jämför vad Lindskog anför på s 86, fotnot 8 i samma fråga: "Så snart B vet att frågan är om kapitalanvändning – d v s en värdediskrepans som A är medveten om och som ej är kommersiellt betingad". Se också s 87 fotnot 11: "Med vederlagsfritt förvärv förstår jag här och i det följande varje disposition där det till bolagets nackdel och medkontrahentens fördel råder en avsiktlig värdemässig obalans mellan prestationerna".

[86] Även Rodhe synes för övrigt förutsätta att vederlagsfriheten fordrar en gåvoavsikt, se Rodhe, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1/1981 s 4, särskilt s 5, där följande uttalande återfinns: "För att en transaktion inte skall vara affärsmässigt betingad – eller med andra ord vara vederlagsfri – måste det bakom transaktionen ligga en mer eller mindre klar gåvoavsikt." Jfr också uttalandet i förarbetena ovan vid fotnot 8.

andra ord så, att ett påstående om att en transaktion icke är affärsmässigt betingad i sig rymmer ett avsiktselement? Det moment av avsikt som finns inbyggt i rekvisitet "affärsmässigt betingat" (motsvarigheten till "avsiktligt vederlagsfritt" eller "avsiktlig värdediskrepans") måste då också antas vara av subjektiv karaktär i den meningen, att avsikten skall vara för handen hos bolaget, d v s bolagets ställföreträdare, vid genomförandet av den ifrågavarande transaktionen; skulle nämligen avsikten "objektiviseras" till att gälla hur en viss transaktion skall bedömas allmänt av oberoende och informerade aktörer, synes det hela endast utmynna i ett krav på "affärsmässigt kloka" transaktioner[87]. Mycket talar således för att avsiktsmomentet (i subjektiv mening) skall utgöra en av utbetalningsförbudets beståndsdelar. Såsom redan berörts ovan, skall givetvis det vara tillfyllest att visa sådan avsikt genom påvisandet av kringliggande, objektivt fastställbara omständigheter. (Det bör inflikas, att avsikten ej heller kan objektiviseras på så sätt, att kravet är att ställföreträdare för bolaget förstått/insett eller *bort* förstå/inse/misstänka att transaktionen helt eller delvis var vederlagsfri och ägnad att gynna medkontrahenten till skada för bolaget[88]).

[87] Jfr Lindskog, *op. cit.*, s 84 f.

[88] Det har förekommit försök att via olika minoritetsskyddsregler få till stånd en utkristallisering av begreppet vederlagsfrihet/förtäckt vinstutdelning. Nials resonemang (Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 22 ff) bär spår härav. Utgångspunkten härvid är den huvudregel beträffande bolagets transaktioner som kan utvinnas genom en *e contrario*-tolkning av ABL 12:6 i kombination med en tillämpning av ABL 8:13-14 och 9:16. Beträffande allmännyttiga gåvor stadgas därvid (se ovan fotnot 4), att beslut härom under vissa förhållanden kan tas av en enkel majoritet på bolagsstämman. Stadgandet är ett undantag från huvudregeln, nämligen att andra gåvor, d v s gåvor som icke är allmännyttiga eller icke har därmed jämförligt ändamål, eller gåvor som är av sådan karaktär, men som är för omfattande med hänsyn till bolagets ställning m m, i princip förutsätter samtycke av alla aktieägare. (För bolagets styrelse gäller en än mer begränsad rätt att ge bort bolagets tillgångar enligt ABL 12:6). Mera allmänt kan huvudregeln sägas innebära, att varken bolagsstämman eller bolagets styrelse får fatta beslut i strid med bolagets syfte, där syftet med en aktiebolagsverksamhet är att tillföra vinst (vilket så gott som undantagslöst är fallet). Minoritetens maktmedel vid brott mot denna huvudregel är bl a att klandra bolagsstämmans beslut härom eller väcka skadeståndstalan mot ledamot av styrelsen. Extrapoleras nu nämnda huvudregel till att även ge borgenärsskydd och ligga till grund för utbetalningsförbudet, förs emellertid icke saken på något sätt framåt. Oberoende härav är det inte alls säkert att samma måttstock skall användas vid bedömningen om en viss transaktion uppfyller kravet på vinstsyfte vid skydd av borgenärer respektive minoritetsaktieägare. Det är t ex möjligt att en bolagsstämma respektive en bolagsstyrelse skall ha större rörelsefrihet vis à vis minoritetsaktieägarna än vis à vis bolagets borgenärer. Frågan är emellertid mycket oklar; rättspraxis från Högsta domstolen på området saknas, såvitt är bekant. Se härom bl a Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 245, som ger en antydan om detta synsätt i följande uttalanden: "Det skall emellertid röra sig om åtgärder som klart

strider mot vinstsyftet; det är inte meningen, att en minoritet med hjälp av denna princip skall kunna påtala ett beslut, som blott är ur affärsmässig synpunkt oklokt". Jämför uttalandet på samma sida om att det "är uppenbart, att bolagsstämman (och bolagets styrelse) måste ha en avsevärd rörelsefrihet när det gäller att avgöra vad som kan vara förenligt med den i ABL förankrade principen att verksamhetens syfte är att göra vinst". (Även om rättspraxis skulle förekomma, kan det inte tas för givet att denna är vägledande för tillämpningen av kapitalskyddsnormerna.) Se vidare om denna fråga nedan avsnitt 3.4.

Vad sedan gäller bolagsaktiviteter och transaktioner som ligger utanför bolagets verksamhetsbeskrivning, d v s är främmande för föremålet för bolagets verksamhet, saknar den minoritetsskyddsregel, enligt vilken bolagsstämmobeslut och styrelsebeslut i sådan riktning är klanderbara (och skadeståndsgrundande), till synes all betydelse för tillämpningen av utbetalningsförbudet. Den rättspraxis som föreligger i frågan (NJA 1884 s 228, NJA 1903 s 19, NJA 1906 s 514, NJA 1922 s 403, NJA 1924 s 186 och NJA 1967 s 313) är också utan relevans.

Såvitt slutligen gäller generalklausulerna, i den form den bl a kommer till uttryck i ABL 8:13, 1 st, och 9:16 (i vilken inkorporerats likhetsgrundsatsen och otillbörlighetsregeln, om aktieägare eller annan än aktieägare otillbörligt gynnas på bolagets eller aktieägares bekostad, jfr Lindskog, *op. cit.*, s 84 f, möjligen med tillägg för, eller innefattande ABL 3:1), tycks dessa dock endast tangera, men inte sammanfalla, med skyddsområdet för utbetalningsförbudet. Under generalklausulerna faller t ex beslut eller transaktioner som är ägnade att omdisponera maktförhållandena inom ett bolag, eller de ekonomiska förutsättningarna för aktieägarna, utan att bolaget och därmed borgenärerna direkt behöver komma till skada. Jfr Rodhe, s 246 ff. En minoritet kan t ex komma att lida skada p g a en ökning av bolagets aktiekapital utan företrädesrätt, se Rodhe, s 60. Beslut om ändring av bolagsordningen kan ge samma resultat. Bolagets borgenärer torde väl knappast direkt beröras av beslut, som leder till maktförskjutningar eller ändringar vad gäller aktieägarnas ekonomiska utkomst av bolaget, så länge beslutet endast berör aktieägarnas inbördes förhållande. I vart fall kan ett dylikt beslut knappast karakteriseras som en kapitalanvändning/förtäckt utdelning/vederlagsfri transaktion till men för borgenärerna i 12 kapitlets mening. Av intresse är därför endast de beslut, aktiviteter, transaktioner som är till fördel för aktieägare eller tredje man och till nackdel för bolaget, d v s den indirekta kränkningen av likhetsprincipen. (När vissa aktieägare gynnas på bekostnad av bolaget, drabbas aktieägarna i bolaget olika, se närmare SOU 1941:9, s 302 f.) Den ledning som ges av generalklausulerna vid tillämpningen av utbetalningsförbudet skulle således vara vad som kan utvinnas ur *otillbörlighetsbegreppet*. Den vägledning som erbjuds härigenom är emellertid mycket oklar. Först skall antecknas att t ex otillbörlighetsbegreppet är mycket sparsamt behandlat i förarbeten, doktrin och rättspraxis. I den mån begreppet har behandlats, är meningarna delade om dess innebörd. Se t ex Rodhes polemik mot Pehrsons teser i Festskrift 1987 till Sveriges Advokatsamfund, s 483 ff, Aktiebolagsrätt, s 246 ff. Rekvisitet tillkom vid införandet av 1975 års aktiebolagslag. Något säkert tolkningsunderlag utgör inte förslaget till aktiebolagslagen (SOU 1971:15) och kommentarerna däri om tillämpningen av rekvisitet "otillbörlig", enär enligt förslaget rekvisitet kvalificerades av ett krav på att ett bolagsstämmobeslut "uppenbarligen" skulle vara ägnat att bereda otillbörlig fördel, etc. Så kan t ex uttalandet i förslaget (se s 245) om att generalklausulen endast skall tillämpas "i mera extrema fall" icke längre äga full aktualitet. Ej heller kan utan vidare uttalandet, att endast när ett bolagsstämmobeslut "verkligen framstår som ett maktmissbruk kan generalklausulen bringas till tillämpning", bilda en säker grund för tillämpningen av otillbörlighetsrekvisitet (se här proposition 1973:93, beträffande skälet till att rekvisitet "uppenbarligen" eliminerats.) Det kan emellertid inte betvivlas, att otillbörlighetsregelns primära skyddsområde är bolagets aktieägare, d v s det är en minoritetsskyddsregel. Eftersom detta syfte delvis uppnås genom att bolaget genom en tillämpning av regeln avses att skyddas mot vissa för bolaget skadliga transaktioner, ges indirekt bolagets borgenärer ett visst skydd. Icke desto mindre synes en hel del fall av förtäckt utdel-

Sammanfattningsvis kan beträffande innebörden av en icke affärsmässigt betingad/kommersiellt syftande transaktion, eller vederlagsfri transaktion, eller förtäckt vinstutdelning/kapitalanvändning kunna anföras följande. Såsom ett rättesnöre bland andra skall vid bedömningen av om en transaktion är vederlagsfri eller inte beaktas vikten av att ett aktiebolag ges stort utrymme och frihet för affärsverksamheten. *In dubio* kan knappast antas att fråga är om förtäckt utdelning eller motsvarande. Säkerhetsmarginalen borde dock kunna variera beroende på medkontrahentens status (aktieägare, närstående till aktieägare, tredje man i största allmänhet, m fl). Å andra sidan måste också borgenärens intresse av att ett aktiebolag inte blir tömt på kapital väga tungt; varje tillämpning av utbetalningsförbudet är således en svår avvägning mellan dessa intressen. Det är också av största vikt att en *helhetsbedömning* sker av samtliga omständigheter av betydelse. I det följande skall ges några riktlinjer om hur tillämpningen av vederlagsfrihetsrekvisitet bör ske.

1. Det är givet att utbetalningsförbudet icke skall träffa affärsmässigt okloka eller olönsamma transaktioner. Äventyrlig spekulation eller dåliga investeringar skall normalt falla utanför utbetalningsförbudet. Skillnaden mellan affärsmässigt okloka och affärsmässigt icke betingade transaktioner torde bestå i att det senare i sig rymmer ett visst mått av avsiktlighet från bolagets sida.
2. Förekomsten av en dylik avsikt kan framgå av omständigheterna i det enskilda fallet. Avgörande härvid kan vara t ex storleken av värdediskrepansen, d v s skillnaden mellan prestationerna å ömse sidor, varvid givetvis hänsyn måste tagas till svårigheten att fastställa värdediskrepansen i många fall. I avsaknad av riktlinjer i denna del i form av marknadspris, börsnoteringar, m m måste efter bästa förmåga fastställas ett pris som skulle gälla mellan parter på armlängds avstånd. Ju större svårigheterna är att fastställa ett affärsmässigt pris, desto större måste självfallet säkerhetsmarginalerna vara. Beträffande värdedis-

ning normalt sett icke kunna kvalificeras som otillbörliga i denna mening, t ex där utdelningen sker till samtliga aktieägare, eller där utdelningen sker till vissa i förtäckt form, men där värdediskrepansen icke är stor nog för att utdelningen skall kunna kvalificeras som otillbörlig gentemot övriga aktieägare. Jfr Lindskog, *op. cit.*, s 85. Sammantaget synes följaktligen otillbörlighetsregeln vara mindre lämpad såsom utgångspunkt för tillämpningen av utbetalningsförbudet.

krepansen kan sedan förekomma antingen att diskrepansbeloppet är betydande, oaktat att själva diskrepansen som sådan är obetydlig (t ex ett bolag som förvärvar en tillgång för 100 miljoner, vars marknadsvärde är fastställbart till 98 miljoner) liksom det omvända förhållandet, nämligen att diskrepansbeloppet är litet, under det att diskrepansen i relativa tal är betydande (bolaget förvärvar en tillgång för 200 kr, vars fastställbara marknadsvärde är 50 kr). Kan det bevisas att diskrepansen är avsiktlig, skall båda fallen omfattas av utbetalningsförbudet. Avsikten kan också framgå av andra kringliggande omständigheter, som t ex att transaktionen är ett led i en kedja av transaktioner i varierande former, bland vilka vissa transaktioner klart tyder på förekomsten av en vederlagsfri utbetalning. Ett bolag har t ex tagit sig före att belöna en viss grupp betydelsefulla intressenter, varvid belöningen tar sig olika uttryck, i vissa fall genom skattefria arvoden i utlandet, i andra fall åter genom förtäckt utdelning till aktieägare och ytterligare fall genom avsevärda avvikelser från gängse prislistor. Ytterligare en omständighet som kan tyda på här aktuell avsikt är att affärshändelsen är onormal för bolaget eller för bolag i allra största allmänhet eller att prestationsformen som sådan är ovanlig, t ex utdelning av sakvärden istället för kontanter eller tillhandahållandet från bolagets medkontrahents sida av immateriella tjänster, som bolaget normalt icke har ett behov av eller som medkontrahenten saknar kompetens till att utföra. Härmed är också sagt, att svårast att bedöma vid tillämpningen av utbetalningsförbudet är sedvanliga affärshändelser för det enskilda bolaget, varvid mera osedvanliga sådana bör kunna utgöra indicier på att bolaget avsett värdediskrepans, t ex förlikningsavtal, eftergifter, bolagets utställande av reverser, undertecknandet av växlar, utfärdandet av borgensförbindelser eller andra säkerhetsavtal, pantsättningar, m m.

3. En fundamental parameter vid bedömningen av huruvida en transaktion är affärsmässigt betingad eller inte är medkontrahentens status, d v s huruvida denna är aktieägare, styrelseledamot, VD, närstående till dessa personkategorier etc, eller en helt utanförstående tredje man. Det är givet att avsiktligt vederlagsfria transaktioner till förmån för utanförstående tredje man torde vara ytterst sällsynta. (Hit hör under normala betingelser icke ens "sponsoring" eller mutor, enär så-

dana utbetalningar tar sikte på förväntad motprestation i form av ökad tillströmning av affärer eller ökad allmän goodwill). Såsom ovan berörts, måste i förhållande till denna kategori av medkontrahenter bolaget lämnas en stor säkerhetsmarginal, vari skall ingå okloka, spekulativa, dumdristiga och äventyrliga affärshändelser, liksom rena misstag från bolagets sida. Korrigering av dylika affärstransaktioner kan knappast ske med stöd av aktiebolagslagen, utan här är bolaget i stället hänvisat till avtalsrättsliga principer samt skadeståndsrättsliga grundsatser i och utanför aktiebolagsrätten. I avsaknad av andra omständigheter som tyder på att värdediskrepansen (även en omfattande sådan) är avsiktlig, kan knappast i något fall utbetalningsförbudet bli tillämpligt. Sker däremot transaktionen med en aktieägare, t ex en dominerande sådan, eller närstående till denne, eller annan som ingår i bolagsledningen, är redan detta förhållande, d v s medkontrahentens status, en omständighet som ger klart stöd för att bolaget avsett värdediskrepans. I princip bör varje fastställbar värdediskrepans betecknas som förtäckt utdelning. Måhända bör regeln vara, att varje värdediskrepans i transaktioner med nu nämnda kategorier av medkontrahenter skapar en *presumtion* för att förtäckt vinstutdelning föreligger, varvid det ankommer på bolaget (eller medkontrahenten), att söka visa, att transaktionen trots allt var affärsmässigt betingad, t ex på grund av dess långsiktiga karaktär eller vikten för bolaget i en krissituation att få behålla kompetent personal inom bolagsledningen eller överhuvudtaget behålla anställda i nyckelpositioner. I förhållande till aktieägare, oavsett om dessa är dominerande lika, skall dock påståendet om långsiktighet eller vikten av att få behålla aktieägare icke kunna påverka transaktionens karaktär av förtäckt vinstutdelning. Varje utdelning till aktieägarna, även således den öppna utdelningen, har ju delvis detta syfte. Strängt taget skulle visserligen omvänt kunna påstås, att ingen utdelning är vederlagsfri, eftersom utdelningen utgör en motprestation för aktieägarnas insatser, d v s utan utdelning inga aktieägare. Undersökningen i denna framställning gäller emellertid andra transaktionsformer än just utdelning, som på grund av moment av vederlagsfrihet kan jämställas med utdelning. Invändningen, att undersökningen skulle underlättas om istället för vederlagsfrihet endast termen utdelning brukades, har emellertid visst fog för sig.

Vad nu sagts slutsatsvis och av principiell karaktär skall också ligga till grund för den härpå följande diskussionen om olika transaktioner inom ramen för utbetalningsförbudet.

3.4.2 Förvärv av egna aktier (eller motsvarande) som vederlagsfri utbetalning

ABL 7 kap 2 § stadgar förbud för aktiebolag att förvärva eller såsom pant mottaga egna aktier. Dotterföretag får ej heller förvärva eller såsom pant mottaga aktier i moderbolag. Aktierna får icke ens mottagas som gåva. Avtal i strid med förbudet är ogiltigt. I bestämmelsens andra stycke stadgas undantag bl a för det fall aktiebolaget övertar affärsrörelse, vari ingår aktier i det förvärvande bolaget. Vidare medges undantag för det fall inlösen av aktier sker enligt 13 kap 3 § eller inrop sker på auktion av aktier i samband med utmätning för fordran[89]. Enligt de ändringar av aktiebolagslagen som skall träda i kraft den 1 januari 1995 (se proposition

[89] Ändringarna av aktiebolagslagen, som i huvudsak träder i kraft den 1 januari 1995, innebär också att ett helt nytt stadgande införs i ABL 7:1 avseende ett aktiebolags rätt att *teckna* egen aktie. Ett förbud skall gälla mot ett aktiebolags tecknande av egen aktie. Har ett aktiebolag tecknat egen aktie, skall stiftarna, eller vid nyemission styrelsen och verkställande direktören, anses ha tecknat aktierna för egen räkning med solidariskt ansvar för betalningen. Det gäller dock inte stiftare, styrelseledamot eller verkställande direktör, som visar att han inte kände till eller hade bort känna till aktieteckningen. Har aktier i ett bolag tecknats av någon i eget namn för bolagets räkning, skall den i vars namn aktierna tecknades anses ha tecknat aktierna för egen räkning. Förbudet för aktiebolag att teckna egen aktie gäller också ifråga om dotterföretags teckning av aktier i moderbolag.

Ändringarna i aktiebolagslagen är i princip ett resultat av EG-anpassningen. Förbudet i ABL 7:1 följer av artikel 18 i kapitaldirektivet (77/91EEG). De smärre ändringarna beträffande förbudet att *förvärva* egen aktie har föranletts av kapitaldirektivets artikel 20 och 24. Under det att förbudet att *teckna* egen aktie i stort sett överensstämmer med artikel 18 i kapitaldirektivet, har den svenske lagstiftaren valt att icke begagna den frihet inom vissa ramar som artikel 20 i kapitaldirektivet ger till undantag – artiklarna i fråga ger nämligen utrymme till relativt vittgående undantag att t ex förvärva aktier motsvarande upp till 10% av det tecknade kapitalet (se artikel 19 1b) – ej heller fler av de undantag som stadgas i artikel 20 punkt 1. (Se t ex undantaget beträffande helt betalda aktier som förvärvats utan vederlag eller som utgör inköpsprovision för banker och andra finansinstitut i punkten 1 c); viss oklarhet kvarstår därför beträffande mottagandet av egen aktie såsom gåva.) Enligt uppgift överväger aktiebolagskommittén att i en kommande ändringsomgång utvidga undantagsmöjligheterna till att omfatta förvärv av en viss andel av bolagets egna aktier upp till t ex 10% av det tecknade aktiekapitalet, varvid en större rättslikhet med vad som förekommer i vissa EU-länder, och enligt EG:s kapitaldirektiv, skulle åstadkommas.

1993/94:196, s 118 ff och 165 ff) skall i övrigt följande gälla.

Om ett bolag har förvärvat egen aktie på grund av de undantag som stadgats i 2 st, skall aktien avyttras så snart ske kan utan förlust, dock senast tre år efter förvärvet. Avyttringskravet skall emellertid inte gälla om aktien ifråga dragits in genom nedsättning av aktiekapitalet. Samma avyttringskrav, d v s så snart som möjligt utan förlust, dock senast 3 år efter förvärvet, skall gälla i det fall ett aktiebolag blivit moderbolag och dotterföretaget innehar aktier i moderbolaget. Den frist som här stadgas omfattande tre år kan efter ändringarna av aktiebolagslagen icke längre förlängas, ej heller dispensvägen. (Tidigare gällde en dispens för avyttring som förvärvats vid förvärv av rörelse.) En betydande nyhet i bestämmelsen är dess fjärde stycke, som innehåller en sanktion mot de bolag som inte uppfyller *avyttringskravet*. Har aktie icke avyttrats inom tre år från förvärvet, skall enligt 4 st aktien anses vara *ogiltig*. Ogiltigheten inträder vid den angivna treårsfristens utgång. Effekten av ogiltigheten är, att det icke längre finns giltiga aktier i den omfattning som aktiekapitalets storlek indikerar. På grund härav har i 4 st vidare föreskrivits, att bolaget i en ogiltighetssituation måste nedsätta aktiekapitalet med ett belopp motsvarande de ogiltiga aktiernas nominella belopp. Det nedsättningsbelopp som här är ifråga skall i samband med nedsättningen överföras till reservfonden. Förslag till beslut om nedsättning skall läggas fram på den första bolagsstämman som hålls sedan ogiltighet har inträtt. Underlåter bolaget att iaktta de ifrågavarande föreskrifterna, om nedsättning och avsättning till reservfonden, tillhandahåller ABL 15 kap det slutgiltiga remediet i form av skadeståndsansvar för bolagsorganen. Såvitt gäller nedsättningsförfarandet är bestämmelserna i 6 kap tillämpliga, dock att rättens tillstånd till nedsättningen icke särskilt behöver inhämtas; en nedsättning enligt ABL 7:2 omfattas inte av de särskilda nedsättningskriterier som stipulerats i ABL 6:1.

Det bör betonas, att nu omförmälda bestämmelser om ogiltighet, nedsättning, avsättning till reservfond, m m endast avser sådana förvärv av egna aktier som reglerats i undantagsreglerna i 2 resp 3 st i ABL 7:2, d v s de på grund av undantagsbestämmelserna tillåtna förvärven. Andra förbjudna förvärv, som icke ryms inom undantagsbestämmelserna, är enligt första stycket ogiltiga som sådana, även om förvärvaren är i god tro. Ogiltigheten träffar således här förvärvet; själva aktien skall dock vara giltig.

Såsom främsta motiv för förbudet tycks gälla, att härigenom hindras kringgående av reglerna om nedsättning av aktiekapital. Härvidlag är förbudet en borgenärskyddsregel. Såsom ytterligare motiv anges allmänt att förbudet avser att hindra spekulation i egna aktier och härtill kringgående av principen om likabehandling av aktieägarna (se härom i ABL 8:13 och 9:16). Slutligen anförs i förarbetena motivet, att försvåra eller förhindra återköp av aktier till överpris i strid med bl a likhetsgrundsatsen[90].

Den i det föreliggande sammanhanget relevanta bevekelsegrunden för förbudet mot förvärv av egna aktier, nämligen att förhindra kringgående av borgenärsskyddsreglerna, har närmare analyserats inom ramen för den s k Ägarutredningen[91]. I utredningen, som har betydande komparativrättsliga inslag, görs slutsatsvis bedömningen, *de lege ferenda*, att en distinktion måste göras mellan det fall förvärvet av egen aktie medför att bolagets tillgångar vid förvärvstillfället kommer att understiga det bundna kapitalet, å ena sidan, och det fall där förvärvet sker med disponibla vinstmedel utan att påverka det bundna kapitalet, å den andra. Det senare fallet skall enligt utredningen icke anses vara jämförbart med en nedsättning av aktiekapitalet i förening med återbetalning till aktieägarna. Denna distinktion upprätthålls i Storbritannien och flertalet amerikanska delstater, samt inom EU[92]. Distinktionen saknar emellertid relevans i den svenska aktiebolagsrätten: förbudsbestämmelsen är, såsom berörs ovan, t o m tillämplig i de fall bolaget vederlagsfritt förvärvar egen aktie, d v s i det fall där bolagets tillgångar alls inte berörs av förvärvet. Det framgår även uttryckligen av förbudsbestämmelsen, att tagande av egna aktier i pant likställs med förvärv av egna aktier.

Konsekvensen av att ett aktiebolag äger egna aktier, vilket således undantagsvis kan förekomma, är dels att de rättigheter som normalt förknippas med innehavet av aktien (röst- och utdelningsrättigheter, etc)

[90] Förbudet är av mycket gammalt datum och tycks vara allmänt förekommande i de flesta rättssystem. Allmänt om förbudet, se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 106 ff; Ägande och inflytande i svenskt näringsliv, SOU 1988:38, Bilaga 1, Ömsesidigt aktieägande och aktiebolagslagens regler om förvärv och innehav av egna aktier, en expertrapport från ägarutredningen, s 47 ff, där ytterligare motiv för förbudet anges. Se även förarbetena till aktiebolagslagen, SOU 1971:15, s 201 och propositionen 1975:103, s 215 f och 365 f. Jfr SOU 1941:9, s 259.

[91] Se ovan nämnda utredning om ägande och inflytande i svenskt näringsliv, SOU 1988:38, s 48 ff.

[92] Utredningen, s 51 ff och s 54 f.

inte får utövas (ABL 9:1, 4 st), inte ens av bolagets styrelse, dels ock att aktien enligt ABL 11 kap 7 §, 4 st, skall upptagas i balansräkningen med angivande av nominellt belopp, men som en tillgång utan värde. Bestämmelsen medför att, ehuru aktiebolaget utbetalt en köpeskilling vid förvärvet av aktien, vilken utbetalning påverkat bolagets vinst respektive förlust, aktien inte representerar någon tillgång som redovisas i bolagets balansräkning[93].

Av sistnämnda skäl, nämligen att bolagets egna aktier skall anses vara utan värde i bolagets händer, drar Rodhe slutsatsen, att förvärvet är att jämställa med en sådan utdelning eller utbetalning som regleras i ABL 12 kap[94]. På samma sätt som ett förvärv av egen aktie skall återköp av ett avskilt optionsbevis (avseende rätten att förvärva aktier i bolaget) behandlas[95]. Rodhe för följande resonemang:

> "En återköpt optionsrätt har inte något värde i bolagets hand – ty vad skulle bolaget göra med optionsrätten? Den är möjligen ..... säljbar, men den får i så fall ett värde först då den kommit ur bolagets hand. Den kan inte, lika litet som en av bolaget ägd egen aktie, upptagas såsom tillgång i bolagets balansräkning. I själva verket måste ett köp av optionsrätten betyda, att bolaget gör en utbetalning utan att få någon motprestation. Bolaget gör med andra ord en vederlagsfri utbetalning till tredje man. Denna är tillåten endast om den uppfyller de vanliga villkoren för en sådan utbetalning, nämligen att den håller sig inom de för utdelningen tillåtna gränserna.
>
> Antag nu, att det i stället rör sig om återköp av ett skuldebrev jämte därtill hörande optionsrätt. Vi måste då för att fullfölja det beträffande fristående optionsrätt nyss förda resonemanget skilja mellan värdet av skuldebrevet med därtill hörande rätt till ränta och det övervärde som optionsrätten ger. Bolaget kan alltid minska sin skuld genom att återköpa ett skuldebrev, men eftersom

[93] I betänkande med förslag till aktiebolagslag m m, SOU 1971:15, s 282 f, föreslogs ett undantag från huvudregeln genom att aktiebolag, som förvärvat egna aktier under något av de två senaste räkenskapsåren, fick ta upp aktierna till högst anskaffningskostnaden. Härigenom skulle bolaget erbjudas möjlighet att undvika, att först bortskriva aktierna och sedan redovisa en realisationsvinst svarande mot den därefter eventuellt uppkommande försäljningsintäkten. Förslaget väckte kritik vid remissbehandlingen, varvid bl a Riksskatteverket och Bokföringsutredningen särskilt pekade på risken att den föreslagna regeln kunde ge utrymme för transaktioner mellan aktiebolaget och större aktieägare, vilka transaktioner vid försöken att avveckla aktieinnehavet kunde medföra skador för bolaget och bolagets borgenärer. Förslaget upptogs ej heller i propositionen (1975:103, s 451 f) till aktiebolagslagen med hänvisning till att den föredragande departementschefen inte kunde "finna något skäl för att något som inte är en tillgång för bolaget trots detta skall få redovisas som en tillgång". Se propositionen 1975:103, s 452.

[94] Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 106 f.

[95] *Op. cit.*.

optionsrätten inte är avskild, blir frågan om återköpet är tillåtet beroende av om det på optionsrätten belöpande övervärdet ryms inom de för utdelning tillåtna gränserna.

Samma resonemang kan föras beträffande återköp av ett konvertibelt skuldebrev – man får alltså skilja mellan skuldebrevets värde såsom sådant och konverteringsrättens värde."[96]

För undvikandet av ett alltför teoretiskt resonemang bortses i det följande från de fall där huvudprincipen i förvärvsförbudet i ABL 7 kap 2 § är tillämplig, eftersom avtal i strid härmed är *ogiltiga* (*förvärvet* är ogiltigt), vilken sanktion i i princip får antas motsvaras av den sanktion som ansluter till utbetalningsförbudet (återgång av det som utbetalats). Betraktas de praktiskt viktiga undantagsfallen, nämligen där egen aktie har förvärvats i samband med övertagande av affärsrörelse, genom tvångsinlösen eller genom inrop på utmätningsauktion, eller, där förvärvet avser annat än aktier kan frågan ställas, om ett sådant förvärv av egen aktie – eller i motsvarande fall av optionsbevis, skuldebrev jämte tillhörande optionsrätt, konverteringsrätt m m – är att se som vederlagsfritt enligt reglerna i ABL 12 kap.

För analys av frågan görs följande antaganden. Ett börsnoterat aktiebolag (A) med ett registrerat aktiekapital om 500 milj kr ägs till 80% av allmänheten och institutionella placerare samt till övriga 20% av AB X. A har enligt senaste fastställda balansräkning utdelningsbara medel motsvarande 100 milj kr. A förvärvar AB X:s *rörelse*, inklusive detta bolags aktier i A. Den delen av köpeskillingen som utgör betalning för aktierna beräknas till 200 milj kr, vilket i stort sett motsvarar börsvärdet av samma aktier. (Antag att AB X istället för aktier innehar optionsbevis, skuldebrev med optionsrätt eller konvertibla skuldebrev gällande i A, vilka säljs på motsvarande sätt.)

Är den utbetalning som aktiebolaget gör till AB X för förvärvet av aktierna (optionsbevisen, skuldebreven med optionsrätt eller de konvertibla skuldebreven) att beteckna som vederlagsfri, och – i den mån det inkräktar på det bundna egna kapitalet, varom mera nedan – i strid med

[96] Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 126. Se även Något om konvertibla skuldebrev och skuldebrev förenade med optionsrätt till nyteckning från aktiebolagsrättslig synpunkt, Studier i bolags- och krediträtt, Skrifter i urval 1944 -1989, Stockholm 1989, s 420 och i Balans 2/1990, s 8–12, En aktiebolagsrättslig fälla.

utbetalningsförbudet i ABL 12 kap?

Klart är att aktierna ej kan upptagas såsom en tillgång i A:s balansräkning. Detta framgår av den ovan omtalade bestämmelsen i ABL 11 kap 7 § 4 st. Från A:s perspektiv, sett strikt utifrån balansräkningen, har bolaget genom utbetalningen reducerat sina tillgångar utan att erhålla någon härför. (Jämför departementschefens uttalande i propositionen – 1975:103, s 452 – om att det som bolaget förvärvat inte är någon tillgång och därför inte heller skall redovisas som en sådan.) Närmare bestämt har bolagets tillgångar minskat med det för aktierna utbetalda beloppet, 200 milj kr, utan att bolaget erhållit något härför[97]. Det skulle således kunna göras gällande, att aktiebolaget gjort en vederlagsfri utbetalning eller vinstutdelning – allt beroende på om motparten är aktieägare eller inte – till AB X. På samma gång skall (eller kan) aktiebolagets aktiekapital på balansräkningens passivsida icke påverkas av förvärvet. I avsaknad av annat fritt eget kapital och disponibla medel skulle bolagets vinst genom utbetalningen på grund av förvärvet av aktierna förvandlas till förlust.

Frågan är emellertid om inte aktierna i bolagets hand trots allt motsvarar ett värde så länge det finns en marknad för aktierna. I det angivna exemplet i fråga om ett börsnoterat företag torde således aktierna kunna säljas på marknaden och genom försäljningen skulle bolagets tillgångssida återigen öka med försäljningsbeloppet. Detta är i vart fall förutsatt i de lagstadgade undantagen till förvärvsförbudet i ABL 7 kap 2 §: Avyttring skall ske av aktierna i visst fall – när aktierna förvärvats vid övertagande av affärsrörelse – senast 3 år efter förvärvet. Det förhållandet att förvärvet av aktierna måhända ger upphov till konfusion i någon mening, synes inte hindra vidareförsäljning av aktierna med bibehållande av aktiernas ursprungliga egenskaper. Detsamma synes gälla beträffande optionsbevis, skuldebrev d v s med optionsrätt och konvertibla skuldebrev. Ett aktiebrev, i den mån sådant förekommer, är visserligen enligt sin ordalydelse formulerat som ett enkelt skuldebrev, d v s ställt till viss man,

[97] Se även ägarutredningen, SOU 1988:38, bilaga 1, s 62, där det uttalas, att ett återköp av egna aktier med disponibla vinstmedel i praktiken innebär en utdelning av vinst.

men skall behandlas som ett löpande skuldebrev, d v s ett värdepapper[98]. Eftersom aktiekapitalet som en post på balansräkningens passivsida inte berörs av aktieförvärvet, kan förvärvet ej heller helt jämställas med en nedsättning av aktiekapitalet. För det fall emellertid undantagsregeln i ABL 7:2 är tillämplig, med hänsyn till att förvärvet kan avse rörelse, vari ingår aktier i det förvärvande bolaget, synes numera (från och med den 1 januari 1995) effekten av att avyttringskravet (avyttring så snart kan ske eller senast inom 3 år) icke uppfylls bli, att aktierna ifråga blir ogiltiga och att en nedsättning av aktiekapitalet (utan krav på rättens tillstånd) måste ske, varvid ett belopp motsvarande nedsättningsbeloppet skall avsättas till reservfonden. Nedsättning skall emellertid ske endast med aktiens nominella belopp och det är motsvarande belopp som skall överföras till reservfonden. Antas i det förevarande exemplet, att aktiernas nominella belopp är 100 milj kr, så är det alltså detta belopp som nedsättningen och avsättningen till reservfonden avser. Av bolagets registrerade aktiekapital på 500 milj kr har 100 milj kr således ansetts ha återbetalats till vissa aktieägare. Efter nedsättningen kommer bolagets bundna kapital fortfarande att vara minst 500 milj kr på grund av avsättningen till reservfonden. Eftersom bolaget betalade 200 milj kr för aktierna, vilka numera – sedan 3-årsfristen försuttits – är ogiltiga, och sålunda icke längre kan avhändas på marknaden, har bolaget utbetalat 100 milj kr (skillnaden mellan köpeskilling och aktiernas nominella värde).

Utbetalning kan dock inte utan vidare kvalificeras som vederlagsfri

[98] Beträffande konfusion, se Rodhe, Obligationsrätt, s 733 ff och densamme, Något om konvertibla skuldebrev och skuldebrev förenade med optionsrätt till nyteckning från aktiebolagsrättslig synpunkt, Studier i bolags- och krediträtt, Skrifter i urval 1944-1989, Stockholm 1989, s 417, s 422 f. Här anför Rodhe, (vad han betecknar som) ett argument, som med avsevärd styrka talar för ståndpunkten, att ett återköpt och ånyo utsläppt värdepapper behåller sina ursprungliga egenskaper, att värdepapperet skall vara löpande och alltså det inte behöver bära något spår av det under någon tid varit i utfärdarens ägo. "Om ett sådant papper går vidare i handeln, skulle det inte finnas någon praktisk möjlighet att avgöra, om detta alltjämt var bärare av den ursprungliga rätten eller inte." Se beträffande konfusion även Pehrson, L, Förvärv av egna konvertibler och teckningsrättsoptioner, Festskrift till Gotthard Calissendorff, s 219, särskilt s 231 ff. Pehrson finner efter viss utredning att "övervägande skäl" talar för, "att förvärv av egna konvertibler och teckningsrättsoptioner inte medför att de rättigheter som är knutna till dessa papper utslocknar. (Jfr Walin, Borgen och tredjemanspant, 1984, s 68, som anför att beträffande massapapper det torde vara nödvändigt att tillåta gäldenären, att förvärva utelöpande egna förbindelser och med full verkan kunna släppa ut dem igen.) Jag delar härvidlag Pehrsons uppfattning.

icke ens till denna del, eftersom det bestämmande för vederlagsfrihetsprövningen är omständigheterna vid utbetalningen, i det förevarande exemplet vid utbetalningen av köpeskillingen. Vid denna tidpunkt kan förvärvet av aktieposten för den nyssnämnda summan mycket väl ha varit affärsmässigt, och bolagets företrädare kan vid denna tidpunkt mycket väl på realistiska grunder ha förutsett att aktierna skulle säljas inom en snar framtid för minst samma belopp, d v s utan förlust. Att sedan försäljning av aktieposten icke kan åstadkommas, kan ha sin grund i förändrade omständigheter. Situationen kan utvecklas så, att en försäljning omöjliggörs, och att – sedan 3-årsfristen löpt ut – bolaget tvingas till att nedsätta aktiekapitalet och acceptera att aktierna är ogiltiga, med påföljd att affärstransaktionen på grund av utvecklingen visar sig bli en förlustaffär.

Vidare gäller, att om aktiebolaget lyckas i föresatsen att sälja ut de förvärvade aktierna, kommer den betalning som sker för aktierna att öka bolagets tillgångar; med oförändrat aktiekapital kommer den mottagna betalningen att innebära en vinst eller i vart fall en reduktion av förlusten i förhållande till situationen före försäljningen av aktierna. (Förhållandena torde genomgående vara desamma när det gäller optionsbevis, skuldebrev med optionsrätt och konvertibla skuldebrev.) Situationen kan ej heller jämföras med en nyemission av aktier, som visserligen också medför att tillgångssidan i balansräkningen ökar, men som också ger till resultat att aktiekapitalet ökar. Sett från bolagets perspektiv torde således de förvärvade aktierna vara att se som en "dold", icke redovisningsbar tillgång, förutsatt givetvis att aktierna har en marknad (i mindre företag torde detta sällan vara fallet, allra helst som i exemplet fråga var om en 20%-ig andel av aktiebolaget).

> Men vad gäller om aktiebolaget till de kvarvarande aktieägarna delar ut de av bolaget förvärvade aktierna i proportion till varje aktieägares innehav? Skall denna utdelning anses vara en utdelning av tillgångar, eventuellt dolda sådana[99]?

[99] Se exemplet i Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 107 f Lindskog, Kommentar, s 46 f gör gällande, att hela köpeskillingen skall vid förvärv av egna aktier anses utgöra en kapitalanvändning. Motsvarande gäller förvärv av egna konvertibler och teckningsrättsoptioner, varvid vederlaget för konverterings- respektive optionsrätten utgör kapitalanvändning. Mot bakgrund av att Lindskog med kapitalanvändning, såsom ovan berörts, avser varje disposition som innebär ett uppsåtligt värdefrånhändande, är det kategoriska uttalandet ägnat att överraska. Uttalandet synes också vara svårförenligt med det resonemang som Lindskog för i ett annat sammanhang (se Kommentar, s 40 f) kring ett aktiebolags överlå-

Om de av bolaget förvärvade aktierna icke representerar någon tillgång och ej heller skall redovisas som sådan, synes utdelningen av aktierna till de kvarvarande aktieägarna inte kunna betecknas som en utdelning av tillgångar, utan är snarast att från aktieägarnas synpunkt att jämställa med en fondemission (jfr Rodhe, s 103). Är å andra sidan de förvärvade aktierna att se som en tillgång, ehuru icke en redovisningsbar sådan, måste utdelningen av aktierna till de kvarvarande aktieägarna ses som en utdelning av verkliga tillgångar. Från beskattningshänseende, synes numera – med de nya reglerna om utdelningsskatt (vars existens och framtid dock är i högsta grad oklar) – frågan vara betydelselös.

Det resultat som Rodhe erhåller förutsätter emellertid, att den enda grunden för beräkning av aktiernas värde – och således motprestationens värde – vid bedömningen av vederlagsfriheten är det *redovisningsmässiga värdet* enligt aktiebolagens balansräkning. I exemplet ovan, som utgjort utgångspunkten för den föreliggande diskussionen, blir utfallet givetvis sådant som Rodhe anger med den nyssnämnda förutsättningen. Minskas tillgångssidan med 200 milj kr och minskas vinsten eller fria fonder eller ökas förlusten med motsvarande belopp, samt lämnas aktiekapitalet oförändrat, blir nämligen resultatet att bolaget utdelat tillgångar till en aktieägare vederlagsfritt. Skall sedan grunden för aktiernas värde vara

telse till aktieägarna av egna aktier. För det fall bolagsstämman skulle besluta att överlåta aktierna till aktieägarna såsom ett led i en vinstutdelning, innebär detta en kapitalanvändning enligt Lindskog. "Det bokförda värdet på en tillgång har ingen betydelse för frågan om en kapitalanvändning föreligger." (Fotnot utelämnad.) En kapitalanvändning föreligger, enligt Lindskog, "ifall aktierna vid beslutet om vinstutdelning hade kunnat säljas till en köpeskilling som är högre än vederlaget". Mot dessa slutsatser finns ingenting att invända: vederlagsfriheten av en transaktion skall prövas på grundval av det verkliga värdet av aktiebolagets prestation. Sammanjämkningsproblemet i Lindskogs slutsatser i jämförelse med vad han anfört beträffande förvärv av egna aktier ligger emellertid i det förhållandet, att vid *förvärv* det bokförda värdet blir avgörande, alltmedan vid *överlåtelse* av egna aktier, det bokförda värdet skall sakna betydelse. Rimligen bör vid såväl förvärv som vid överlåtelse det verkliga värdet av aktierna ligga till grund för bedömningen av om "kapitalanvändning" eller vederlagsfri utbetalning föreligger. Slutsatsen bör alltså vara, att om köpeskillingen vid förvärv av egna aktier motsvarar det verkliga värdet, fråga icke kan vara om kapitalanvändning över huvud, varför också frågan om värdet av kapitalanvändningen eller olovligheten därav icke aktualiseras. Med den terminologi som begagnas i det föreliggande arbetet är på samma sätt ett förvärv av egna aktier för en köpeskilling motsvarande det verkliga värdet icke att se som en vederlagsfri utbetalning eller utdelning, varför frågan om olovligheten härav ej heller uppkommer. Vad nu sagts gäller givetvis också förvärv av egna konvertibler och teckningsrättsoptioner m m. Det synes i alla fall vara främmande att tala om ett uppsåtligt värdefrånhändande eller en vinstutdelning i de fall där ett aktiebolag har erlagt en köpeskilling motsvarande marknadsvärdet vid ett förvärv av egna aktier, oavsett om man ser det från bolagets synpunkt eller från aktiesäljarens.

balansräkningen, måste de kvarvarande aktieägarnas aktier ha minskat i värde med totalt 200 milj kr. Utdelningen till de kvarvarande aktieägarna av de förvärvade aktierna är med utgångspunkt från balansräkningen icke ägnad att förändra de kvarvarande aktieägarnas förmögenhetssituation. Med den redan tidigare uppställda premissen, att de av bolaget förvärvade aktierna icke kan redovisas som en tillgång i balansräkningen, är därmed resultatet av transaktionen för de kvarvarande aktieägarna vid utdelning av de förvärvade aktierna given: Med utgångspunkt från balansräkningen har de kvarvarande aktieägarna icke ökat sin totala förmögenhet. Fråga är endast om en ren pappersexercis. Med samma resonemang skulle dock inte ens en sedvanlig utdelning av vinst till aktieägare kunna betraktas som en ändring av aktieägarnas förmögenhetssituation eller en förmögenhetsökning, eftersom med utgångspunkt från balansräkningen aktiernas värde – i vart fall teoretiskt sett – sjunker genom utdelningen med det utdelade beloppet per aktie.

Bedöms emellertid aktiernas värde icke endast på grundval av balansräkningen utan med hänsyn tagen till andra faktorer, såsom t ex dolda tillgångar och övervärden, förväntningar, personella resurser, marknad – och detta gäller givetvis särskilt börsnoterade företag med en marknad för aktierna – i syfte att fastställa ett *marknadsvärde* å aktierna och motprestationen – inses, att aktiebolagets förvärv av egna aktier icke behöver utgöra en vederlagsfri utbetalning[100]. Allt det sagda förutsätter självfallet att det finns en *marknad* för aktierna. Att det skall vara prestationernas marknadsvärde som skall ligga till grund för vederlagsfrihetsbedömningen – och icke det bokförda värdet – har i förevarande framställning tagits för givet. Därmed skall man emellertid icke vilseledas att dra den slutsatsen att det sagda talar för den s k bruttometoden (och emot netto-

[100] Rodhes resonemang bör också ses i belysningen av den av Rodhe, i vart fall tidigare hävdade bruttometoden vid utdelning av sakvärden. Ett konsekvent vidhållande av att här omdiskuterade transaktioner, nämligen ett bolags förvärv av egna aktier, är vederlagsfria med hänsyn till att aktierna icke kan tas upp som tillgång med värde i balansräkningen medför, att ett aktiebolags *försäljning av egna aktier till underpris ej heller bör betraktas som en vederlagsfri utbetalning, eftersom försäljningen rör en tillgång utan balansmässigt värde*. Avgörande för prövningen av huruvida en bolagets transaktion är *vederlagsfri eller inte,* måste följaktligen vara prestationernas *marknadsvärde,* och icke redovisningsmässiga värde. Detsamma gäller vid utdelning av sakvärden. Anses det redovisningsmässiga värdet avgörande, vilket tydligen är Rodhes slutsats, kan en utdelning av sakvärdet, där köpeskilling motsvarar bokfört värde men ligger klart under marknadsvärdet, icke anses vara en vederlagsfri betalning, varför ej heller fråga kan vara om olovlig vinstutdelning.

metoden) vid utdelning av sakvärden: vederlagsfrihetsprövningen skall visserligen städse utgå ifrån marknadsvärdet; för att olovlig utbetalning skall föreligga krävs till yttermera visso att *intrång skett i det bundna kapitalet*. De vilseleddas krets har dock olyckligtvis ökat under senare tid (se Jan Anderssons, ovan i fotnot 20 omnämnda arbete; jfr Hovrättens för Västra Sverige dom av den 16 december 1993 – T616/91, DT 38 –, som är ett tydligt och trist exempel på detta.)

Antas att ett börsnoterat företag med stor aktiespridning förvärvar 20% av sina egna aktier och att dessa aktier är attraktiva på marknaden, leder en försäljning från bolagets sida av aktierna till anskaffningspris på marknaden till utomstående eller till kvarvarande aktieägare till att den situation som förelåg före bolagets förvärv av dess egna aktier återskapas. Säljs aktierna till under anskaffningspris till utomstående, sker en utspädning av aktiernas värde på de kvarvarande aktieägarnas bekostnad. En försäljning till ett pris över anskaffningspriset leder naturligen till motsatt resultat. I samtliga fall tillförs bolaget tillgångar, vilket medför att de utförsålda aktierna har ett värde oavsett vem köparen är. Delas emellertid aktierna ut till de kvarvarande aktieägarna, förlorar bolaget den potential som ligger i försäljningen av aktierna. En försäljning från den kvarvarande aktieägarens sida av dessa aktier tillför inte bolaget något nytt och borde teoretiskt sett ej heller därför ge aktieägarna någonting utöver vad de redan tidigare hade. Ehuru utdelningen av aktierna ej medför en förmögenhets*ökning* för aktieägarna, innebär den uppenbarligen en förmögenhets*överföring* från bolaget till aktieägarna (en realisering av aktiens värde) motsvarande överföring vid utdelning eller utskiftning. De kvarvarande aktieägarna kan inte räkna med att få det pris vid försäljningen av de utdelade aktierna som tidigare – före aktiebolagets förvärv av den 20%-iga andelen – erbjöds aktierna. (Teoretiskt sett är aktierna endast värda 80% av det värde aktierna hade före bolagets förvärv av den 20%-iga andelen.) Varje krona som de kvarvarande aktieägarna erhåller utöver detta teoretiska värde vid en vidareförsäljning av de utredda aktierna, får betraktas som en realisationsvinst.

Om vi sedan återgår till frågan om ett bolagsförvärv av egna aktier, optionsbevis, skuldebrev med optionsrätt, konvertibler m m utgör en vederlagsfri utbetalning till aktieägaren eller tredje man, synes det avgörande vara huruvida värdepappret hade en marknad (marknadsvärde) eller inte vid förvärvstillfället, d v s huruvida värdepappersinnehavaren vid förvärvstillfället hade några reella alternativ, allt fortfarande sett från bolagets synpunkt. Fanns ingen marknad (inget marknadsvärde), inga alternativ, vid förvärvstillfället, har bolaget åtminstone just vid det tillfället emottagit värdepapper utan värde för bolaget. (En annan sak är sedan att värdepappren framdeles kan komma att få ett värde; potentialen är icke reducerad till 0). I annat fall torde från bolagets synpunkt värdepappret ha värde för bolaget, och realistiskt sett kunna betraktas som en tillgång även om den enligt lag icke får redovisas som sådan.

Sett ur *motpartens synvinkel*, d v s den säljande aktieägaren (innehavaren av optionsbevis, etc), synes tanken, att han har erhållit en vederlagsfri utbetalning, d v s att han inte har åstadkommit någon motprestation för den utbetalning som bolaget gjort, dessutom vara svår att acceptera. Motparten har ju trots allt avhänt sig sina värdepapper. T o m i den situationen då värdepapperet inte har någon marknad, och motparten inte har något realistiskt alternativ till att sälja värdepapperet till bolaget, för delägandet i bolaget det med sig, att vid en likvidation bolagets tillgångar utskiftas till delägaren. I sista hand kvarstår således alltid möjligheten att erhålla utskiftade tillgångar. Denna möjlighet avstår motparten ifrån genom att på grund av försäljningen av aktierna i bolaget avstå från att vara delägare däri (helt eller delvis).

Från bolagets *borgenärers* synpunkt, slutligen, medför givetvis bolagets förvärv av sina egna aktier risker. Detta sammanhänger främst med att den marknad som finns för aktien i aktiebolagets händer i stort sett elimineras när bolaget kommer på obestånd. Så länge bolaget är solvent, har de förvärvade aktierna en potential, vilken emellertid nära nog elimineras när solvensen går över i insolvens. Det sagda kan illustreras med en utveckling av det ovan givna exemplet om tvåmansföretaget.

Antag således att ett tvåmansföretag (AB) har tagit ett lån på 100 i banken X. På aktivsidan i balansräkningen finns tillgångar om 300 och på passivsidan skulder om 100, aktiekapital om 100 och disponibla medel om 100. Om nu AB förvärvar aktieägaren A:s aktie för dess värde, nämligen 100, vilket belopp tas ur disponibla vinstmedel, borde banken X inte ha något att erinra häremot, bortsett från de synpunkter man kan ha på dispositionen av vinstmedel. För det fall aktien har en marknad, skulle banken X teoretiskt sett kunna förvärva aktien för 100 genom att kvitta bankens fordran hos bolaget mot bolagets motfordran för den sålda aktien (alternativt betala in 100 till bolaget, vilka medel sedan används av bolaget för återbetalning av skulden till banken). Teoretiskt kan även tänkas, att banken utmäter den av bolaget förvärvade aktien för bankens fordran. I praktiken torde dock utmätning endast bli aktuell i det fall bolaget går dåligt och antingen befinner sig på obestånd eller ligger nära obeståndet. Risken för obestånd tenderar att öka redan härigenom att de disponibla medlen i sin helhet (t o m om det endast sker delvis) används för förvärv av egna aktier. (Det är emellertid inte självklart borgenärernas sak att avgöra vad aktiebolaget skall använda sina disponibla vinstmedel till.) Skulle emellertid aktiebolaget förvärva aktien genom att inkräkta på det bundna kapitalet, reduceras den buffert som lagstiftaren sökt skapa till borgenärernas skydd. Vad som nu sagts torde gälla, *mutatis mutandis*, i det börsnoterade företaget. Självfallet får graden av den risk för borgenärerna som är förenad med bola-

gets förvärv av egna aktier anses vara avhängig av storleken av den andel av bolaget som förvärvas på detta sätt. Ju större andel som förvärvas, desto större är risken, etc. En annan riskvariabel är aktiernas marknadsmässighet, d v s ju större marknadsmässighet desto mindre risk. Marknadsmässigheten är i sin tur beroende av en rad faktorer bl a bolagets solvens, soliditet, likviditet, framtidsutsikter, m m.

Slutsatsvis kan följaktligen anföras, att ett aktiebolags förvärv av egna aktier definitionsmässigt inte är en utdelning (eller vederlagsfri utbetalning om förvärvet avser optionsbevis, skuldebrev med optionsrätt eller konvertibla skuldebrev) och kan heller inte jämställas med utdelning. Såsom redan fastställts ovan, bör gälla att ett förvärv av egna aktier endast skall jämställas med en utdelning eller vederlagsfri utbetalning i det fall där bolagets motpart, d v s den säljande aktieägaren, icke hade något reellt alternativ till att sälja aktierna till bolaget på grund av att aktierna saknade en marknad, vilket t ex kan sammanhänga med att förvärvande bolag befinner sig i eller nära obeståndet. Strängt taget borde det sakna betydelse huruvida bolaget erlagt köpeskillingen med disponibla vinstmedel eller tillgångar som motsvarar bundet eget kapital. Såsom skall framgå nedan, torde situationen vara jämförbar med det fall att ett bolag lånar ut pengar till aktieägare (enligt de medgivna undantagen) eller till annan[101]. Å andra sidan finns förståelse för synpunkten, att det bundna egna kapitalet icke bör få utnyttjas för förvärv av bolagets egna aktier, på samma sätt som – enligt vad som skall framgå nedan – detta kapital inte får utdelas till aktieägarna.

Däremot medför förvärvet risker från borgenärssynpunkt. Huruvida sedan förvärvsförbudet på grund härav skall vara totalt eller om en smärre risk för borgenärerna skall kunna accepteras, såsom t ex i flera andra europeiska rättssystem, inklusive EU-området och i USA, är en rättspolitisk fråga som får upptas i ett annat sammanhang. Ur borgenärens synvinkel kan emellertid ett förvärv i sina *praktiska konsekvenser*

[101] Beträffande dessa frågor och resonemang se bl a Ägande och inflytande i svenskt näringsliv, SOU 1988:38, Bil. 1, Ömsesidigt aktieägande och aktiebolagslagens regler om förvärv och innehav av egna aktier, en expertrapport från ägarutredningen med vidare hänvisningar. Beträffande den svenska synen på förvärvsförbudet och dess utveckling, se bl a i den ovan angivna ägarutredningen s 9 ff med vidare hänvisningar; Lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m m, motiv, SOU 1941:9, s 259; propositionen till aktiebolagslag 1975:103, s 215; Nial, Två aktiebolagsrättsliga prejudikat, SvJT 1943, s 697 och s 700 f; Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 106 ff.

vara att jämställa med en utdelning i vissa fall. Såsom ovan påpekats, är ett förvärvsavtal i strid med förvärvsförbudet ogiltigt med vissa undantag. Praktiskt intressanta i sammanhanget är därför endast undantagsfallen. Därmed återkommer frågan, som ställdes ovan nämligen om ett förvärv i enlighet med undantagsfallen kan komma att stå i strid med utbetalningsförbudet. Att så skulle vara fallet har inte antytts i förarbetena till aktiebolagslagen. Måhända bör man utgå ifrån att ABL 12 kap, såsom varande en reglering av större generalitet, tar över och tillämpas även vid förvärv av bolags egna aktier i enlighet med undantagsreglerna i ABL 7 kap 2 §.

3.4.3 Andra fall av vederlagsfrihet, koncernbidrag, m m

En koncern föreligger i aktiebolagsrättslig mening (1 kap 2 §) i första hand när ett *svenskt* aktiebolag äger aktier eller andelar i en svensk eller en utländsk juridisk person (aktiebolag, handelsbolag, kommanditbolag, ekonomisk förening etc) i sådan omfattning att det har mer än hälften av aktierna eller andelarna i den juridiska personen ifråga. Fråga är i sådant fall om moderbolag och dotterföretag. (Inom aktiebolagskommittén pågår för närvarande ett arbete med att införa ett nytt koncernbegrepp, som skall vara giltigt för hela aktiebolagslagen, och som icke skall förutsätta att moderbolaget är ett svenskt aktiebolag. Därmed avses en likabehandling – non-diskriminering – komma till stånd, vilken var påbjuden redan på grund av EES-avtalet och den s k EES-lagen, som trädde i kraft den 1 januari 1994, dock med vissa övergångsregler.) Är dotterföretaget dessutom moderbolag i förhållande till annat företag, utgör detta företag ett dotterdotterföretag inom samma koncern till moderbolagets moderbolag. Möjligt är även att ett bolag genom flera dotterbolag äger aktier motsvarande mer än hälften av rösterna i ett dotterdotterföretag, varigenom också således ett koncernförhållande uppkommer. Emellertid kan ett koncernförhållande också föreligga utan direkt majoritetsägande, t ex genom att ett bolag bl a på grund av aktie- eller andelsinnehav eller avtalsrättsligt förhållande eller i övrigt har ett bestämmande inflytande över en

juridisk person *och* en betydande andel i resultatet av dennes verksamhet[102].

I vid mening kan begreppet koncernbidrag omfatta olika transaktioner[103]. Bidraget till koncernföretag kan utgöras av t ex en betalning för vara, tjänst eller motsvarande. En sådan betalning är ingenting annat än en kostnad i rörelsen, som är avdragsgill hos "bidragsgivaren", förutsatt givetvis att betalningen är reell och motsvarar "marknadspriset" för mottagarens motprestation. En annan bidragsform koncernföretag emellan kan vara s k *förtäckta vinstöverföringar*, där motprestationen är fiktiv eller värdemässigt understiger bidraget. Beträffande sådana överföringar hänvisas till avsnittet ovan om gåvor och blandade transaktioner. *Koncernbidrag i strikt mening*, nämligen de s k egentliga eller öppna koncernbidragen, är definitionsmässigt att se som vederlagsfria utbetalningar, i själva verket en form av utdelning i förskott, bortsett från de fallen där bidraget ges till helägt dotterbolag. Vid koncernbidrag från moderbolag till helägt dotterbolag får nämligen i regel bidraget anses leda till en faktiskt värdeökning av aktierna i dotterbolaget. Någon omedelbar redovisningsmässig ökning av aktiernas värde kan man emellertid inte tala om. Här, liksom i övriga fall, blir det avgörande för en vederlagsfri utbetalning de i dispositionen aktuella prestationernas verkliga värde (jfr härvid situationen när ett aktiebolag förvärvar egna aktier, ovan i avsnitt 3.4.2). I undantagsfall kan emellertid också ett koncernbidrag av nu nämnt slag vara att se som en vederlagsfri utbetalning[104].

[102] Beträffande dessa frågor se bl a Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 271 ff och Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar, s 15 ff. Nial, se Tidskrift utgiven för Juridiska föreningen i Finland 1973, Till begreppet moder- och dotterbolag, synes benägen att utsträcka koncernbegreppet något genom att laborera med företeelsen "praktisk majoritet": "[V]ad som åsyftas med praktisk majoritet är sådana fall då övriga aktieägare i så ringa utsträckning brukar deltaga i bolagsstämmorna att en minoritetspost, kanske även en begränsad sådan ger majoritet på stämmorna. Förhållandena måste vara sådana att minoritetsposten i samma eller åtminstone praktiskt taget samma grad som majoritetsinnehav ger säkerhet för dominans på bolagsstämmorna.... Om emellertid en enhetlig ledning faktiskt etablerats på grundval av en minoritetspost torde böra presumeras att bestämmande inflytande i lagens mening föreligger". Uttalandet från 1973 synes dock ha vunnit ringa genomslag i det praktiska rättslivet.

[103] Se härom Kedner, s 71. Se vidare om den aktiebolagsrättsliga behandlingen av koncernbidrag och dess jämställande med utdelning, m m, Nerep i SST 1993.

[104] Närmare om detta nedan i avsnitt 4.4.

3.5.1 Lån som vederlagsfri utbetalning

Utöver de generella och särskilda utlåningsförbuden gäller ett låneförbud på grund av det allmänna utbetalningsförbudet i ABL 12 kap. Detta låneförbud avser sådana aktiebolags lån som är att beteckna som vederlagsfria bl a i beaktande av låntagarens bristande betalningsförmåga i själva låneögonblicket. De närmare gränserna för detta låneförbud har utvecklats i rättspraxis sedan i vart fall det s k Suecia-målet från 1951[105]. Svårigheten vid bedömning av vederlagsfriheten har i praxis varit att avgöra när låntagarens betalningsförmåga är så nedsatt att lånet skall betecknas som vederlagsfritt. Denna fråga skall diskuteras i det följande.

I Suecia-målet överlät skeppsredaren Carlsund ("överlåtaren") enligt skriftligt avtal av den 2 november 1945 samtliga aktier i Rederi AB Suecia ("Målbolaget") till skeppsredaren Santesson ("förvärvaren") för 1.350.000 kr. Förvärvaren skulle enligt avtalet tillträda aktierna ett par veckor efter dagen för avtalets undertecknande, i samband med att köpeskillingen för aktierna slutligen erlagts. Köpeskillingen erlades på avtalad dag enligt följande.

1. Handpenningen om 135.000 kr jämte en stor del av resterande köpeskilling, 365.000 kr, d v s totalt 500.000 kr, erlades medelst kortfristig växel och postremissväxel. För inlösen av växeln och inköpet av postremissväxeln lät förvärvaren Målbolaget i direkt anslutning till slutbetalningen (närmare bestämt samma dag) uppta ett banklån om 500.000 kr mot säkerhet (jämte borgen) i inteckningar eller rätt till inteckningar i ett Målbolaget tillhörigt fartyg.
2. Den resterande delen av köpeskillingen, d v s 850.000 kr, erlades av förvärvaren medelst Målbolagets egna tillgångar, häribland banktillgodohavanden, inventarier, premieobligationer, och bolagets fordringar mot bl a överlåtaren och andra personer.
3. På grund av att Målbolaget dels enligt 1. ovan genom upptagandet ett lån å 500.000 kr för inlösen av växlarna, och därmed övertagandet av förvärvarens skuld, dels medelst egna tillgångar enligt 2. ovan erlagt resterande av

[105] Se NJA 1951 s 61. Såvitt avser *koncernkonto* (eller *centralkonto*), varvid ett koncernbolag, (ofta moderbolaget) disponerar över (och förvaltar) de koncernens medel som finns tillgängliga på kontot, gäller i princip vad nedan sägs beträffande utlåning; utlåning sker till det bolag som kontrollerar kontot vid varje tillfälle kontot krediteras med belopp på grund av betalning som rätteligen tillhör annat koncernbolag. Sistnämnda bolag lånar ut medel till det kontokontrollerande bolaget i och med att kreditering (eller insättning) sker. Vederlagsfrihetsprövningen skall ske på grundval av de föreliggande omständigheterna i *detta* ögonblick.

köpeskillingen å 850.000 kr, hade det en fordran hos förvärvaren om totalt 1.350.000 kr. (Det skall också antecknas, att förvärvaren icke ställde någon som helst säkerhet för det av Målbolaget på beskrivna sätt givna lånet.)

Aktieförvärvet hade sålunda realiserats medelst Målbolagets egna tillgångar och genom lån från aktiebolaget. Det är uppenbart att om transaktionen hade genomförts idag, den hade träffats av såväl det generella som det särskilda utlåningsförbudet. I avsaknad av dessa senare tillkomna utlåningsförbud tillämpade emellertid domstolarna utlåningsförbudet inom ramen för utbetalningsförbudet. Det utdelningsbara beloppet fastställdes till kr 23.734:53. Skillnaden mellan (med vissa justeringar) köpeskillingen och samtidigt den fordran som Målbolaget på grund av det sätt på vilket köpeskillingen erlagts hade mot förvärvaren, nämligen 1.350.000 kr, å ena sidan, och det utdelningsbara beloppet, å den andra, utgjorde olovlig utdelning, förutsatt att det lån som Målbolaget gav förvärvaren var att beteckna som vederlagsfritt. (Beträffande principerna för beräkningen av det utdelningsbara beloppet, se nedan.) Det skall tilläggas, att Målbolaget sedermera (drygt tre år senare) försattes i konkurs, varvid bolaget i konkursen uppvisade en brist om mer än 1.600.000 kr. Konkursboet gjorde gällande att såväl överlåtaren som förvärvaren var personligen och solidariskt betalningsansvariga och återbäringsskyldiga för det olovligt utdelade beloppet jämte ränta.

Vid bedömningen av frågan om Målbolagets lån till förvärvaren var att beteckna som *vederlagsfritt* beaktades förvärvarens ekonomiska ställning vid tidpunkten för aktieförvärvet. Denna tidpunkt angavs helt allmänt av rådhusrätten såsom tiden för aktieförvärvet, under det att hovrätten specificerade tidpunkten till att gälla dagen före lånetidpunkten. Högsta domstolen delade i denna del de lägre instansernas ståndpunkt. Avgörande får således anses vara *förvärvarens ekonomiska ställning i själva låneögonblicket* (dagen före lånetidpunkten).

Vad sedan gäller beräkningen av förvärvarens ekonomiska ställning beaktade domstolarna förvärvarens tillgångar och skulder. Utfallet varierade beroende på hur tillgångarna värderades. Emedan förvärvaren själv vid en sådan jämförelse fann att bristen var cirka 80.000 kr, konstaterade domstolarna att bristen uppgick till ca 300.000 kr. Det kan tilläggas att tillgångarna härvid ansågs vara värda cirka 900.000 kr och skulderna

uppgå till ca 1.200.000 kr. Av visst intresse må också vara, att huvuddelen av tillgångarna utgjordes av tonnage i flera fartyg (7 st), vars värde vid förvärvet enligt uppgift var i sjunkande och framför allt föremål för avsevärd fluktuation. Härutöver uppgav förvärvaren, att bristen var av övergående natur och främst berodde på tillfälliga ogynnsamma omständigheter, vidare att hans allmänna kreditvärdighet var god, att han utan svårighet kunnat anskaffa borgen till höga belopp, att han till yttermera visso haft berättigad anledning att emotse ett avsevärt arv efter sin far samt att hans ekonomi högst väsentligt förbättrats genom det ifrågavarande förvärvet av aktierna, vilka enligt förvärvaren haft ett betydligt högre värde än den köpeskilling som erlagts för desamma.

Sistnämnda omständigheter tillmättes till synes ingen betydelse vid domstolarnas bedömning av förvärvarens ekonomiska ställning. I samtliga instanser nåddes mot bakgrund härav enhällighet i slutsatsen, att Målbolagets fordran hos förvärvaren i låneögonblicket "praktiskt taget saknat värde"[106].

Bland de omständigheter som förvärvaren själv åberopade till stöd för påståendet, att hans ekonomiska ställning var god, men som således icke tillmättes betydelse av domstolarna, kan särskilt diskuteras den att han genom det aktuella aktieförvärvet förbättrat sin ställning. (Övriga omständigheter synes ha varit av så allmän beskaffenhet, att det inte utan en närmare substansiering kunnat beaktas av domstolarna.) Allmänt sett gäller frågan *om vid beräkningen av förvärvarens ekonomiska ställning hänsyn även skall tas till den tillgång hos förvärvaren som de nyförvärvade aktierna representerar.* Huruvida detta skett i det förevarande målet är visserligen mot bakgrund av den knapphändiga presentationen av tillgångar och skulder icke helt klarlagt – på tillgångssidan nämns utan närmare specifikation värdepapper och aktier -, men i beaktande av att förvärvaren utöver de av domstolen uppgivna tillgångarna särskilt nämnt de förvärvade aktierna, måste slutsatsen bli, att de förvärvade aktierna icke inkluderats i de av domstolarna upptagna tillgångarna. Slutsatsen, att de förvärvade aktierna helt skulle sakna värde i låneögonblicket, kan emellertid ifrågasättas. Vid den beräkning av aktiebolagets tillgångar och skul-

[106] Även om enhällighet rådde i denna fråga, fanns skiljaktiga meningar i andra här icke omdiskuterade frågor, bl a av en ledamot i hovrätten och två ledamöter av Högsta domstolen.

der i låneögonblicket som gjordes av de lägre instanserna befanns, att aktiebolagets tillgångar, *med bortseende från den fordran hos förvärvaren som uppkommit,* på grund av det ifrågavarande lånet, klart översteg aktiebolagets skulder, i vilka även inbegripits det nytillkomna banklånet om 500.000 kr som upptagits på grund av transaktionen. Även om således aktiebolagets fordran hos förvärvaren betraktades som värdelös, var dess tillgångar större än skulderna, inklusive det banklån som transaktionen givit upphov till. (Hur mycket tillgångarna översteg skulderna var osäkert på grund av oklarheten beträffande skatteeffekterna av vissa av bolagets transaktioner.) Mot denna bakgrund är det ägnat att förvåna en smula, att domstolarna överhuvudtaget inte tillmätte de förvärvade aktierna något värde. En annan sak är sedan att värdet måhända inte var tillräckligt högt för att ha kunnat leda till en annan utgång i målet.

I den bolagsrättsliga doktrinen uppges Högsta domstolen ha slagit fast principen, att vid bedömningen av värdet av det långivande bolagets fordran mot en aktieägare – d v s aktieförvärvaren i Suecia-fallet – den del av aktieägarens förmögenhet som utgörs av aktier i bolaget av princip inte skall beaktas[107]. Den av domstolarna förment fastslagna principen har också formulerats så, att vid bedömningen av låntagarens betalningsförmåga, hans *aktieinnehav* i det långivande bolaget inte skall beaktas (och detta till synes oavsett om innehavet kan härledas till tidigare förvärv eller om aktierna är nyförvärvade medelst lån). Suecia-målet anges vara prejudicerande i denna fråga och har legat till grund för ytterligare rättspraxis[108]. Om motivet till principen lämnas emellertid varierande upplysningar. Posselius och Grosskopf gör t ex gällande, att principen grundas på omständigheten, "att det långivande bolaget ofta totalt urholkas genom långivningen". Under sådana förhållanden är det enligt författarna "naturligt att låntagaren inte kan beakta aktierna i det långivande bolaget såsom tillgång, eftersom tillgången i princip saknar värde om man bortser från fordran på låntagaren". Att medräkna aktierna skulle i ett sådant läge innebära ett cirkelresonemang.

Författarna tillägger emellertid, att det å andra sidan naturligtvis kan

[107] Se bl a Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 113 och s 78; Kedner/Roos, s 223; Grosskopf, Vinstbolag, aktiebolag – och skatterättsliga frågor, s 46 ff och Posselius, m fl, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, s 60.

[108] Se bl a NJA 1966 s 475, NJA 1976 s 618, NJA 1980 s 311 samt NJA 1990 s 343.

förekomma, att det långivande företagets substans är av sådant slag att värdet på aktierna i det långivande företaget inte påverkas av utlåningen till det andra bolaget eller annan aktieägare. "I en sådan situation, där aktierna i det långivande bolaget även med bortseende från fodringsrätten på låntagaren har ett reellt och substantiellt värde som låntagaren kan tillgodogöra sig genom försäljning av aktierna", saknas enligt författarens bedömning anledning att bortse från aktierna såsom tillgång vid bedömningen av låntagarens betalningsförmåga. Den i Suecia-målet knäsatta principen skulle således enligt Posselius och Grosskopf vara, att frågan huruvida aktierna i det långivande bolaget skall medräknas eller inte vid bedömningen av låntagarens betalningsförmåga skall ses mot bakgrund av aktiernas värde i det enskilda fallet.

Resonemanget rymmer emellertid minst två avgörande svagheter. För det första leder den senare delen av resonemanget till, att principen upphör att vara en princip om att låntagarens aktieinnehav icke skall beaktas. Hela problemet reduceras istället till en fråga om aktievärdering, d v s hur skall de aktier som låntagaren innehar värderas mot bakgrund av lånet ifråga. Domstolarna skulle därmed vara hänvisade till att i varje enskilt fall bedöma aktiernas värde mot bakgrund av det långivande bolagets tillgångar och skulder samt vad som i övrigt skall beaktas vid en sådan bedömning. I den mån man överhuvudtaget kan tala om en princip, skulle den vara, att vid bedömningen av aktiernas värde hänsyn skall tas till det förhållandet, att det bolag som aktierna avser lämnat ett lån till aktieägaren och att den fordran som grundas på lånet har ett tvivelaktigt värde. Risken för cirkelresonemang kvarstår emellertid, varom mera nedan.

Den andra svagheten är att det motiv som anförs av Posselius och Grosskopf för principen, att inte beakta låntagarens aktieinnehav i det långivande bolaget vid bedömningen av hans betalningsförmåga, icke ryms inom ramen för Suecia-målet. Den omständighet, som enligt författarna ligger till grund för principen, nämligen att det långivande bolaget ofta totalt urholkas genom långivningen, synes inte ha förelegat i Suecia-målet. Såsom framgått ovan, översteg det långivande aktiebolaget Suecias tillgångar dess skulder vid långivningen, även vid bortseende från den fordran som uppkommit på grund av långivningen, men inbegripet den skuld som bolaget iklätt sig (500.000 kr) i samband med inlösen av ovan omtalade växlar (vilken skuld motsvarades av en fordran hos aktie-

förvärvaren i målet). Bolagets huvudsakliga tillgång, utgörande över 90% av tillgångsmassan, var vid långivningen ett fartyg. På skuldsidan var främst att notera den nyssnämnda skulden å 500.000 kr, aktiekapitalet å 250.000 kr och reservfonden å 25.000 kr. Härutöver förelåg en latent skatteskuld, vars omfattning var omstridd.

Under alla förhållanden fann såväl rådhusrätten som hovrätten, och Högsta domstolen saknade anledning att bedöma denna fråga särskilt, att tillgångarna översteg skulderna. Att bolaget tre år senare gick i konkurs med en omfattande brist saknar relevans i detta sammanhang. I den mån en princip om huruvida eller i vilken utsträckning låntagarens aktieinnehav i det långivande bolaget skall beaktas vid bedömningen av hans betalningsförmåga har grundfästs i Suecia-målet, torde det således vara uteslutet att motiveringen härför är den av Posselius och Grosskopf angivna omständigheten.

I ett annat sammanhang anför Grosskopf, till synes utan anknytning till det nu förda resonemanget, även ett annat motiv till principen om att låntagares aktieinnehav icke skall beaktas[109]. Vad som härvid framförs av Grosskopf, och som sammanfaller med den ståndpunkt som hävdats av Rodhe och Kedner & Roos, är att principen bygger på förbudet i ABL 7 kap 1 § för bolag att förvärva egna aktier. En tillämpning av detta förbud medför nämligen, enligt den nu angivna ståndpunkten, att aktieägaren inte på ett lagligt sätt kan fullgöra betalningen av lånet med aktierna[110]. Även detta resonemang rymmer emellertid åtminstone två allvarliga svagheter.

För det första påstås den förevarande principen, jämte motivet härför, ha fastslagits i Suecia-målet. Det är emellertid uppenbart att stödet för ett dylikt påstående är bräckligt. Av domskälen i målen framgår endast ett förhållande

[109] Se Grosskopf, Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor, s 46 och 48.

[110] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 113, där han uttalar, att aktieägaren på grund av förbudet mot bolags förvärv av egna aktier inte kan använda aktierna för betalning av sin skuld till bolaget. Se även Kedner/Roos, s 223, som hänvisar till Rodhes uttalande. Jfr med vad Rodhe anför i ovan angivet verk, s 78: "För att en fordran mot aktieägare skall få upptagas såsom tillgång måste aktieägaren uppenbarligen vara betalningsduglig för denna. Emellertid måste denna förutsättning preciseras ytterligare. Av det följande skall framgå, att ett aktiebolag inte får förvärva egna aktier. En aktieägare kan alltså inte betala sin skuld till bolaget genom överlåtelse av sina aktier i detta bolag. Därav följer i sin tur, att man vid bedömningen av om bolagets fordran mot aktieägaren är fullvärdig måste bortse från aktieägarens innehav av aktier i detta bolag." Jfr även *ibidem*, s 107 (jfr s 78): "En konsekvens av förbudet mot förvärv av egen aktie är, att en aktieägare, som har en skuld till bolaget, inte kan betala denna skuld genom att överlåta sina aktier till bolaget. Då man bedömer värdet av bolagets fordran mot aktieägaren, måste man därför bortse från hans innehav av aktier i detta bolag och fråga sig om aktieägarens övriga tillgångar är tillräckliga för att fordringen skall vara fullvärdig." (Fotnot utelämnad).

till stöd för påståendet, nämligen att domstolarna *de facto* icke beaktade aktierna. Om orsaken härtill säger emellertid domskälen ingenting. I Högsta domstolens domskäl konstateras endast ytterst lakoniskt, att "[n]ämnda fordran har emellertid, såsom domstolarna funnit, praktiskt tagit saknat värde". Antas att Högsta domstolen i denna del anslöt sig till de lägre instansernas bedömning i frågan, finner man emellertid vid en genomgång av dessa instansers domskäl, att de icke har något att tillägga i frågan. Rådhusrätten finner vid en genomgång av aktieförvärvarens ekonomiska läge en betydande kapitalbrist. Vad som härvid upptas på tillgångssidan lämnas det inga anvisningar om. Detsamma gäller skuldsidan. Beträffande vissa omständigheter, som härutöver åberopas, t ex påståendet från aktieägarens sida att hans förmögenhetsställning varit god, vilka omständigheter emellertid icke preciseras i domskälen, uttalar tingsrätten följande: "Beskaffenheten av de sålunda åberopade omständigheterna och vad därom förekommit i målet föranleda emellertid icke [tingsrätten] att bedöma nämnda fordran annat än som praktiskt taget utan egentligt värde."

Hovrätten redovisar i domskälen mera detaljerat aktieförvärvarens tillgångar och skulder, varvid bland tillgångarna nämns posten aktier till ett värde av 33.300 kr, dock utan specifikation av dessa. Redogörelsen utmynnar i slutsatsen, att skulderna betydligt överstiger tillgångarna. Aktierna i det långivande bolaget synes emellertid inte vara beaktade. Aktieförvärvarens hemställan att domstolen även måtte beakta aktierna i det långivande bolaget, jämte andra omständigheter, avvisas av hovrätten med hänvisning till att omständigheterna ej kan tillmätas betydelse, varför aktiebolagets fordran hos aktieförvärvaren befinns "praktiskt taget sakna värde". Härutöver innehåller domstolarnas domskäl ingenting av relevans för bedömningen av den nu diskuterade frågan (nämligen grunden för att värdet av de aktuella aktierna icke beaktades). Således omnämns inte förbudet för aktiebolag att förvärva egna aktier eller förbudet för aktieägare att betala skuld till aktiebolag med bolagets egna aktier.

Underlaget för att dra så långtgående slutsatser av domen i Suecia-målet som gjorts av Grosskopf, Rodhe och andra författare synes följaktligen vara otillräckligt. Den uppenbara invändningen mot detta påstående är att något annat skäl än det som angivits av Rodhe m fl till att inte beakta de förvärvade aktierna icke förelåg i målet. Så långt är också invändningen riktig, att något dylikt uttalat skäl icke förekommer. Emellertid kan förekomsten av implicita sådana skäl icke uteslutas. Att domstolarna icke skulle ha beaktat aktierna på grund av rent förbiseende synes osannolikt. Måhända mer sannolikt är att domstolarna, utan att redovisa detta, beaktade aktierna, men att de fann att aktiernas värde var alltför obetydligt för att kunna påverka domstolarnas bedömning av aktieförvärvarens ekonomiska situation. Det nu sagda motvägs emellertid av det för-

hållandet, att domstolarna, i vart fall de lägre instanserna, varit noga med att uppta även tillgångar med litet värde. En annan plausibel förklaring skulle kunna vara, att eftersom målet var av dispositiv natur, aktierna icke beaktades därför att aktieinnehavaren/aktieförvärvaren icke med tillräcklig styrka gjort gällande, att aktierna skall inbegripas på tillgångssidan vid bedömningen av aktieförvärvarens ekonomiska situation, samt att aktieförvärvaren härvid icke angivit något värde å aktierna, och grunden för hur detta skall beräknas. Det bör härvid observeras, att aktieförvärvaren själv uppgivit att bristen var 77.625:82 kr, jämfört med den brist som hovrätten fann att aktieförvärvaren uppvisat, nämligen 325.516:82 kr. Skillnaden mellan dessa två belopp, den av aktieförvärvaren medgivna och den av hovrätten funna bristen, motsvarande skillnaden mellan hur fartygen på aktieförvärvarens tillgångssida skulle värderas, nämligen skillnaden mellan det av aktieförvärvaren uppgivna värdet av fartygen 928.650 kr och det av konkursboet uppgivna värdet, nämligen 680.759 kr. Det är möjligt att om aktieförvärvaren vid beräkningen av den "medgivna" bristen även tagit hänsyn till värdet av de förvärvade aktierna domstolarna skulle ha kommit fram till ett annat medgivet resultat; detta skulle ha i vart fall tvingat hovrätten att ta ställning huruvida aktierna i princip skulle beaktas, och i så fall värdet av dessa. Det är ej heller sannolikt att domstolarna vilseletts av det förhållandet, att aktiebolaget sedermera gick i konkurs och att aktiernas värde därmed i princip reducerats till noll. I vart fall hovrätten – och Högsta domstolen synes vara på samma linje – har till utgångspunkt för bedömningen av aktieförvärvarens ekonomiska ställning tagit situationen vid utlåningstidpunkten.

Enär Suecia-målet inte ger klar ledning i frågan om vilken hänsyn som skall tas till låntagarens aktieinnehav, finns skäl att undersöka om senare rättspraxis ger ett mer distinkt besked.

I ett mål som avgjordes i samma skede som Suecia-målet (NJA 1951 s 6 II, s 30) var förhållandena snarlika dem i Suecia-målet. Samtliga aktier förvärvades i ett aktiebolag. En del av köpeskillingen erlades genom att aktieförvärvaren övertog överlåtarens skuld till aktiebolaget (35.000 kr). Sedan köpeskillingen erlagts och skulden övertagits, överlämnades aktierna till aktieförvärvaren. Knappt ett år senare gick aktiebolaget i konkurs. Vid tiden för uppgörelsen och övertagandet av skulden saknade aktieförvärvaren nämnvärda tillgångar. Större delen av likviden för ak-

tierna utgjordes av medel som lånats av utomstående person. På grund av aktieförvärvarens ekonomiska ställning fann domstolarna att bolagets fordran hos aktieförvärvaren, praktiskt taget saknade värde. Ingenting tyder på att domstolarna vid bedömningen av aktieförvärvarens ekonomiska ställning beaktat dennes aktieinnehav. Någon utredning om aktiernas värde företogs ej. Såsom nämnts ovan i anslutning till redogörelsen för Suecia-målet, framgår inte klart vad motivet till bortseendet från aktieinnehavet varit. Det kan dock antecknas, att påståendet i förevarande målet om aktieförvärvarens svaga ekonomiska ställning endast bestreds i mycket allmänna ordalag. Något försök från aktieförvärvarens eller aktieöverlåtarens sida att visa, att aktieförvärvaren hade en annan och bättre ekonomisk ställning än den som påstods, gjordes inte. Aktieförvärvarens innehav av aktier i det långivande bolaget kom således inte att åberopas. Vidare var underkastat tvivel, om aktiebolaget hade en god ekonomisk ställning (bolaget uppvisade en förlust om ca 2.000 kr); det var det ytterst osäkert om vid utlåningstidpunkten aktierna hade något värde utöver vad som erlagts i köpeskilling för dessa. Med hänsyn taget till att aktierna betalats med upplånade medel, och aktieförvärvaren i övrigt saknade tillgångar, var slutsatsen om aktieförvärvarens ekonomiska ställning given. (Vid en bedömning av aktiebolagets tillgångar bortsågs dessutom ifrån den fordran å 35.000 kr som uppkommit genom aktieförvärvarens övertagande av aktieöverlåtarens skuld till bolaget.)

Någon större klarhet i frågan om motivet till att aktieförvärvarens/låntagarens aktieinnehav i det långivande bolaget icke skall beaktas bringas inte heller genom rättsfallen NJA 1966 s 475 och NJA 1976 s 618. I förstnämnda fall uttalar rådhusrätten helt kort, att aktieförvärvarens ekonomiska ställning såväl vid tiden för förvärvet som under tiden därefter var sådan, att den fordran som uppkommit å aktieförvärvaren på grund av lån från aktiebolaget "saknat varje värde". I de högre instanserna tillförs ingenting i denna del. Även här kan tilläggas, att ingenting anfördes i målet mot påståendet, att aktieförvärvaren hade en svag ekonomisk ställning, annat än i allmänna ordalag, bl a i avseende på möjligheten för aktieförvärvaren att genom övertagandet av aktiebolaget förskaffa sig inkomster. Härvid påstods följande:

"För övrigt vill [aktieöverlåtaren] ifrågasätta, huruvida den fordran bolaget fick gentemot [aktieförvärvaren] på grund av det av denne upptagna

lånet vore att betrakta som värdelös vid tiden för [aktieförvärvarens] förvärv av aktierna. Även om [aktieförvärvaren] ej hade personlig förmögenhet förelåg, med hänsyn till den goda ekonomiska ställning vari bolaget befann sig när [aktieförvärvaren] övertog detta, möjligheter för honom att förskaffa sig sådana inkomster att han utan svårigheter skulle efter hand kunna amortera och förränta sin skuld till bolaget. Någon anledning antaga att [aktieförvärvaren] skulle vansköta bolaget på ett sådant sätt att detta på få år skulle råka i likvidationssvårigheter förelåg ej." (Se NJA 1966 s 475, s 479.)

Huruvida aktierna på grund av aktiebolagets förment goda ställning vid lånetillfället hade ett högre värde än vad som motsvarade köpeskillingen utreddes ej och övervägdes överhuvudtaget ej av domstolarna. Från svarandesidan upplystes visserligen bl a, att i bolaget fanns inneliggande order för över 1 milj kr på vilket skulle kunna bokas en vinst på ca 140.000 kr för påföljande år, att bolaget bedrev en lönsam rörelse och i sin verksamhet ej behövde anlita krediter samt att i bolaget fanns betydande dolda reserver. Någon slutsats av detta drogs emellertid icke av svaranden i vad avser aktieförvärvarens ekonomiska ställning vid lånetillfället. Såsom framgår av det ovan citerade avsnittet åberopades bolagets ekonomiska ställning endast som grund för påståendet, att aktieförvärvaren bereddes möjligheter att under det påföljande åren förskaffa sig sådana inkomster att han utan svårighet skulle kunna återbetala lånet. Det kan avslutningsvis nämnas, att bolaget försattes i konkurs först 3 1/2 år efter aktieförvärvet.

I det senare fallet (NJA 1976 s 618) förvärvades samtliga aktier i ett bolag den 6 mars 1973 med tillträdesdag den 15 maj samma år. Bolaget försattes i konkurs den 22 oktober 1973. Enligt konkursbouppteckningen uppgick tillgångarna till ca 17.000 kr och skulderna till ca 308.000 kr. Bolaget bildades i slutet av 1972 och någon balansräkning blev under bolagets verksamhetstid aldrig upprättad. Köpeskillingen för aktierna (300.000 kr) skulle erläggas genom att vissa, bolaget tillkommande betalningar dirigerades om till aktieöverlåtaren. Härigenom uppkom en skuld för aktieförvärvaren till bolaget med de omdirigerade beloppen. Aktieförvärvaren konstaterades vara insolvent vid lånetillfället (vilket sträckte sig över en längre tidsperiod på grund av att de gjorda betalningarna var månatliga) och försattes i konkurs den 17 september 1973. Konkursen

handlades som fattigkonkurs. Påståendet om aktieförvärvarens insolvens motsades inte i målet. Några övervärden i aktiebolaget utöver vad som motsvarade köpeskillingen för aktierna synes ej ha förekommit. Högsta domstolen konstaterade kort, att aktieförvärvaren saknade egna medel till betalning av köpeskillingen och var insolvent, varför det lån som givits aktieförvärvaren betecknades som vederlagsfritt. Några slutsatser om den förevarande frågan om motivet till att aktieinnehavet icke beaktas kan icke dras från domstolarnas mycket knapphändiga domskäl på denna punkt.

NJA 1980 s 311, det s k Sveton-målet, gällde också förvärv av samtliga aktier i ett bolag (Svetons Mekaniska Verkstads AB). Den avtalade köpeskillingen var 1.200.000 kr. Förvärvsavtalet undertecknades den 30 juli 1964. Aktierna skulle tillträdas den 15 september samma år. Vid tillträdet hade aktieförvärvarna erlagt 80.000 kr. Den resterande delen av köpeskillingen, 1.120.000 kr, erlades sålunda, att ett av aktieförvärvarna för ändamålet bildat aktiebolag, Svetonia, utställde en revers, enligt vilket detta bolag, med friskrivande av aktieförvärvarna för deras förpliktelser enligt förvärvsavtalet, förband sig att till aktieöverlåtaren eller order betala beloppet ifråga jämte ränta. För detta betalningsåtagande gick aktieförvärvarna i borgen solidariskt och såsom för egen skuld tills dess betalning skedde. I enlighet med förvärvsavtalet ställde det förvärvade aktiebolaget säkerhet för fullgörandet av betalningsåtagandet enligt ovan dels i form av pant i fast egendom, dels ock i bolagets lösa egendom om sammanlagt 1.120.000 kr. Sedermera pantförskrev i samma syfte även Svetonia, såsom ny part i avtalet, samtliga förvärvade aktier. Det förvärvade aktiebolaget försattes i konkurs 1976, varvid tillgångarna uppgick till ca 6.000.000 kr och skulderna till ca 11.800.000 kr. I konkursen bevakade aktieöverlåtaren sin fordran med yrkande om förmånsrätt på grund av den ställda säkerheten för den delen av köpeskillingen som ännu var obetald.

En av de centrala frågorna i målet, som närmare skall diskuteras nedan, var huruvida tidpunkten för pantsättningens fullbordan eller dess ianspråktagande skulle bilda utgångspunkt vid tillämpningen av utbetalningsförbudet. De lägre instanserna fann att avgörande var tidpunkten för pantens ianspråktagande, under det att Högsta domstolen fastställde att tiden för pantsättningens fullbordan skall verka bestämmande. Här-

igenom kom frågan om huruvida olovlig vinstutdelning förelåg eller inte att bedömas mot bakgrund av det förvärvade aktiebolagets disponibla vinstmedel (ca 13.700 kr) vid pantsättningen. Allt säkerställande, d v s pantsättning/utbetalning, utöver dessa medel var enligt Högsta domstolen att se som olovlig och därmed ogiltig, varför förmånsrätt endast kunde medges med motsvarande belopp.

Den i det förevarande sammanhanget aktuella frågan, om betydelsen av aktieförvärvarens aktieinnehav, kom emellertid att behandlas endast i förbigående. Högsta domstolen konstaterade helt kort, att pantsättningen från det förvärvade aktiebolagets sida ej var affärsmässigt betingad, utan fick betraktas som vederlagsfri. Slutsatsen grundades på bedömningen att "[d]et synes klart att regeressgäldenärerna ej varit solventa för beloppet". Såsom "regressgäldenärer" betecknades samtliga aktieförvärvare, d v s såväl de ursprungliga två aktieförvärvarna (fysiska personer) som nytillträdande part, d v s det för ändamålet bildade aktiebolaget Svetonia. Bedömningen av aktieförvärvarnas ekonomiska ställning, och härvid särskilt solvens, synes ha hänfört sig till tidpunkten för själva pantsättningen. I de lägre instanserna befanns den avgörande tidpunkten i denna fråga – liksom för frågan om utdelningsbara medel förelåg – vara tiden för pantens ianspråktagande. Härvid uttalade tingsrätten, att "[e]när Svetonbolagets regressfordran mot Svetonia i anledning av pantens ianspråktagande saknar värde, är utbetalningen vederlagsfri". Hovrätten anförde i denna del följande: "Svetonia har ej drivit någon verksamhet och saknar andra tillgångar än aktierna i Svetonbolaget, som är försatt i konkurs. Borgensmännen för Svetonias skuld är insolventa. I följd härav är den regressfordran som Svetonbolaget vid ett ianspråktagande av panten skulle erhålla mot Svetonia utan värde. Panten skulle således komma att tagas i anspråk utan att Svetonbolaget erhöll något vederlag." Med de lägre instansernas val av tidpunkt var det uppenbart att pantsättningen var vederlagsfri, eftersom samtliga aktieförvärvare var insolventa. Med den utgångspunkt som Högsta domstolen hade i frågan var saken emellertid icke lika uppenbar. Icke desto mindre tycks saken ha behandlats såsom sådan. Olyckligtvis ges inga som helst anvisningar om varpå Högsta domstolens bedömning av aktieförvärvarnas insolvens grundas. Huruvida Högsta domstolen bortsett från aktieförvärvarens aktieinnehav i det förvärvade bolaget är oklart. Om så var fallet, vilket sy-

nes sannolikt, medför det ofrånkomligen en ytterst svag ekonomisk ställning hos aktieförvärvarna med hänsyn till att Svetonias enda tillgång var just de ifrågavarande aktierna och bolagets skuld uppgick till 1.120.000 kr (vilken skuld i linje med hanteringen av skuld för nyförvärade aktier – som ej beaktas - ej heller bör inberäknas). Enär de två fysiska personerna, som Svetonia ersatte som part i förvärvsavtalet, gått i borgen för denna skuld, fanns anledning att antaga, att även de med bortseende från aktierna hade en svag ekonomisk ställning. Någon närmare utredning om dessa personers ställning vid pantsättningen företeddes emellertid icke. Beträffande Svetonias ekonomiska ställning anförde emellertid aktieöverlåtaren, i egenskap av bevakningsborgenär, bl a följande. Svetonias enda tillgång var aktierna i Svetonbolaget. Vid tidpunkten för pantsättningen ägde Svetonia således aktier till ett värde av 1.200.000 kr och hade en skuld på 1.120.000 kr, för vilken pantsättningen skett. Därest panten behövde tas i anspråk, kunde Svetonia därför antagas kunna betala sin skuld till det förvärvade aktiebolaget. Härutöver gjordes gällande, att aktiernas substansvärde var 873.000 kr enligt särskild redogörelse. Konkursförvaltaren, som var motpart i tvisten, anförde häremot att, om tidpunkten för pantsättningen skulle anses avgörande vid bedömande av dess tillåtlighet, skulle vid bedömandet av Svetonias betalningsförmåga värdet på aktierna inte beaktas, eftersom ett bolag inte får förvärva egna aktier. Däremot vitsordades, att aktierna var värda 1.200.000 kr vid en försäljning i enlighet med avtalsvillkoren, dock inte att deras substansvärde skulle ha varit 873.000 kr. Detta är veterligen första gången i rättspraxis som förvärvsförbudet i ABL 7:1 explicit har framförts som motiv för principen att icke beakta aktieförvärvarens aktieinnehav (dock endast från *parts* sida).

Med hänsyn till vad parterna anförde i målet, synes de mer eller mindre sannolika motiv som ovan diskuterats i vad avser underlåtenheten att beakta aktieinnehavet – att detta inte med tillräcklig kraft förts fram av part i målet, att påståenden om svag ekonomisk ställning och insolvens inte motsagts eller till och med medgivits, rena förbiseenden, m m – icke längre kunna komma ifråga. Genom parternas argumentation ställdes här istället saken på sin spets. Den styvmoderliga behandlingen av frågan i Högsta domstolen medför emellertid att frågan lämnades öppen. Högsta domstolens slutsats, att aktieförvärvarna var insolventa, kan

nämligen ha olika grunder, till synes främst följande.

1. Högsta domstolen beaktade inte aktieinnehavet med hänsyn till förvärvsförbudet.
2. Högsta domstolen beaktade aktieinnehavet, men fann att detta inte nämnvärt förbättrade aktieförvärvarens ekonomiska ställning.

Den senare tolkningsmöjligheten kan utvecklas enligt följande. I Suecia-målet hade, såsom framgått ovan, det förvärvade bolaget (Suecia) med hänsynstagande till den totala belastning å bolaget som aktieförvärvet resulterade i, d v s med bortseende från alla de tillgångar som överfördes till överlåtaren i samband med transaktionen, men med beaktande av den skuld som bolaget i anledning av transaktionen iklätt sig, samt med bortseende från den fordran som uppkommit å aktieförvärvaren, kvar tillgångar som översteg bolagets skulder. Bolagets ekonomiska ställning var till synes god i trots av den stora belastning som aktieförvärvet innebar. Huruvida detta var fallet i Sveton-målet framgår icke klart av de i rättsfallet redovisade omständigheterna. Ett rimligt antagande är dock att aktieöverlåtaren vid beräkningen av aktiernas substansvärde enligt ovan inte tog hänsyn till den belastning som bolagets pantsättning utgjorde. Skall vid tillämpningen av utbetalningsförbudet ett jämställande av pantsättning eller annat säkerställande och lån, liksom andra utbetalningar, vara ändamålsenligt, måste nämligen panten beaktas vid en värdering av aktierna. Görs t ex antagandet, att panten på grund av utebliven betalning redan kort tid efter transaktionens genomförande åberopas gentemot bolaget, och bolaget därigenom tvingas avhända sig egendom till ett belopp motsvarande panten (i Sveton-målet således 1.120.000 kr) till aktieöverlåtaren, synes icke mycket av tillgångarna komma att kvarstå i bolaget. (Något annat är givetvis fallet där säkerheten består av pant i aktierna, vilka ju tillhör aktieförvärvaren.) Aktiebolagets ekonomiska ställning blir i och med en sådan utbetalning helt avhängig av värdet å den regressfordran som aktiebolaget på grund av utbetalning har å aktieförvärvarna. Har dessa i detta läge ingenting annat att erbjuda än aktierna i bolaget, är bolagets fordran givetvis icke mycket värd. (Det kan näppeligen påstås att någon skulle vara beredd att betala 1.200.000 kr för aktierna i bolaget, sedan bolaget plundrats på tillgångar motsvarande 1.120.000 kr.) Helt utan värde behöver emellertid aktierna inte vara, med

hänsyn till t ex att viss del av köpeskillingen för aktierna erlagts kontant och att i bolaget finns övervärden av olika slag. Full säkerhet i fråga om värdet hos en sådan bolagets fordran hos aktieförvärvarna kan inte uppnås, enär deras ekonomiska ställning icke närmare utreddes.

Det är följaktligen fullt möjligt, och t o m sannolikt, att Högsta domstolen i det förevarande målet beaktade aktieförvärvarens aktieinnehav, men att domstolen vid en bedömning av aktiernas värde drog slutsatsen, att detta inte var tillräckligt högt för att frånkomma konklusionen om aktieförvärvarnas insolvens. Den andra tolkningsmöjligheten, att Högsta domstolen beaktade förvärvsförbudet, är därmed givetvis inte utesluten. Förbudet ifråga är emellertid överhuvudtaget inte omnämnt i domskälen i nu berörd rättspraxis.

I ett senare mål, NJA 1990 s 343 (Nordanland), var fråga om ett dotterbolags lån under tiden november 1981 till medio mars 1982 om sammanlagt cirka 11.657.000 kr till dess moderbolag (Nordanland). Moderbolaget försattes i konkurs i slutet av oktober 1982. Dotterbolaget bevakade i konkursen sin fordran på grund av lånen. Emellertid bestreds att dotterbolaget hade någon fordran med hänvisning till en ackordsuppgörelse som träffats före konkursen. Mot detta anförde dotterbolaget bl a, att utbetalningarna från dotterbolag till moderbolag innebar en förtäckt och olovlig vinstutdelning, eftersom moderbolaget saknade återbetalningsförmåga när lånen gavs och det inte fanns någon fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. Avgörande för frågan om olovlig vinstutdelning, blev, så som saken formulerades av domstolarna, huruvida moderbolagets ekonomi vid lånetillfället var sådan, "att återbetalning inte kunde påräknas". (I målet var ostridigt att medel för vinstutdelning saknades.) Bevisbördan vad beträffar låntagarens ekonomiska ställning låg enligt tingsrätten och Högsta domstolen å den som påstod, att ställningen var så svag, att återbetalning av lånet inte kunde påräknas[111]. Hovrätten intog en motsatt ståndpunkt i bevisfrågan (se s 347): "Nordanland har inte gjort sannolikt att Nordanlands ställning när Nordanland uppbar lånebeloppen var sådan att återbetalning av lånet kunde påräknas". Av särskilt intresse i detta sammanhang är Högsta domstolens resonemang i fråga om låntagarens ekonomiska ställning. Lånetidpunkten fastställdes

[111] Se NJA 1990 s 343, s 349 f, där Högsta domstolen hänvisar till allmänna bevisgrundsatser.

till att avse tiden från mitten av februari till mitten av mars 1982. Beträffande låntagarens ekonomiska ställning vid denna tidpunkt anförde Högsta domstolen bl a följande.

"Av Bengt H:s uppgifter framgår att Nordanland, sedan bankkrediterna sagts upp i april 1982, saknade möjlighet att återbetala lånen från Waso-Verken. Detta vinner också stöd av ackordsöverenskommelsen. I denna – som undertecknats av Bengt H som företrädare för såväl Waso-Verken som Nordanland – angavs som skäl för eftergiften att skulden till Waso-Verken 'ej kommer att kunna regleras på grund av Nordanlands ekonomiska ställning.' Av utredningen i målet framgår visserligen att handlingen, som är daterad den 1 maj 1982, upprättats några månader senare, men det förhållandet att uppgifterna hänförts till nämnda tidpunkt talar för att Nordanland redan då saknade förmåga att återbetala lånen.

När det gäller Nordanlands ekonomiska ställning vid tiden från mitten av februari till mitten av mars 1982 kan anmärkas att i målet inte har åberopats några räkenskapshandlingar som hänför sig till denna period eller tiden dessförinnan. Eftersom uppgifter saknas om vilka transaktioner som företagits efter nämnda tid, är balansräkningen per den 31 augusti 1982 av begränsad betydelse. Det förtjänar dock nämnas att Nordanlands tillgångar sistnämnda dag uppgick till 15,8 milj kr och dess skulder till 24,4 milj kr. Om även lånen från Waso-Verken medräknas, uppgick underskottet till 20,0 milj kr. Tillgångarna utgjordes främst av tre fastigheter, upptagna till cirka 12 milj kr; dessa synes ha inbringat ett lägre belopp i konkursen. Av skulderna var långfristiga skulder upptagna till 21,4 milj kr, varav inteckningslån på 13,8 milj kr. Ackordscentralens skrivelser utvisar att behållningen i konkursen den 30 juni 1986, sedan borgenärer med säkerhet i fastigheter och tomträtt fått betalt så långt säkerheterna räckte, uppgick till 2,1 milj kr. Sedan betalning utgått till förmånsberättigade skatte- och lönefordringar, återstod 1,6 milj kr. De oprioriterade skulderna uppgick samtidigt till 17,9 milj kr; härvid har inte medräknats lånen från Waso-Verken.

Bengt H, vars uppgifter i Högsta domstolen i huvudsak överensstämmer med vad han uppgett i TR:n, har som skäl för sin uppfattning att Nordanland vid lånetillfällena hade förmåga att återbetala medlen förklarat att bolagets fastigheter kunde förväntas stiga i värde och därför senare

kunde säljas med vinst. Han har också uppgett att Nordanland hade möjlighet att låna ytterligare medel av Waso-Verken och att han betraktade de båda bolagen som en enhet.

Det är tydligt att värdet av Nordanlands tillgångar, vilka i allt väsentligt synes ha utgjorts av bolagets fastigheter, vid tiden för lånens lämnande avsevärt understeg bolagets skulder, i synnerhet vid bortseende från aktierna i Waso-Verken. Vid bedömande av Nordanlands förmåga att fullgöra sin återbetalningsskyldighet saknar det betydelse att Bengt H som företrädare för Nordanland eller Waso-Verken betraktade bolagen som en enhet samt att han på grund av sin ställning hade möjlighet att överföra ytterligare medel från Waso-Verken till Nordanland; härigenom skulle ju låneskulden öka ytterligare.

Av Bengt H:s egna uppgifter framgår att hans uppfattning beträffande Nordanlands återbetalningsförmåga grundades främst på att, i fall återbetalning över huvud taget aktualiserades, detta skulle ske först i en framtid då Nordanlands fastigheter renoverats och avsevärt ökat i värde. Detta förutsatte uppenbarligen i sin tur – förutom att inte andra komplikationer tillstötte – att Nordanland kunde betala räntor och andra löpande utgifter samt att bolaget inte krävdes på större kapitalbelopp. Bengt H:s berättelse utvisar emellertid att bolaget vid den aktuella tiden hade svårigheter att med egna medel klara av redan löpande utgifter; det kan anmärkas att de i målet aktuella lånemedlen – utöver beloppet om 10,2 milj kr som gick åt för att betala aktierna i Waso-Verken – användes till att betala löpande kostnader. Utredningen får också anses visa att det förelåg stor risk för att seriösa kreditgivare på sätt som kort därefter skedde skulle säga upp sina krediter med följd att bolaget blev satt ur stånd att fullgöra även löpande betalningar.

Det anförda innebär – vilket Bengt H borde ha insett – att Nordanlands ekonomiska ställning redan i februari 1982 var så bräcklig att Waso-Verkens fordringar med anledning av lånen redan från början måste anses ha varit praktiskt taget värdelösa. Lånen har alltså inneburit förtäckt vinstutdelning från Waso-Verken."

I trots av den till synes utförliga redovisningen av det låntagande moderbolagets ekonomiska ställning i vad avser bl a tillgångar och skulder, framtida intjänandemöjligheter, kreditvärdighet, förmåga att betala löpande utgifter m m lämnar Högsta domstolen frågan om huruvida lånta-

garens aktieinnehav i det långivande bolaget skall beaktas eller inte, öppen. Vid sufficiensprövningen konstaterar domstolen endast, att bolagets tillgångar vid tiden för lånens lämnande avsevärt understeg bolagets skulder, "i synnerhet vid bortseende från aktierna i [dotterbolaget]". Av uttalandet framgår icke huruvida vid bedömning i frågan aktierna enligt Högsta domstolens mening *skall* bortses ifrån i det enskilda fallet, och för så vitt så är fallet, huruvida detta skall ske *i princip* på grund av förvärvsförbudet, eller mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet på grund av aktiernas ringa, försumbara eller obefintliga värde. Den senare tolkningen kan under inga förhållanden uteslutas. Någon utredning om aktiernas värde mot bakgrund av det långivande bolagets ställning m m redovisas emellertid inte i målet. I beaktande av att bevisbördan för låntagarens ekonomiska ställning ålåg den part i målet som påstod att ställningen var svag, skulle man kunnat förvänta sig, att aktierna i brist på närmare utredning om deras värde skulle ha givits ett värde vid den aktuella lånetidpunkten[112]. Ordvalet i uttalandet lämnar emellertid en anvisning om att aktierna i det långivande dotterbolaget haft ett visst värde, eftersom tillgångarna, "i synnerhet vid bortseende från aktierna", avsevärt understeg skulderna. Enligt moderbolagets balansräkning per den 31 augusti 1982, d v s några månader efter det att lånet gavs, uppgick det låntagande moderbolagets tillgångar till 15,8 milj kr och skulderna till 24,4 milj kr, exklusive skulden till dotterbolaget, och cirka 35,8 milj kr, inklusive denna skuld. Huvuddelen, ca 12 milj kr, av tillgångarna utgjordes av fastigheter. Vari den resterande delen av tillgångarna bestod framgår inte av rättsfallsreferatet. Det är möjligt att en del av dessa var aktierna i dotterbolaget. I beaktande av det stora underskottet om närmare 20 milj kr ligger det nära till hands att tolka Högsta domstolens ovan citerade uttalande så, att frågan huruvida aktieinnehavet skulle beaktas saknade betydelse med hänsyn till det relativt ringa värde som de motsvarade: aktieinnehavet förbättrade inte moderbolagets ekonomiska ställning i någon beaktansvärd mening.

Slutsatsvis ger varken sistnämnda fall eller övrig ovan behandlad praxis någon vägledning om hur låntagarens aktieinnehav i det långivande bola-

[112] Aktierna överläts uppenbarligen, enligt vad som framgår av de omständigheter som redovisas i målet, till annat bolag efter det att det ifrågasatta lånen gavs, men ingenting sägs om den köpeskilling som därvid gällde.

get skall hanteras vid bedömningen av låntagarens ekonomiska ställning. I något av rättsfallen framgår inte huruvida aktierna har beaktats eller inte. I andra fall åter framgår klart att aktierna inte har beaktats, men anges inte tydligt nog motivet härtill. Såsom motiv kan komma ifråga såväl förvärvsförbudet som det förhållandet, att aktierna saknat ett beaktansvärt värde. I ljuset av att domstolarna hitintills icke såsom motiv för att icke beakta aktieinnehavet anfört förvärvsförbudet och icke ens givit en antydan härom, vilket förhållande – för den händelse förvärvsförbudet utgör det egentliga motivet – är ägnat att väcka uppseende, synes *de lege lata*, större vikt böra fästas vid den andra tolkningsmöjligheten, nämligen att aktierna i fråga helt enkelt saknat betydelse i det enskilda fallet.

Den *andra svagheten*, som är förenad med ståndpunkten, att domstolarnas bortseende från aktieinnehavet betingats av förvärvsförbudet, är att söka i förvärvsförbudet självt. Förvärvsförbudet är inte undantagslöst och utesluter t ex inte att ett aktiebolag driver in en fordran hos aktieägare genom att begära utmätning av aktierna och därefter inropa aktierna på auktion. Ett annat undantag till förvärvsförbudet möjliggör övertagande av aktieägares affärsrörelse inklusive aktierna. En fordran som uppkommit på grund av lån till aktieägare, vars aktier utmätts eller övertagits på sistnämnda sätt, skulle härvid kunna regleras genom att den skuld som uppkommer för förvärvaren kvittas mot förvärvarens fordran. Därmed skulle det vara möjligt att betala aktieägarens skuld genom överlåtelse av aktierna till det långivande bolaget. Att undantagens tillämpning sedan förutsätter, att aktierna avyttras inom viss tid (så snart ske kan i det förstnämnda fallet och inom två år i det sistnämnda) torde sakna relevans för denna fråga[113].

Att ett aktiebolag kan utkräva en fordran genom att på ett eller annat sätt förvärva aktierna och helt eller delvis kvitta den skuld som därigenom uppkommer mot bolagets fordran, synes också stå i överensstämmelse

[113] Se även stadgandet i ABL 7 kap 2 § 3 st om s k indirekta förvärv av egna aktier: "Har aktiebolag blivit moderbolag och innehar dotterföretaget aktier i moderbolaget, skall dessa aktier avyttras enligt vad som i andra stycket sägs beträffande aktier som förvärvats vid övertagande av affärsrörelse."

För en närmare diskussion om sådana indirekta förvärv av aktier, se SOU 1988:38, Ägande och inflytande i svenskt näringsliv, Bilaga 1, Ömsesidigt aktieägande och aktiebolagslagens regler om förvärv och innehav av egna aktier, en expertrapport från ägarutredningen, s 66 ff.

med de åtgärder som kan vidtas vid försummad inbetalning av tillskottskapital i samband med aktieteckning. Enligt ABL 2 kap 11 § kan t ex styrelsen förklara aktien förverkad för den betalningsskyldige och låta annan övertaga aktien och betalningsansvaret för det tecknade beloppet[114].

Att med hänvisning till förvärvsförbudet bortse från låntagarens aktieinnehav skapar emellertid svårigheter även i det att den princip som härigenom utvinns får en generell och absolut räckvidd. Förvärvsförbudet är av mycket gammalt datum och ingick redan i 1895 års lag om aktiebolag (27§, i 1910 års aktiebolagslag, 51§). Ehuru förbudets ursprungliga motiv är något oklara, synes stadgandet främst motiveras av att därigenom försvåras kringgående av de regler som avser nedsättning av aktiekapital[115]. Ett bolags förvärv av egna aktier ger ekonomiskt sett samma resultat som nedsättning av aktiekapitalet genom inlösen av aktier. Eftersom formerna för nedsättning av aktiekapitalet är strängt reglerade, har det ansetts vara av vikt att även reglera förfaranden som leder till samma resultat. Möjligen kan man tycka att ett förbud mot så gott som alla förvärv mot bakgrund av nedsättningsmöjligheten är alltför långtgående; mot detta skall emellertid vägas kontrollsvårigheterna. De reglerade formerna för nedsättning avser att tillgodose borgenärsskyddet.

Frågan är emellertid vilken betydelse de nu angivna ändamålen för förvärvsförbudet, jämte de övriga ovan nämnda, har vid tillämpningen av utbetalningsförbudet i allmänhet och vid bedömningen av låntagarens ekonomiska ställning i synnerhet. Utbetalningsförbudet är visserligen, i likhet med nedsättningsreglerna och förvärvsförbudet, avsett att skydda borgenärerna. Detta behov får anses vara i första hand tillräckligt tillgodosett genom reglerna om utdelningsbara medel. Att i tillägg härtill fordra, att en låntagares aktieinnehav på grund av förvärvsförbudet icke

[114] Beträffande övriga åtgärder se ABL 2 kap 9–12 §§. En anomali i viss mån utgör 10 § 1 st, enligt vilket kvittning av skuld på grund av aktieteckning mot fordran hos bolaget icke får ske. Det bör dock noteras, att stadgandet i sin kategoriska utformning gäller specifikt för situationen vid ett bolags bildande, varvid det är särskilt angeläget att upprätthålla kravet på att tillskottskapitalet verkligen kommer det blivande bolaget tillhanda. Motsvarande förbud vid nyteckning i samband med nyemission upprätthålles icke alls med samma stränghet, utan kvittning medges enligt 4 kap 11 § under förutsättningen, att bestämmelser därom upptagits i beslutet om nyemission, i andra fall åter om styrelsen samtyckt därtill, samt att bolaget eller dess borgenärer icke skadas.

[115] Beträffande övriga motiv för förvärvsförbudet, se ovan och SOU 1988:38, ovan fotnot 51, s 48 ff.

beaktas, synes föga ändamålsenligt. Härvid bör istället för förvärvsförbudet de i förbudet givna undantagen vinna tillämpning. Det väsentliga vid bedömningen av om ett lån är vederlagsfritt eller inte bör ju vara låntagarens *faktiska* ekonomiska ställning, inbegripet värdet av aktierna. Risken finns ju eljest att även ett övertagande av en affärsrörelse bedöms såsom åtminstone delvis vederlagsfritt, därför att i övertagandet ingick ett förvärv av egna aktier, som, vore det inte för det undantag som stadgas till förvärvsförbudet, skulle vara förbjudet och medföra att aktierna som sådana inte kan åsättas ett värde. Överlåtarens prestation kommer med det belopp som motsvarar köpeskillingen för aktierna att understiga förvärvarens prestation, varför en vederlagsfri utbetalning har skett till denna del.

En tillämpning av förvärvsförbudet vid bedömningen av låntagarens ekonomiska ställning skulle också få märkliga konsekvenser vid tillämpningen av undantaget till det särskilda utlåningsförbudet, nämligen det enligt vilket anställda lånar pengar av det arbetsgivande bolaget för att förvärva aktier i bolaget. Dylika lån riskerar att bli ogiltiga just med hänsyn till att man vid bedömningen av låntagarnas ekonomiska ställning skall bortse från aktieinnehavet (däremot uppenbarligen inte från skulden; här förutsätts också att utbetalningen inkräktar på det bundna kapitalet). Även övriga lån, som visserligen kan stå i strid med det särskilda utlåningsförbudet, men som icke därigenom blir ogiltiga, riskerar att bli ogiltiga med samma bedömningsgrund. Där t ex ett litet aktiebolag genom lån från ett börsnoterat företag förvärvar aktier i detsamma, skulle vid bedömningen av aktieförvärvarens ekonomiska ställning aktierna icke beaktas men däremot skulden. (Något annat uttrycks icke i den ovan redovisade ståndpunkten av representanterna för doktrinen; skulle däremot ståndpunkten vara att såväl aktierna som skulden skall borträknas, uppkommer frågan vad som skall gälla när ett aktiebolag lånar ut medel till en aktieägare – t ex ett moderbolag – för annat ändamål än förvärv av aktier i det utlånande bolaget.)

Antas istället att, med stöd av de undantag som stadgas från förvärvsförbudet, ett aktiebolag kan reglera en fordran hos aktieägare genom förvärv av dennes aktier, varvid aktiebolagets fordran kvittas mot den skuld som uppkommer på grund av förvärvet, och på samma sätt att hänsyn till aktieägarens aktieinnehav skall tagas vid bedömningen av dennes ekono-

miska ställning vid lån, synes någon risk för att borgenären skadas inte föreligga.

Sammanfattningsvis kan anföras, att aktierna icke skall beaktas vid en bedömning av låntagarens ekonomiska ställning i det fallet aktiernas marknadsvärde motsvarar lånebeloppet och de lånade medlen har använts för att förvärva aktierna ifråga. Emellertid skall givetvis ej heller den skuld som uppkommer på grund av utlåningen beaktas. Är syftet med lånet emellertid icke det sagda, bör aktiernas värde på ett eller annat sätt beaktas. För det fall t ex ett dotterbolag lånar till ett moderbolag, bör därför utgångspunkten vara, att moderbolagets aktier i dotterbolaget beaktas vid bedömningen av moderbolagets ekonomiska ställning. Detta bör var huvudregeln i alla de fall där aktiebolag lånar ut till aktieägare, och medlen används för annat än förvärv av aktier i det långivande bolaget. Svårigheten är sedan självfallet att bestämma, vilket aktiernas marknadsvärde är, särskilt som hänsyn måste tagas till att aktiernas värde påverkas av lånet ifråga[116]. Följande hållpunkter kan uppställas:

Aktiernas värde påverkas givetvis av en rad olika faktorer. Härvid bortses från företagsanalytikerns reguljära parametrar vid bedömningen av en akties värde, substansvärdes- respektive avkastningsvärdemetoder m m. Endast de faktorer som är specifika för den aktuella situationen skall beröras. Först kan den uppenbara iakttagelsen göras, att här föreligger ett ömsesidigt beroendeförhållande i det att värdet på aktierna i det långivande bolaget är avhängigt av låntagarens betalningsförmåga, vilken i sin tur är beroende av värdet på nyssnämnda aktier, etc. Av betydelse härutöver är givetvis *lånebeloppets storlek i absoluta och relativa tal*. I sistnämnda hänseende får bedömas hur stor andel av det långivande bolagets totala balansomslutning som den uppkommande lånefordran utgör. Utgörs endast en mindre del av balansomslutningen av denne lånefordran, kan en eventuell osäkerhet om låntagarens återbetalningsförmåga icke antas ha någon större betydelse för bedömningen av värdet av aktierna i långivande bolag.

Nästa steg blir att avgöra hur stor den osäkerhet är som kringgärdar återbetalningsförmågan. Har låntagaren lämnat fullgod säkerhet för lånet, kan aktiernas värde i det långivande bolaget inte sägas ha påverkats

[116] Jfr Lindskog, Kommentar, s 41, fotnot 38 med vidare hänvisningar.

av lånet. Är säkerheten icke fullgod, får med hänsyn till underskottet avgöras huruvida låntagaren har återbetalningsförmåga eller inte. Här kan t ex finnas anledning till av- eller nedskrivning av den delen av fordran som icke täcks av säkerhet.

Låntagarens återbetalningsförmåga får sedan bedömas mot bakgrund av dels vad som ovan anförts, och nedan vidare kommer att utvecklas, beträffande återbetalningsförmågan i allmänhet, dels ock specifikt i vad avser värdet av aktierna i det långivande bolaget.

Uppenbart är härvidlag, som nämnts ovan, att *ändamålet* med lånet måste tillmätas, betydelse. Om ändamålet är det som förevarit i denna framställning redovisad rättspraxis, nämligen att förvärva aktier i det långivande bolaget, är detta en omständighet som är ägnad att reducera värdet av aktierna. Är ändamålet istället, att förvärva andra tillgångar, t ex aktier i andra bolag, eller genomföra en investering, kan icke utan vidare antas att låntagarens betalningsförmåga påverkas av lånet (givetvis beroende av investeringens värde). Detsamma skulle kunna sägas beträffande lån som används för avbetalning av skulder. Används däremot de lånade medlen för utdelning eller för en uppgörelse med borgenärer i en mer eller mindre oviss obeståndssituation, eller för i övrigt vederlagsfria utbetalningar, är ståndpunkten den motsatta.

Vid fastställandet av de aktuella aktiernas värde inom ramen för bedömningen av låntagarens återbetalningsförmåga skall ytterligare beaktas gäldenärens *andel av det totala antalet aktier* i borgenärsbolaget. Är denna andel liten, kan aktiernas värde knappast i någon större utsträckning påverkas av den bristande återbetalningsförmågan, varför istället aktiernas marknadsvärde får fastställas på grundval av mera allmänna beräkningsgrunder.

Vid bedömningen av återbetalningsförmågan måste vidare hänsyn tas till hur stor *andel av låntagarens tillgångar som består av aktier* i det långivande bolaget. Sedan är det givetvis möjligt att återbetalningsförmågan är svag helt oberoende av aktiernas värde. Endast i det fallet dock, som också varit aktuellt i rättspraxis, där aktierna utgör en väsentlig del av låntagarens tillgångar, där lånefordran utgör en betydande del av det långivande bolagets tillgångar, och låntagaren dessutom innehar samtliga eller så gott som samtliga aktier i det långivande bolaget, finns skäl att – utan någon närmare beräkning – bortse från aktierna vid bedömningen

av återbetalningsförmågan. I andra fall får förutsättas en närmare analys av aktievärdet. Hur denna analys skall se ut i alla sina detaljer får sedan avgöras av mera matematiskt skolade individer.

3.5.2. Kriterier för vederlagsfria lån – insufficiens eller insolvensbedömning?

I nära samband med den fråga som behandlats i avsnittet ovan står en annan, nämligen om bedömningen av låntagarens återbetalningsförmåga skall ske med utgångspunkt i en insufficiens- eller insolvensprövning. Detta begreppspar fyller en central funktion i borgenärsskyddsreglerna. Utgångspunkten är härvid, att, ehuru lagstiftaren ej kan hindra att en verksamhet bedrivs med förlust, vissa gränser till skydd för borgenärerna ändå måste utstakas när verksamheten drivs vidare utan hänsyn till förlusterna. Denna grundprincip kommer till uttryck i tvångslikvidationsregeln i ABL 13:2, varvid en sufficiensprövning skall ske enligt vissa specifika värderingsregler. Konkurslagstiftningen bygger däremot i huvudsak på solvensbegreppet. Det förutsätts t ex för beslut om konkurs att gäldenären är insolvent (eller på obestånd, som är ett synonymt begrepp), vilket tillkännages i konkurslagen 1 kap 2 §. Även återvinningsreglerna i konkurslagens 4 kap bygger till stor del på solvensbegreppet (så t ex 5 § samt reglerna om omvänd bevisbörda i 10, 12 och 13 §§), men i vissa fall har en övergång skett till sufficiensbegreppet (se t ex bevisbördereglerna – omvänd bevisbörda – i 4:6-9 enligt vilka återvinningsfristen sträcks ut från 6 månader till ett år beträffande icke närstående och till 3 år beträffande närstående om det inte visas, att gäldenären efter den återvinningsbara rättshandlingens – gåvans, bodelningens eller löne- eller pensionsutbetalningens – genomförande hade kvar utmätningsbar egendom som uppenbart motsvarade hans skulder). Vidare vilar borgenärsbrotten i BrB 11 kap (1 – 4 §§) på en insolvensbedömning, dock att här från bevisbördesynpunkt det numera är tillräckligt att visa, att påtaglig

fara föreligger för att obestånd (insolvens) skall föreligga vid oredlighet eller vårdslöshet mot borgenär[117].

En person är insufficient när skulderna är större än tillgångarna. Insolvens anses emellertid föreligga vid oförmåga att inte rätteligen kunna betala sina skulder (allteftersom dessa förfaller till betalning) och denna oförmåga inte endast är tillfällig. Skillnaden mellan begreppen brukar uttryckas så, att insufficiensprövningen avser ett statiskt eller absolut tillstånd, under det att insolvensprövningen är relativ och måste grundas på en prognos över gäldenärens framtida betalningsförmåga[118].

Det borde rimligen vara så att sufficiensbegreppet är lättare att hantera än solvensbegreppet. Det var bl a av det skälet som i samband med tillkomsten av den nya konkurslagen krav ställdes från skilda håll på att ersätta solvensprövningen i konkurslagen med en sufficiensprövning, såsom varande mera ändamålsenlig[119]. Med hänvisning bl a till det nordiska lagstiftningssamarbetets intresse valde emellertid lagstiftaren att hålla fast vid solvensbegreppet. Om de svårigheter som följer av tillämpningen av obeståndsbegreppet, med alla de osäkerhetsmoment som ryms däri, har företrädare för såväl den rättsvetenskapliga doktrinen praktiskt verksamma jurister vittnat i olika sammanhang[120].

Något besked om huruvida en insufficiens- eller insolvensprövning skall ske vid tillämpningen av utbetalningsförbudet på lånetransaktioner lämnas icke i aktiebolagslagen eller annan lagstiftning. Vissa uttalanden i Högsta domstolens praxis tyder emellertid på att en insolvensbedömning är förutsatt[121].

[117] Se härom Löfmarck, Brotten mot borgenärer, tolkning och tillämpning av straffbestämmelserna i BrB 11 kap, s 109 ff. Märk härvid också vad som antecknas av Löfmarck om insolvensbegreppets betydelse vid tillämpning av förskingringsstadgandet i brottsbalkens 10 kapitel, *ibidem*, s 116 f.

[118] Se härom bl a Lennander, Återvinning i konkurs, s 123 f; Löfmarck, *ibidem*, s 109 ff; Westermark, Insolvens, insufficiens och kontrollbalansräkning, Balans 3/1990, s 22 ff; Edgren, B., Obestånd – vad är det? Balans 7/1979, s 4 ff.

[119] Se härom SOU 1970:75 (U X), s 141 och proposition 1975:6, s 105.

[120] Se bl a ovan i fotnoterna angivna arbeten. Se härtill Welamson, Konkurs, 8 uppl, Lund 1989, s 19 ff och 25 ff; Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, Uppsala 1987, s 317 ff.

[121] Se bl a uttalandet i NJA 1976 s 618, 622: "Lagerström, som själv inte hade medel till betalning av köpeskillingen – och som sedermera försatts i konkurs – får genom vad som förekommit anses ha upptagit lån hos bolaget med motsvarande belopp och ha använt lånemedlen till att likvidera sin skuld för aktierna till Inga Gustavsson. Eftersom Lagerström varit insolvent och bolaget ej haft någon enligt balansräkning utdelningsbar vinst, har åtgärderna innefattat en förtäckt olovlig vinstutdelning". (Gustavsson var säljare och Lagerström förvärvare av aktierna i det bolag som således enligt Högsta domstolens upp-

Solvensprövningen i praxis har emellertid ofta varit mycket summarisk. I Suecia-målet konstaterade Högsta domstolen helt kort, att den fordran som uppkom på grund av lånet "praktiskt taget saknat värde"[122]. Det bör dock tilläggas att Högsta domstolens bedömning i denna del vilar på de lägre instansernas slutsatser. Emellertid är även de lägre instansernas prövning i här aktuellt hänseende av knapphändig beskaffenhet i det att de i huvudsak endast gör en sammanvägning av låntagarens skulder och tillgångar, varvid en betydande kapitalbrist konstateras. Frågan, hur stor denna kapitalbrist skulle vara, var avhängig av hur vissa tillgångar värderades (värdet av ett fartyg). Vad som i målet anfördes till stöd för påståendet, att bristen varit av övergående natur, då den berott på vissa tillfälliga ogynnsamma omständigheter, häribland att låntagarens kredit var god, att han utan svårighet kunnat anskaffa borgen till höga belopp, att han haft berättigad anledning att vänta ett avsevärt arv efter sin fader samt att hans ekonomi högst väsentligt förbättras genom förvärvet av aktierna i Suecia, vilka haft ett betydligt högre värde än den för desamma erlagda köpeskillingen, tillmättes ingen betydelse av underinstanserna.

Solvensprövningen i övrig HD-praxis är av samma summariska karaktär[123], så t ex i Sveton-målet (NJA 1980 s 311, s 314): "Det synes klart att regressgäldenärerna ej varit solventa för beloppet". Det råder däremot inget tvivel om att Högsta domstolen i Sveton-målet förutsatt

fattning utlånat medel till en insolvent aktieförvärvare.) Jfr samma ordval i minoritetens mening, s 625. Formuleringssättet återkommer i det s k Sveton-målet NJA 1980 s 311, s 316: "Lån av ifrågavarande slag har alltså i princip ansetts kunna utgöra olovlig vinstutdelning. 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". Vid en prövning av solvensen finner Högsta domstolen också i målet, att gäldenärerna "ej varit solventa för beloppet".

[122] NJA 1951 s 6 I, s 25.

[123] Se bl a NJA 1951 s 6 II, s 37: "Denna fordran saknade emellertid, på grund av [låntagarens] ekonomiska ställning, praktiskt taget värde". Även här grundades Högsta domstolens slutsats på bedömningen i underinstanserna, som var av mycket översiktlig natur. (Jfr hovrättens bedömning: "Med hänsyn till vad som blivit upplyst om [låntagarens] ekonomiska ställning vid ifrågavarande tid måste bolagets fordran hos honom anses hava varit värdelös eller i allt fall haft ett värde som uppgått till allenast en ringa del av fordringens belopp".) I NJA 1966 s 475 konstateras också helt kort att mot bakgrund av vad som upplysts i målet angående låntagarens ekonomiska ställning, aktiebolagets fordran mot låntagaren saknat varje värde. I NJA 1976 s 618 förekommer för första gången uttrycket "insolvent" i det att Högsta domstolen konstaterar att låntagaren varit insolvent vid tidpunkten för upptagande av lånet. Någon närmare utredning beträffande solvensen presenteras inte i domskälen.

en solvensprövning. I NJA 1990 s 343 synes emellertid Högsta domstolen konsekvent undvika uttrycket solvens och istället efterfråga, om låntagarens ekonomi vid lånetillfället var sådan, att återbetalning inte kunde påräknas, eller med andra ord, huruvida låntagaren, när lånet lämnades, hade så svag ekonomi att det inte kunde påräknas att lånet skulle återbetalas[124].

> Målet gällde ett dotterbolags lån till sitt moderbolag. Lånebeloppet (ca 11,5 milj kr) utbetalades under en period om ca fyra veckor, varvid skall tilläggas att en del av beloppet (ca 1 milj kr) utbetalades under ett tidigare tillfälle, men att låneskulden beträffande detta belopp uppkom inom den nämnda fyraveckorsperioden. Den person som svarade för såväl beslut som verkställande av lånet var styrelseledamot i moderbolaget och hade rätt att ensam teckna bolagets firma. Han hade dessutom, på grund av fullmakt från styrelsen i dotterbolaget, rätt att ensam teckna detta bolags firma

För utbetalningsförbudets tillämplighet var således avgörande huruvida det låntagande moderbolaget i låneögonblicket hade en förmåga att återbetala lånen, varvid moderbolagets återbetalningsförmåga under den nämnda fyraveckorsperioden skulle bedömas. Det förhållandet, att Högsta domstolen icke bedömde varje enskilt lån för sig (sammanlagt fyra olika lån) mot bakgrund av låntagarens återbetalningsförmåga vid varje enskilt lånetillfälle, skall icke betraktas som en avvikelse från principen att det avgörande skall vara återbetalningsförmågan i låneögonblicket; hade något inträffat under den nämnda fyraveckorsperioden, som påverkat låntagarens sufficiens eller solvens i den ena eller andra riktningen på ett påtagligt sätt, skulle med all säkerhet Högsta domstolen med utgångspunkt från detta ha sett sig tvungen att följa den aktuella principen mera strikt.

> Av centralt intresse för bedömningen av återbetalningsförmågan är frågan om *bevisbördans placering* när, såsom fallet var, parterna i målet har olika uppfattningar om återbetalningsförmågan i låneögonblicket. Hovrättens ståndpunkt i denna fråga var, att det ankom på låntagaren och den på grund av ABL 12:5 återbetalningsskyldige (förutsatt att övriga rekvisit uppfylls), att visa att dess ekonomiska ställning i låneögonblicket var sådan, att återbetalning av lånet kunde påräknas. Högsta domstolen var av annan mening, och fann att enligt allmänna bevisgrundsatser, som det saknades anledning att frångå i fallet, det

[124] Se NJA 1990 s 343, s 348.

fick anses vara långivarens eller dess företrädares sak att styrka påståendet om låntagarens ifrågavarande oförmåga.

Längre än så fördes icke diskussionen om bevisbördeproblematiken i Högsta domstolen. Mot bakgrund härav synes Högsta domstolens hänvisning till allmänna bevisgrundsatser vara en smula vag. Att fråga är om bevisbördederegler i tvistemål faller visserligen av sig självt, men att det skulle finnas allmänna bevisgrundsatser som utan vidare kan läggas till grund för bevisbördans placering i målet, är ingalunda självklart. Varför hovrättens placering av bevisbördan, vilken kan synas vara naturligare med hänsyn till att låntagaren kontrollerar underlaget för bevisningen i högre grad än långivaren (bevismaterialet ligger inom låntagarens "maktsfär"), skulle vara mindre förenlig med allmänna bevisgrundsatser än Högsta domstolens bevisbörderegel, ger Högsta domstolens hänvisning ingen anvisning om. Annorlunda förhåller sig saken om Högsta domstolen genom sin hänvisning anslutit sig till konkurslagens bevisbörderegler, nämligen de rättsregler som fastställer vem som har att visa solvens respektive insolvens. Det är inte osannolikt att Högsta domstolen tagit just konkurslagens bevisbörderegel till utgångspunkt för bedömningen av bevisbördans placering i målet. Vad som talar häremot är emellertid, att någon referens till konkursrätten inte sker, vilket under sådana förhållanden hade varit naturligt. En annan svårighet är tillämpningen inom ramen för aktiebolagslagens låneförbudsregler av de hjälpregler som utbildats inom konkursrätten (presumptionsregler), vilkas innebörd i korthet kan sägas vara, att när vissa rättsfakta i enlighet med hjälpreglerna föreligger, gäldenären skall anses vara insolvent om denne ej visar motsatsen. Huruvida en analogivis tillämpning överhuvudtaget kan komma ifråga är höljt i dunkel; till detta skall läggas andra tillämpningssvårigheter som uppträder när en konkurssituation icke är för handen. Till dessa frågor saknade tydligtvis Högsta domstolen anledning att ta ställning, eftersom några omständigheter som skulle kunna föranlett tillämpning av hjälpreglerna icke förelåg i målet.

Det återstår emellertid att ta ställning till om bevistemat enligt Högsta domstolens är insolvens eller något annat. Mats Müllern hävdar i en analys av fallet[125], att "Högsta domstolen nöjer sig med att konstatera att det vid tidpunkten ifråga förelåg risk för obestånd". Obeståndet, menar Müllern, inträffade enligt Högsta domstolens bedömning en kort tid efter den aktuella tidsperiod som omfattades av Högsta domstolens prövning (den fyra veckor långa utlåningsperioden), varvid Müllern drar följande slutsatser:

"Det tycks således icke krävas bevisning om fullgången insolvens. Jämför man sedan med domskälen kring insufficiensen får jag närmast uppfattningen att där krävs full bevisning om att skulderna överstiger till-

[125] Müllern, Lån från dotterbolag till moderbolag har med hänsyn till låntagarens ekonomi ansetts som förtäckt vinstutdelning, JT 1990–91, s 85, s 86 f.

gångarna. Prövningen av insufficiensen och insolvensen är således olika."

Det finns skäl att ifrågasätta riktigheten av Müllerns analys i denna del. Sedan Högsta domstolen avgjort bevisbördefrågan enligt ovan, övergår domstolen till att pröva låntagarens ekonomiska ställning i låneögonblicket (d v s den fyra veckor långa utlåningsperioden). Termen insolvens eller obestånd förekommer inte i de i denna del ifrågavarande domskälen, och såtillvida har alltså Müllern rätt att Högsta domstolen inte, *expressis verbis*, uttalar att en insolvensprövning sker. Bevistemat formuleras vid upprepade tillfällen istället så, att frågan är huruvida låntagaren i utlåningsögonblicket hade förmåga att återbetala lånet ("betalningsförmåga", "förmåga att återbetala lånen", "förmåga att fullgöra sin återbetalningsskyldighet", "återbetalningsförmåga", etc)[126]. Att föremålet för Högsta domstolens prövning varit frågan om låntagarens återbetalningsförmåga *i låneögonblicket* står också klart. I samband med denna prövning inleder Högsta domstolen med att konstatera, att låntagaren någon tid *efter* låneperioden (ca 4 – 6 veckor efter låneperioden) på grund av vad som framkommit i målet saknade den aktuella återbetalningsförmågan. Ehuru denna omständighet talar för att låntagaren saknade återbetalningsförmåga redan under utlåningsperioden, kan den såsom Högsta domstolen bedömer saken inte vara avgörande härför. Inom ramen för prövningen gör Högsta domstolen även en bedömning av låntagarens sufficiens. Enär uppgifter om tillgångar och skulder avseende den aktuella utlåningsperioden saknades, bedömdes sufficiensen mot bakgrund av en balansräkning per ett senare datum (ca 5 månader senare), vilken balansräkning dock tillskrevs ett begränsat bevisvärde. Det stod emellertid klart, att låntagarens skulder vid denna senare tidpunkt vida översteg tillgångarna. Det får antas att denna omständighet påverkade Högsta domstolen i bedömningen av huvudfrågan, nämligen om låntagarens återbetalningsförmåga, särskilt som tillgångssidan i allt väsentligt utgjordes av tre fastigheter. Till ytterligare stöd för att den sagda återbetalningsförmågan vid lånetillfället saknades anförde Högsta domstolen, att låntagaren under den aktuella tidsperioden hade svårigheter att med egna medel klara av redan löpande utgifter; dessa erlades till en del med lånade medel. Vidare förelåg stor risk för att seriösa kreditgivare skulle komma att

[126] Se NJA 1990 s 343, s 349 f.

säga upp sina krediter med följd att låntagaren blev satt ur stånd att fullgöra även löpande betalningar.

För att låntagaren skulle vara förmögen att återbetala lånen ifråga anfördes i målet i allt väsentligt endast att låntagarens huvudsakliga tillgång, nämligen fastigheterna, kunde förväntas stiga i värde samt att möjligheter fanns att låna ytterligare medel av det tidigare långivande dotterbolaget, enär bolagen betraktades som en enhet. Högsta domstolen tillmätte emellertid inte sistnämnda förhållande någon betydelse; för den händelse möjligheten att låna ytterligare medel från dotterbolaget utnyttjades, skulle ju låneskulden öka ytterligare och balansen mellan tillgångar och skulder än mer försämras. Att ett koncernförhållande förelåg, samt att bolagen betraktades som en enhet, var icke ägnat att på något sätt påverka denna bedömning. Fastigheternas eventuella värdeökning skulle vidare låntagaren få svårigheter att tillgodogöra sig i en framtid, bl a med hänsyn till att dessa skulle kunna komma att tillfalla kreditgivarna, särskilt som låntagaren hade svårigheter att bestrida de löpande utgifterna. Högsta domstolens slutsats av det anförda var, att låntagarens ekonomiska ställning redan under den aktuella låneperioden var så bräcklig att dotterbolagets fordringar med anledning av lånen redan från början måste anses ha varit praktiskt taget värdelösa. Högsta domstolen bedömde således att låntagaren redan under låneperioden saknade återbetalningsförmåga.

Det ovan givna referatet av domskälen ger vid handen, att föremålet för Högsta domstolens prövning tvivelsutan var frågan, huruvida låntagaren under låneperioden saknade återbetalningsförmåga, och icke huruvida vid tidpunkten ifråga *risk* för obestånd förelåg, förutsatt att med bristande återbetalningsförmåga avses insolvens (betalningsoförmåga som icke är alldeles tillfällig); detta synes vara rimligt: även om termerna obestånd och insolvens, som tidigare nämnts, icke förekommer i domskälen – den prövning som sker om återbetalningsförmågan har i vart fall till identitet gränsande likheter med solvensprövningen innefattande en prognos om framtida betalningsförmåga, intäkter, förvärvsmöjligheter, – synes ingenting i domskälen kunna leda till slutsatsen, att redan risk för obestånd är tillfyllest eller att det inte skulle krävas bevisning om "fullgången insolvens". Vilken styrka som i bevisbördehänseende skall krävas av bevisningen om insolvens har däremot inte närmare redovisats av Högsta

domstolen. Det är heller ej uttalat om det skall krävas lika stark bevisning om insolvens som vid en konkursansökning ingiven av annan än konkursgäldenären. Någon skillnad i bevisbördehänseende mellan insufficiensen och insolvensen som bevistemata kan ej heller urskiljas, i den mån insufficiensen överhuvudtaget utgör ett bevistema; snarare synes insufficiensprövningen, såsom ovan nämnts, utgöra ett led i insolvensprövningen (d v s ett ytterligare bevisfaktum, men inte ett självständigt bevistema).

Mycket talar således för att vid tillämpningen av utbetalningsförbudet i aktiebolagslagen också frågan om ett lån är vederlagsfritt i förbudets mening prövning skall ske av låntagarens solvens i låneögonblicket. Befinns sedan insolvens föreligga, kan en slutsats dras av värdet av den fordran som blir resultatet av lånet. Med andra ord, följer obestånd, är denna fordran praktiskt taget värdelös. (Givetvis under förutsättning att säkerhet ej ställts.)

3.5.3 Andra kriterier för vederlagsfrihet

Kriteriet för vederlagsfrihet vid lån (som skall utvecklas nedan beträffande säkerheter), som hitintills diskuterats, är låntagarens återbetalningsförmåga. Prövningen av återbetalningsförmågan har ovan jämställts med den solvensprövning som förekommer i konkurssammanhang. Avgörande har härvid befunnits vara gäldenärens allmänna betalningsförmåga. Frågan huruvida borgenärens fordran på grund av lånet skall aveller nedskrivas har sagts vara beroende av denna betalningsförmåga. Saken kan också uttryckas så, att den gäller att göra en rimlig bedömning av vad som kan beräknas inflyta på grund av fordringen och följaktligen till vilket belopp fordringen skall upptas i bolagets balansräkning. Till utgångspunkt för värderingen av fordringen skulle lämpligen kunna tas bokföringslagens (1976:125) principer härom (16 §). Häri stadgas, att "fordran som är osäker, tages upp till belopp varmed den beräknas inflyta" och att "värdelös fordran får ej tagas upp som tillgång". Bestämmelsen är tillämplig oberoende av om fordran är omsättnings- eller anläggningstillgång, men överensstämmer med vad som i fråga om omsättningstillgångar kan anses följa av lägsta värdets princip enligt bokförings-

lagens 14§, första och andra stycket, och i fråga om anläggningstillgångar av bestämmelsen i bokföringslagens 15 §, tredje stycket, om nedskrivning. Härav sägs följa, att nedskrivningsskyldigheten blir mer ovillkorlig och direkt än vad som följer av sistnämnda stadganden, om fordran utgör en anläggningstillgång. Förklaringen härtill är, att det inte finns "någon möjlighet att underlåta nedskrivning med hänvisning till att osäkerheten kan antas vara endast tillfällig"[127]. Nedskrivning bör ske så snart förlustrisk kan förutses. Värderingen av fordringarna bör dessutom ske kontinuerligt.

Även prövningen av huruvida av- eller nedskrivning bör ske är en prövning av gäldenärens betalningsförmåga och således i första hand en solvensprövning. Måhända föreligger en distinktion såtillvida, att en av- eller nedskrivning som ett led i en försiktig redovisning icke förutsätter konstaterad insolvens, utan att det är tillfyllest att gäldenären är i det närmaste insolvent (eller till och med på god väg att bli det). Något uttalande i denna riktning har visserligen inte gjorts i förekommande rättspraxis, men Högsta domstolens nogsamma undvikande av termen "insolvens" i vissa av fallen, och särskilt i det senaste fallet av betydelse (det s k Nordanland-fallet, NJA 1990 s 343), tyder på att det är av- eller nedskrivningsbehovet som tagits till utgångspunkt; i vissa av fallen, t ex Svetonmålet, NJA 1980 s 311, används dock termen "insolvens" förbehållslöst. Goda skäl finns således för antagandet, att det närmast är av- eller nedskrivningsbehovet vid en försiktig redovisning med hänsyn tagen till gäldenärens svaga ekonomiska ställning som är det tillämpliga kriteriet för bedömningen av ett låns vederlagsfrihet. Den s k goda redovisningsseden kan härvid påbjuda av- eller nedskrivning, oaktat att gäldenären ännu ej är på obestånd, men att det föreligger en klar risk för detta[128]. Kan å andra sidan insolvensen konstateras, är det uppenbart att avskrivning måste ske. Detta är möjligen förklaringen till att Högsta domstolen i Sveton-målet begagnade sig av termen "insolvens".

Vad som sedan återstår att pröva är om ytterligare kriterier för vederlagsfriheten är giltiga. Givetvis kan, såsom skall beröras närmare nedan, av- eller nedskrivningsbehovet aktualiseras även vid förekomsten av

[127] Se Kedner/Roos, s 74.
[128] Därvidlag måste Müllern ges rätt, se ovan vid fotnot 62.

andra omständigheter än bristande återbetalningsförmåga. Bland sådana omständigheter kan nämnas att låneavtalet formulerats på ett sådant sätt eller har i övrigt ett sådant innehåll, att det mer eller mindre klart framgår, att lånet icke alls eller endast delvis avsetts att återbetalas, d v s frågan skulle i själva verket vara om s k skentransaktioner. En reglering av skulden kan också utebli på grund av preskription eller preklusion, eller helt enkelt på grund av att gäldenären avvikit till okänd ort, helt oberoende av återbetalningsförmågan i sig.

Av större intresse är emellertid frågan om *andra kriterier* än sådana som anknyter till av- eller nedskrivningsbehovet kan göras gällande. Såsom närmare skall framgå nedan, har såväl Rodhe som Nial[129] hävdat, att såsom vederlagsfritt skall betecknas varje lån (pant, borgen och annan säkerhet) som icke är affärsmässigt betingad i en mera allmän mening. I den nu följande diskussionen härom får initialt förutsättas, att något sakligt skäl icke föreligger för att särbehandla lån och säkerheter. Huruvida ett dotterbolag lånar direkt till sitt moderbolag, eller ställer säkerhet för moderbolagets lån av annan, saknar således i det förevarande sammanhanget betydelse.

För det fall således Rodhe menar, att ett lån är vederlagsfritt så snart det icke är affärsmässigt betingat i den meningen att det långivande bolaget icke har ett affärsmässigt intresse i själva lånet (det ligger endast i det låntagande moderbolagets intresse eller i koncernens intresse) – måhända ligger också lånet utanför långivande bolags verksamhetsföremål och är dessutom oförenligt med vinstsyftet – blir den omedelbara följdfrågan, i vilken utsträckning detta förhållande är ägnat att påverka det långivande bolagets bundna kapital eller över huvud innebära förluster för det bolaget. En av- eller nedskrivning kan ju icke komma ifråga uteslutande av det skälet att lånet ligger utanför såväl verksamhetsföremål som vinstsyfte. Vad skall vidare gälla om för ett lån till t ex moderbolaget betingats säkerhet och/eller en ränta motsvarande vanlig bankränta? Vad är innebörden av att ett aktiebolag saknar "eget intresse" av ett lån eller säkerhet till moderbolag eller annan (jfr Rodhe, s 128). I såväl Rodhes som Nials framställningar saknas närmare anvisningar härom. I själva verket torde

[129] Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 112 ff och Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 21 ff.

det hela slutgiltigt utmynna i en fråga om av- eller nedskrivningsbehov på grund av en bedömning av vad som kan beräknas inflyta.

I den rättspraxis som föreligger och som refererats ovan, har icke framskymtat något annat kriterium än det som sammanhänger med gäldenärens återbetalningsförmåga och eventuella av- eller nedskrivningsbehov på grund härav. Kan det förhålla sig så, att domstolarnas val av kriterium härutinnan begränsats av det sätt på vilket parterna utfört sin talan i de aktuella målen? En analys av hur talan och särskilt grunderna utformats i de ifrågavarande målen visar emellertid, att ett antagande i denna riktning saknar all grund. I regel har grunderna för att göra gällande olovlig vinstutdelning (eller att bestrida förmånsrätt, m m) varit mycket allmänt utformade, och i inget fall har de formulerats så att de har verkat inskränkande på domstolarnas prövning av vederlagsfriheten. Det kan följaktligen hållas för visst, att domstolarna givits full frihet att fastställa och pröva kriterier för bedömningen av vederlagsfriheten i förekommande rättspraxis, och domstolarna har härvidlag funnit, att kriteriet skall vara det som ovan åberopats, nämligen gäldenärens återbetalningsförmåga, och eventuella av- eller nedskrivningsbehov på grund härav, oberoende av om transaktionen gällt ett lån eller säkerhet. Såvitt gäller kriterierna för vederlagsfrihet vid säkerställande, utvecklas det nu anförda ytterligare nedan. Först skall emellertid frågan ställas, om vederlagsfria lån enligt vad som diskuterats ovan kan under vissa betingelser vara affärsmässiga, d v s kan vederlagsfria lån i ovan angiven mening på grund av tilläggsomständigheter bedömas vara *icke* vederlagsfria.[130]

[130] Lindskog, Kommentar, s 41 f, synes dock vara av annan mening. Oaktat Högsta domstolens uttalanden i en omfattande rättspraxis, vilken till stor del refererats ovan, förklarar Lindskog, att kapitalanvändning också kan föreligga i fall där bolagsgäldenären har en återbetalningsförmåga. Detta skulle bl a vara fallet där "kreditrisken är så stor, att den klart har motiverat särskild kompensation". För det fall vid en "professionell kreditvärdighetsbedömning" skulle befinnas, utvecklar Lindskog, "att den ränta som bolaget har betingat sig är lägre än vad låntagaren skulle ha behövt betala vid upptagandet av lånet på kreditmarknaden, föreligger en kapitalanvändning" (förutsatt uppsåt). Avsaknaden av adekvat kompensation för en mer eller mindre riskfylld kredit skulle således enligt Lindskogs betraktelsesätt utgöra kapitalanvändning (motsvarande vederlagsfri utbetalning eller vinstutdelning). Jfr med vad Lindskog anför i samma verk s 53 f. Notera emellertid att Lindskog här uteslutande synes diskutera låneavtalets räntedel, alltmedan vad som varit ifråga i ovan refererade rättspraxis var kapitaldelen. Om bolagsgäldenären såvitt gäller kapitaldelen saknar återbetalningsförmåga, spelar väl knappast någon roll hur hög ränta eller annan kompensation som avtalas, eftersom någon betalning av denna heller ej kan påräknas. Såvitt gäller räntedelen har dock Lindskog rätt i att denna bör sättas i relation till kreditrisken och marknadsräntan, vid äventyr eljest att skillnaden mellan

3.5.4 Kan vederlagsfria lån var affärsmässiga?

Under avsnittet ovan har olika kriterier för vederlagsfrihetsprövningen bedömts. Det har härvid befunnits, att ett lån är att beteckna som vederlagsfritt, om låntagaren i låneögonblicket saknar återbetalningsförmåga, och fordran hos denne låntagare – med utgångspunkt från de omständigheter som föreligger i låneögonblicket – är mindre värd än vad lånets kapitalbelopp utvisar, d v s att fordran på grund av omständigheterna måste ned- eller avskrivas (jfr bokföringslagens 16 §). Det har också i det föregående avsnittet gjorts gällande, att något annat kriterium för vederlagsfrihet icke synes kunna aktualiseras; det kriterium som anges i avsnittet är, enligt min bedömning, det enda kriterium, som kan läggas till grund för slutsatsen att ett lån är vederlagsfritt. Att ett lån icke är affärsmässigt av andra skäl, t ex därför att det icke ges i "eget intresse", eller att ett koncernintresse eller motsvarande saknas, är förhållanden som saknar relevans för slutsatsen, att lånet är vederlagsfritt (icke affärsmässigt betingat). Den rättspraxis som föreligger ger inget stöd för att pröva att ett lån skulle kunna vara vederlagsfritt på andra grunder än de nu nämnda.

Det sagda hindrar emellertid inte, att ett lån befinns vara affärsmässigt – eller icke vederlagsfritt – på grund av vissa ytterligare omständigheter, trots att förutsättningarna för vederlagsfrihet enligt nu angivna grunder i

marknadsräntan för den beviljade krediten och den faktiskt betingade räntan ses som en vederlagsfri utbetalning (kapitalanvändning). Det är möjligt att det är endast detta som Lindskog åsyftar med sitt resonemang. Förbryllande är i så fall uttalandet om att frågan om låntagarens insolvens eller insufficiens är irrelevant och att avgörande skulle vara "professionell kreditvärdesbedömning". Liknande svårigheter stöter läsaren på när Lindskog skall bestämma kapitalanvändningsvärdet av en kredit. Härvid uttalar Lindskog (se Kommentar, s 53) följande: "I princip bör kapitalanvändningsvärdet svara mot skillnaden mellan lånefordringens nominella belopp och det värde fordringen med hänsyn till omständigheterna kan ha och enligt GRS [god redovisningssed] skall redovisas till." (Fotnot utelämnad.) Så långt finns inga invändningar. Uttryckssättet är ett alternativ till vad som ovan sagts beträffande en fordrings värde med beaktande av ned- eller avskrivningsbehov. Lindskog tillägger emellertid: "Kapitalanvändningsvärdet bör således svara mot det diskonterade nuvärdet av skillnaden mellan marknadsmässig och faktisk ränta." Med "faktisk ränta" synes Lindskog avse den ränta som *avtalats*. Om ingen ränta avtalats för en 5-årig kredit, skall enligt Lindskogs exempel kapitalanvändningsvärdet motsvara det diskonterade nuvärdet av den marknadsmässiga räntan på krediten. Den marknadsmässiga räntan får härvid antas öka med kreditrisken. Men vad skall gälla i det fall där marknadsmässig ränta avtalats för den 5-åriga krediten och gäldenären på grund av betalningssvårigheter vid lånetillfället inte kan förväntas erlägga något annat än en mindre del av räntan och överhuvudtaget icke någon del av kapitalbeloppet?

och för sig är uppfyllda. Det är således inte uteslutet, att ett lån som i och för sig är vederlagsfritt ändå ses som affärsmässigt – eller icke vederlagsfritt – med hänsyn till tillkommande omständigheter. Som ett exempel kan nämnas följande. Ett aktiebolag producerar tillverkningsmaskiner. Vitala delar av tillverkningsmaskinerna tillhandahålls av en underleverantör. Antag att underleverantören av olika skäl får ekonomiska svårigheter och blir insolvent. Under normala förhållanden skulle ett lån från aktiebolaget till underleverantören karakteriseras som en vederlagsfri utbetalning, särskilt som aktiebolaget icke kan påräkna återbetalning av lånet. Antag emellertid att aktiebolagets överlevnad och verksamhet i vad avser produktionen av tillverkningsmaskinerna i hög grad är avhängigt av underleverantörens fortbestånd och leverans av de vitala komponenterna till maskinerna och att aktiebolaget ser som enda utväg för att säkra leveransen av dessa komponenter, att ett lån ges till underleverantören. I denna situation synes, på grund av de speciella förhållandena, lånet trots allt icke kunna betecknas som vederlagsfritt, utan snarare affärsmässigt. Eftersom någon vederlagsfri utbetalning icke äger rum på grund av lånet, saknar det betydelse huruvida utbetalningen inkräktar på det bundna kapitalet i aktiebolaget.

Det är givetvis möjligt att konstruera andra exempel, mer eller mindre realistiska, som på grund av specifika omständigheter ger skäl för slutsatsen, att lån till icke betalningsdugliga låntagare kan vara affärsmässiga, och sålunda icke vederlagsfria. Här, liksom eljest i fråga om utbetalningar, får en samlad bedömning ske av samtliga omständigheter av relevans för frågan om vederlagsfrihet. Någon rättspraxis (eller uttalande i doktrin eller förarbeten) som stödjer detta synsätt föreligger icke; emellertid är enligt min mening synsättet befogat.

3.5.5 Särskilt om kriterier för vederlagsfrihetsprövningen vid borgen, pant och andra säkerheter

Utlåningsförbuden i ABL 12:7 är tillämpliga, *mutatis mutandis*, på ställande av säkerhet[131]. Genom att utvidga förbuden till ställande av säkerhet hindras uppenbarligen kringgåenden av utlåningsförbuden. Från borgenärsskydds- och skatteflyktssynpunkt torde effekten vara densamma, oavsett om ett aktiebolag lämnar lån direkt eller ställer säkerhet för lån som upptas hos tredje man.

Ställandet av säkerhet kan liksom lämnandet av lån emellertid också stå i strid med utbetalningsförbudet under liknande förutsättningar, nämligen att säkerheten är vederlagsfri och den dessutom inkräktar på det bundna kapitalet (går utöver utdelningsbara vinstmedel). Även i detta sammanhang finns anledning att erinra om de aktiebolagsrättsliga begränsningar som gäller utöver vad som påbjuds av den borgenärsskyddsregel som utbetalningsförbudet utgör. Här avses närmast begränsningar i bolagsorganens befogenhet på grund av uppdrag eller instruktion av överordnat bolagsorgan, eller andra begränsningar i form av föreskrifter i bolagsordningen, särskilt rörande föremålet för bolagets verksamhet, syftet med bolagets verksamhet samt begränsningar på grund av generalklausulen och likhetsprincipen främst till skydd för minoritetsaktieägare[132]. Eftersom nyssnämnda begränsningar är uppställda i aktieägarens intresse, bortfaller de om aktieägarna är eniga om transaktionen ifråga eller i vissa fall t o m när ingen aktieägare framställer invändningar emot beslut om att transaktionen skall genomföras (passivitet)[133].

Såsom Nial på ett mycket förtjänstfullt sätt har klargjort, skall varje transaktion, så även ställandet av säkerhet, bedömas från två utgångspunkter, nämligen huruvida transaktionen strider mot de begränsningar som kommit till uttryck i minoritetsskyddsreglerna, och huruvida den står

[131] Se ABL 12:7, 4 st, vari stadgas att "bestämmelserna i denna paragraf om förbud mot penninglån äger motsvarande tillämpning i fråga om ställande av säkerhet".

[132] Se närmare härom i Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser. Till dessa begränsningar kan även läggas begränsningar på grund av jävsreglerna i ABL 8 kap.

[133] Se härom diskussionen av Nial, *op. cit.* s 19 f. I allmänhet torde verkställighet av beslut kunna ske även om icke alla aktieägare deltagit i beslut eller samtyckt till beslut eller åtgärd, men klandertalan icke väckts inom den i ABL 9:17 stadgade klanderfristen om tre månader från beslutets dag.

i strid med utbetalningsförbudet[134]. Innebörden av det ovanstående torde vara, att en transaktion icke kan anses vara ogiltig, även om den står i strid med de begränsningar som gäller till skydd för aktieägarna, förutsatt att dessa samtyckt härtill eller avstått från att klandra beslut härom. Till och med om samma transaktion är vederlagsfri i utbetalningsförbudets mening, föreligger inte ogiltighet, om transaktionen inte inkräktar på det bundna kapitalet eller, vice versa, om den inkräktar på sagda kapital men inte är vederlagsfri. Här, liksom ifråga om andra transaktioner, är det väsentligt att skilja på de begränsningar som gäller på grund av de dispositiva minoritetsskyddsreglerna och de som gäller på grund av utbetalningsförbudet.

Lämnas sedan minoritetsskyddsreglerna därhän, och koncentreras framställningen till tillämpningen av utbetalningsförbudet, uppkommer i första rummet frågan när ett ställande av säkerhet skall anses vara vederlagsfritt. Tidigare har i den föreliggande framställningen hävdats, att utbetalningsförbudets tillämpning förutsätter uppfyllandet av de två huvudrekvisiten, nämligen vederlagsfrihet och intrång på det bundna kapitalet. Beträffande gåvor och gåvoliknande transaktioner har vederlagsfrihet ansetts föreligga vid ett uppenbart missförhållande mellan prestationerna i en viss transaktion. Koncernbidraget är definitionsmässigt vederlagsfritt. Såvitt avser lån har ovan angivits, att sådana är vederlagsfria när låntagaren i låneögonblicket saknat förmåga att återbetala lånet. Några andra kriterier för vederlagsfrihet har ej åberopats i rättspraxis. Viss vederlagsfrihet kan även ligga i det förhållandet att för lånet ej uttas ränta eller en uppenbart för låg ränta i förhållande till marknadsränta. Veder-

[134] Se Nial s 22, där följande tre fall uppställts:
1. En transaktion, som visserligen är företagsekonomiskt diskutabel, kanske olämplig, men när den görs inte framstår som uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte och inte heller bereder någon en otillbörlig fördel till bolagets nackdel, är giltig. Detta gäller även om situationen skulle utvecklas så att transaktionen visar sig medföra intrång i det bundna kapitalet.
2. En transaktion som är uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller bereder någon en otillbörlig fördel till bolagets nackdel men inte strider mot borgenärsskyddsreglerna, d v s inte tar i anspråk mer än utdelningsbar vinst, är giltig, om alla aktieägarna samtycker till den eller bolagsstämmobeslut om transaktionen lämnas oklandrat.
3. Om transaktionen inte bara är uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller medför otillbörlig fördel för medkontrahenten till bolagets nackdel utan också tar i anspråk mer än utdelningsbar vinst, blir den ogiltig även om alla aktieägarna samtyckt till den.
Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 126 f.

lagsfriheten får i sådant fall ligga i underlåtenheten att ta ut marknadsränta och beräknas till skillnaden mellan den aktuella räntan och marknadsräntan, förutsatt att, såsom i gåvoliknande transaktioner, diskrepansen är avsevärd eller gåvoavsikt blottlagd.

Såvitt gäller ställandet av säkerhet synes Nial (i vad avser borgensförbindelser) och Rodhe[135] ge vederlagsfrihetsrekvisitet en delvis annan innebörd. Rodhe har sökt besvara frågan, när finns det fog för att betrakta en borgen eller en pant såsom lämnad utan vederlag – till synes influerad av Nial – med utgångspunkt från de begränsningar som inryms i minoritetsskyddsreglerna såvitt avser bolagets transaktioner. Således skall enligt Rodhe (och Nial) till grund för bedömningen av vederlagsfriheten ligga bl a en analys av transaktionen ifråga i ljuset av bolagets verksamhetsföremål och syfte samt huruvida transaktionen enligt generalklausulen i ABL 8:13 och 9:16 bereder någon "otillbörlig fördel" till nackdel för bolaget. I enlighet med vad som ovan angivits skall enligt Nials uppfattning minoritetsskyddsreglerna i dessa delar även tillämpas vid bedömningen av om en transaktion står i strid med borgenärsskyddsreglerna, d v s vederlagsfrihetsrekvisitet utgörs i själva verket av nu nämnda inslag i minoritetsskyddsreglerna[136]. Såsom ovan berörts[137] föreligger emellertid

[135] Nial, *op. cit.*, s 22 ff och Rodhe *op. cit.*, s 127 ff.

[136] Se härom Nial, *op. cit.*, s 22 vid fotnoterna 1 och 2, i vilket sammanhang Nial anför följande:

"Som förut framhållits kan ogiltigheten av åtgärder i strid mot bolagets vinstsyfte eller mot generalklausulen bortfalla genom samtycke av alla aktieägarna eller genom bolagsstämmas oklandrade beslut. Det är emellertid givet att det borgenärsskydd, som är uttryckt i reglerna om högsta tillåtna vinstutdelning, måste gälla även mot transaktioner till förmån för tredje man. Transaktioner som kränker detta skydd måste därför kunna bli ogiltiga, oavsett att alla aktieägarna givit sitt samtycke till transaktionen. Men även i fråga om sådana transaktioner bör bolagsorganen ha den rörelsefrihet som följer av att ogiltighet endast drabbar åtgärder som är uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller bereder tredje man otillbörlig fördel till bolagets nackdel." (Fotnoter utelämnade.) Till detta lägger Nial följande kommentar i fotnot 2:

"Rodhe: Aktiebolagsrätt (9 uppl 1978) s 107 vill begränsa ogiltigheten till transaktioner som motsvarar stadgandet i 31 § konkurslagen om återvinning av gåva, d v s då det 'uppenbarligen föreligger ett sådant missförhållande mellan utfästelserna på ömse sidor, att det är uppenbart att transaktionen delvis har karaktär av gåva' ". (31 § konkurslagen motsvaras numera i princip av konkurslagen 4:6.)

Och Nial fortsätter:

"Härtill må anmärkas: Aktiebolagsrättens regel att förutsättning för en åtgärds ogiltighet är att den är 'uppenbart' främmande för bolagets syfte eller enligt generalklausulen bereder någon 'otillbörlig' fördel ingår i minoritetsskyddssystemet och avser inte i första hand transaktioner som strider mot borgenärsskyddsreglerna. Men det synes naturligt att även för transaktioner av sistnämnda slag tillämpa de i aktiebolagsrätten använda kri-

svårigheter vid tillämpningen av minoritetsskyddsreglerna vid bedömningen av frågan om vad som skall anses utgöra en vederlagsfri transaktion, främst i det att dessa regler är alltför allmänt hållna för att ge vägledning i denna fråga; vad som är uppenbart främmande för bolagets syfte eller bereder någon otillbörlig fördel till nackdel för bolaget torde kunna reduceras till frågan om förhållandet mellan prestationerna eller utfästelserna på ömse sidor i en viss transaktion. Det bör understrykas att endast de minoritetsskyddsregler kommer ifråga som sammanhänger med att bolagstransaktionernas värde för bolaget skall beräknas – transaktionerna skall vara beslutade och genomförda med sikte på vinst (vinstsyftet, vilket i allmänhet är ett aktiebolags verksamhetssyfte) och skall ej bereda otillbörlig fördel för annan till nackdel för bolaget –, varför frågan huruvida transaktionen faller inom ramen för aktiebolagets verksamhetsföremål endast har perifer betydelse, (en transaktion i strid med verksamhetsföremålet skall numera icke kunna vara ogiltig på grund av de ändringar i ABL 8:14 som träder i kraft den 1 januari 1995, och detta oavsett motpartens onda tro, varför en tillämpning av denna minoritetsskyddsregel skulle vara en anomali), såtillvida att det kan strida mot vinstsyftet att ägna sig åt annan verksamhet än den som anges i bolagsordningen.

Rodhe diskuterar inledningsvis de vid första anblicken okomplicerade fallen av ställande av säkerhet, nämligen där t ex borgen eller pant lämnas mot ett "konkret vederlag". Såsom det viktigaste exemplet härpå nämner Rodhe bankgarantierna eller liknande garantiförbindelser som i regel lämnas mot viss avgift. Fråga kan t ex vara om en prestationsgaranti till förmån för tredje man som en kund i banken givit i uppdrag åt banken att utfärda. Ett annat exempel som nämns av Rodhe är ställande av säkerhet såsom ett led i en mer omfattande affärstransaktion, vilken som helhet ger vardera parten fullgod valuta för det som presteras. "I intet av dessa fall", konstaterar Rodhe, "kan man säga att ställandet av säkerhet kan jämföras med en vederlagsfri utbetalning". Detsamma gäller det fall där ett bolag lämnar ett generellt understöd till ett annat företag i form av borgen eller pant för att på längre sikt uppnå affärsmässiga fördelar och

terierna och inte en annan lags normer. I realiteten torde för övrigt en analogiskt tillämpning av konkurslagens regler om återvinning av gåva knappast leda till andra resultat än den här angivna meningen."

[137] Se ovan fotnot.

det finns rimlig utsikt att dessa fördelar kan komma att förverkligas. Ej heller ett moderbolags ställande av säkerhet för kredit från tredje man till dotterbolag kan i regel ses som vederlagsfritt, eftersom den fördel som härigenom bereds dotterbolaget normalt kommer moderbolaget tillgodo genom en motsvarande ökning av dotterbolagsaktiernas verkliga värde, dock inte utan vidare det bokförda värdet. Mera komplicerat är rättsläget enligt Rodhe när ett dotterbolag ställer säkerhet för kredit lämnad till moderbolaget. För att icke vara vederlagsfri antar Rodhe att transaktionen måste motiveras av dotterbolagets egna intressen, t ex i det fall där dotterbolaget i största allmänhet gör affärer med moderbolaget, vilka underlättas av att moderbolaget har en god likviditet eller dotterbolaget från tid till annan erhåller krediter av moderbolaget. Såvitt gäller andra fall, t ex när ställandet av säkerhet är motiverat av koncernens behov av kredit, och inte särskilt av dotterbolagets behov, har Rodhe i brist på vägledande rättspraxis valt att icke ta ställning.

I ett annat sammanhang[138] lämnar emellertid Rodhe vissa allmänt hållna anvisningar om hur bedömningen skall ske. Avgörande skall enligt Rodhe, såsom när det gäller övriga former av transaktioner, vara huruvida en transaktion är affärsmässigt betingad eller inte. "För att avgöra om en pantsättning är affärsmässigt betingad bör man fråga om den har till syfte att tillföra det pantsättande bolaget affärsmässiga fördelar och om det finns rimligt fog för antagandet att det kan ha en sådan effekt. Huruvida transaktionen i det konkreta fallet är affärsmässigt klok eller inte synes mig vara irrelevant." Rodhe tillägger: "För att en transaktion inte skall vara affärsmässigt betingad – eller med andra ord vara vederlagsfri – måste det bakom transaktionen ligga en mer eller mindre klar gåvoavsikt"[139].

De allmänna anvisningar som lämnats av Rodhe synes i det enskilda fallet innebära att värdet av bolagets prestation, nämligen ställandet av säkerhet, skall jämföras med värdet av motprestationen från den låntagares sida, för vilken säkerheten ställts. Svårigheterna uppkommer emellertid när värdet av prestationen skall beräknas. Liksom ifråga om andra

[138] Se Rodhe, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1/1981, s 4 och densamme Ytterligare något om vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 4/1981, s 26.

[139] Se sistnämnda artikel ovan i fotnot 73, s 26 och förstnämnda artikel s 5.

transaktioner bör dock endast de transaktioner i vilka en uppenbar diskrepans föreligger till nackdel för bolaget betraktas som vederlagsfria.

I denna fråga lämnas mycket liten vägledning i rättspraxis och doktrin. Såvitt är bekant har frågan varit uppe till bedömning i Högsta domstolen endast i det s k Sveton-målet[140]. För omständigheterna i detta mål har redogjorts ovan. Här behandlas målet endast i den del det avser den nyss aktualiserade frågeställningen.

Direktören Sveton sålde genom avtal den 30 juli 1964 samtliga 500 aktier, envar lydande å 100 kr, i Svetons Mekaniska Verkstads AB till Allan Svensson och Sven-Olof Wargklev för en köpeskilling av 1.200.000 kr. Aktierna skulle överlåtas och rörelsen tillträdas den 15 september 1964. Enligt avtalet i övrigt skulle till säkerhet för fullgörandet av betalningsskyldigheten jämte ränta köparna till säljarna pantförskriva inteckningar i det aktuella bolagets fastighet om tillhopa 350.000 kr samt förlagsinteckningar om 770.000 kr i bolagets lösa egendom. Bolaget ställde således säkerhet i form av pant i fast och lös egendom i bolaget för säljarens fordran hos köparna. Aktieöverlåtelseavtalet överfördes sedermera (den 5 oktober 1964) på ett av köparna bildat aktiebolag (Svetonia), varigenom köparna friskrevs från sina förpliktelser enligt avtalet. Villkoren i avtalen avseende pant lämnades i huvudsak oförändrade. För Svetonias förbindelse gick de förutvarande köparna i borgen. Såsom ytterligare säkerhet överlämnade Svetonia de i transaktionen ifrågavarande aktierna såsom pant. I den i förevarande sammanhang diskuterade frågan uttalade Högsta domstolen i huvudsak i linje med de lägre instansernas följande:

"De transaktioner som det här är fråga om har inträffat före nya aktiebolagslagens ikraftträdande och de är att bedöma med tillämpning av 1944 års aktiebolagslag. Förbudet i 73 § nämnda lag mot utdelning av bolagsmedel utöver vad där anges har ansetts tilllämpligt även vid försträckning, 'penninglån', från bolaget till förmån för aktieägare. Fråga har varit om lån för att sätta aktieägare i stånd att förvärva bolagets aktier. (Se NJA 1951 s 6 I och II, jfr NJA 1966 s 475 och 1976 s 618). Lån av ifrågavarande slag har alltså i princip ansetts kunna utgöra olovlig vinstutdelning. 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 insett eller bort inse att så var fallet.

I förevarande fall är det inte fråga om utbetalning av bolags egendom såsom likvid för aktieöverlåtarens fordran. Vad saken gäller är att Svetonbolaget fått ställa viss sin egendom som säkerhet för en aktieförvärvarens skuld till säljaren av aktierna på grund av köpet av dessa. Säkerställandet har utgjorts av dels pantsättning genom överlämnande av fastighetsinteckningar, dels överlämnande av förlagsinteckningar. Då i det följande talas om pantsättning och panträtt avses även sistnämnda form av säkerställande såsom i de avseenden här berörs likställd med pantsättning.

[140] NJA 1980 s 311.

Genom säkerställandet har bolaget förvärvat en regressfordran mot aktieförvärvarna – d v s Svensson och Wargklev – sedermera överförd på Svetoniabolaget med borgen av de ursprungliga förvärvarna. Det synes klart att regressgäldenärerna ej varit solventa för beloppet samt att Sveton måste ha haft full insikt om deras ekonomiska ställning.

Det säkerställande varom här är fråga är tydligen från pantsättarens, d v s 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. Detsamma skulle gälla, om bolaget i stället – under här angivna förhållanden – fått ikläda sig borgen till säkerhet för annans skuld. (Se Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 21 ff. Rodhe, Aktiebolagsrätt, 9 uppl, Stockholm 1978, s 107 ff)"[141].

Till utgångspunkt för bedömningen av frågan huruvida ställandet av säkerhet skall betraktas som vederlagsfritt eller inte tar Högsta domstolen naturligen de principer och den praxis som utvecklats kring lämnandet av lån, i enlighet med vad som ovan redovisats. Såsom en förutsättning för att ett lån skall stå i strid med utbetalningsförbudet anger Högsta domstolen, att lånet skall vara vederlagsfritt *i den meningen*, att den fordran som

[141] Se NJA 1980 s 311, s 316. Jfr tingsrättens domskäl i motsvarande fråga: "Jämlikt 73 § 1 mom aktiebolagslagen (1944:705) må till aktieägare, frånsett visst fall varom här icke är fråga, ej utbetalas annat än vinst enligt fastställd balansräkning i den mån vinsten icke skall avsättas till reservfond eller skuldregleringsfond. Ställd pant skall enligt aktiebolagslagen endast upptagas i balansräkningen inom linjen. Den minskar sålunda inte den disponibla vinsten enligt balansräkningen. Först genom pantens ianspråktagande sker en utbetalning som kan påverka bolagets bundna kapital. Tidpunkten härför får därför anses avgörande vid bedömande av om pantsättningsavtalet strider mot 73 § 1 mom aktiebolagslagen. Enär Svetonbolagets regressfordran mot Svetonia i anledning av pantens ianspråktagande saknar värde, är utbetalningen vederlagsfri. Eftersom Svetonbolaget saknar utdelningsbar vinst, är den vederlagsfria utbetalningen att betrakta som otillåten vinstutdelning. På grund härav är pantsättningsavtalet ogiltigt oavsett om pantsättningen omfattas av förbudet i 75 a § eller ej."

I linje härmed ligger hovrättens domskäl: "Om något vederlag ej utgått för pantförbindelsen, bör den jämlikt grunderna för 73 § 1 mom aktiebolagslagen (1944:705) anses gällande mot tredje man endast i den mån den motsvaras av en utdelningsbar vinst i dotterbolaget. Bedömningen huruvida så är fallet bör med hänsyn till tredje mans anspråk på tillbörligt skydd vid transaktioner av detta slag göras på grundval av förhållandena vid den tidpunkt då pantens ianspråktagande aktualiseras.

Svetonia har ej drivit någon verksamhet och saknar andra tillgångar än aktierna i Svetonbolaget, som är försatt i konkurs. Borgensmännen för Svetonias skuld är insolventa. I följd härav är den regressfordran, som Svetonbolaget vid ett ianspråktagande av panten skulle erhålla mot Svetonia utan värde. Panten skulle således komma att tagas i anspråk utan att Svetonbolaget erhöll något vederlag. Enär Svetonbolaget saknar utdelningsbar vinst, kan panten ej heller anlitas inom ramen för en sådan vinst."

uppkommer på grund av lånet – eller den regressfordran som säkerställandet ger upphov till – *framstår som osäker på grund av låntagarens/gäldenärens insolvens*. Till detta kommer ytterligare förutsättningar. Såsom Högsta domstolen framlägger saken, synes vederlagsfriheten *endast* kunna bestå i detta förhållande; härvid bortses från fingerade lån och andra skentransaktioner, vilka i realiteten utgör gåvor eller är gåvoliknande, ehuru gränsdragningssvårigheterna kan vara besvärliga t ex i fråga om mycket långa lån.

Möjligen har den nyss angivna förutsättningen formulerats en aning för snävt av Högsta domstolen i beaktande av de rika möjligheterna att i avtal reglera återbetalningsskyldigheten till nackdel för det långivande bolaget. Visserligen tar Högsta domstolens angivna förutsättning *endast sikte på lån i samband med förvärv av det långivande bolagets aktier*, men även här kan andra förhållanden än det att låntagaren saknar återbetalningsförmåga i låneögonblicket föranleda slutsatsen, att lånet inte kommer att återbetalas. Fastmera torde tentativt förutsättningen kunna formuleras så, såsom påpekats ovan, att så snart det på grund av något förhållande som föreligger i låneögonblicket, t ex villkor i avtal uttryckliga eller underförstådda, låntagarens betalningsovilja eller återbetalningsoförmåga, m m framstår som klart, att låntagaren inte kommer att kunna eller vilja återbetala lånet, eller att återbetalning inte var avsedd å den ena eller andra grunden, lånet skall ses som vederlagsfritt. (De praktiska svårigheterna i att påvisa förekomsten av betalningsovilja lämnas här åsido.) Det skall tilläggas, att – vilket är givet – en fordran på grund av lån kan vara *delvis* utan värde på grund av nämnda omständigheter. Vederlagsfriheten kan vidare också bestå i att lånet lämnats räntefritt eller med låg ränta. Beträffande långa lån kan räntefriheten på grund av inflation leda till att värdet av fordran minskar väsentligt. Har återigen lån lämnats mot säkerhet, och denna är fullvärdig, kan uppenbarligen vederlagsfrihet icke anses vara för handen (bortsett från det fall att den avtalade avkastningen väsentligt avviker från den marknadsmässiga, i vilket fall den vederlagsfria prestationen motsvarar avvikelsen; säkerhet kan dock fortfarande stå i strid med något av utlåningsförbuden, varvid frågan om vilken säkerhet som ställs saknar betydelse).

Under alla förhållanden synes den rättspraxis som förevarit beträffande lån i strid med utbetalningsförbudet ge vid handen, att bedömningen av huruvida en lånetransaktion är vederlagsfri eller inte skall vila på i låneögonblicket klart iakttagbara förhållanden, främst låntagarens oförmåga att återbetala lånet. Det är vid överförandet av denna grundläggande princip på ställandet av säkerhet som Högsta domstolen i Svetonmålet

bedömer att transaktionen är vederlagsfri[142]. Den *regressfordran* som Svetonbolaget kom att inneha på grund av pantförskrivningen skulle enligt vad som framgick vid tidpunkten för pantförskrivningen icke kunna komma att återbetalas på grund av *regressgäldenärernas (de ursprungliga köparnas) insolvens*.

Några säkra generella slutsatser föranleder icke Högsta domstolens dom i Svetonmålet. Vad som skall gälla i de fall där det icke klarlagts att regressgäldenären är insolvent, kan icke med precision fastställas. Så snart säkerhet ställts för regressfordran, måste avräkning ske från det vederlagsfria beloppet till säkerhetens uppskattade värde i transaktionsögonblicket. Om emellertid någon insolvenssituation alls ej föreligger, men transaktionen trots allt i likhet med de flesta transaktioner innebär ett risktagande, uppstår frågan om en beräkning av graden av risk förutsätts för att utröna hur stor andel av transaktionen som är vederlagsfri.

Tanken har i en diskussion med Rodhe framkastats av Sten Hamberg[143]. Med utgångspunkt från Svetonmålet diskuterar Hamberg frågan om "den ogiltiga pantsättningen skall mätas brutto – *utan* hänsynstagande till ev värde av regressfordran – eller netto, d v s *med* sådant hänsynstagande". Härvid antar Hamberg hypotetiskt att ett aktiebolag med 1.000 kr i fria vinstmedel överväger att ställa säkerhet för annans gäld "under sådana förhållanden att det möjligen kan komma att hävdas att transaktionen inte var affärsmässigt betingad." Vidare antas, att huvudgäldenären är solvent i det kritiska ögonblicket, d v s när säkerheten ställs[144]. I anslutning härtill ställer Hamberg följande fråga: "Kan bolaget nu ställa säkerhet där största möjliga förlust är 10.000 kr även om risken

[142] Jfr Nial, Två aktiebolagsrättsliga prejudikat, SvJT 1943, s 697, särskilt 701 f, där argumentationen synes vara uppbyggd på följande principiella konstaterande: "Frågan huruvida ett förvärv är giltigt eller ogiltigt måste hänföras till omständigheterna i förvärvets ögonblick.

[143] Hamberg, Hur skall vederlagsfri pantsättning redovisas?, Balans 3/1981, s 26, vilken artikel arbetats fram i anslutning till Rodhes kommentar till Svetonmålet, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1/1981, s 4. Se även Rodhes replik till Hambergs artikel, Ytterligare något om vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 4/1981, s 26.

[144] Härvid bortses från Hambergs vidare antagande, att solvensen skall föreligga såväl före som efter "upptagande av lån" och till yttermera visso "i den meningen att tillgångar överstiger skulder". I det följande antas istället solvensen innebära vad som i allmänhet menas med solvens och det kritiska ögonblicket icke vara tidpunkten för upptagandet av lån, utan såsom angivits ovan tidpunkten för säkerställandet (förutsatt att icke lånet upptas efter säkerställandet).

är nästan försumbar? " På detta svarar Hamberg enligt följande:

> "1980 års rättsfall förefaller innebära att svaret är nekande och att säkerheten – t ex en pant – anses gälla endast till beloppet av fria vinstmedel, d v s i exemplet 1.000 kr. Detta skulle innebära att samtliga säkerheter som ställs – vi talar fortfarande endast om "vederlagsfria" sådana – måste beräknas till ett sämsta möjliga utfall, oavsett graden av kommersiell risk. Det kan möjligen finnas risk för att ett betydande antal bolag har sådana 'contingent liabilities' vars totalsumma i värsta tänkbara fall långt överskrider synligt eget kapital enligt den egna balansräkningen. Visserligen kan häremot invändas att många av dessa är affärsmässigt motiverade, d v s ej 'vederlagsfria', men detta fäster endast uppmärksamheten på hur väsentlig plötsligt bedömningen blir av vad som är 'affärsmässigt betingat'.....
>
> En alternativ tolkning är att bedöma tillåtligheten av pantsättningen genom någon sorts analys av 'risken' i den enskilda fallet. I exemplet antog vi att huvudgäldenären/regressgäldenären var och förblev solvent. Utgör detta möjligen ett skäl att säga att ställandet av säkerhet är giltigt, oavsett att det belopp som riskeras överstiger fria vinstmedel? Antag att den maximala risken utgör ett belopp, vars utbetalande omedelbart skulle medföra insolvens för huvudgäldenären (regressgäldenären)! Skulle för sådant fall ställandet av säkerhet bli ogiltigt?
>
> Det är tydligt att en bedömning in casu i enlighet med det sista exemplet skulle bli än mer komplicerad än bedömningen i det första exemplet, där man endast har att mäta maximal risk. Likväl skulle en sådan bedömning förmodligen ligga närmare bolagets egen uppfattning om graden av risk i engagemanget. Bedömningen har dock av bolaget gjorts på renodlat affärsmässiga grunder."

En svårighet med Hambergs resonemang är att det förs med den bestämda förutsättningen att transaktionen är vederlagsfri, utan att innebörden av detta begrepp först diskuteras och fastställs. Är säkerställandet vederlagsfritt, återstår enligt utbetalningsförbudet bara att avgöra huruvida det andra rekvisitet i förbudet är uppfyllt, nämligen att intrång sker på det bundna kapitalet, d v s att den regressfordran som uppkommer överstiger utdelningsbart belopp.

Emellertid belyser Hambergs resonemang på ett förtjänstfullt sätt en annan svårighet i Nials och Rodhes resonemang, nämligen att såsom vederlagsfria säkerställanden även betrakta andra transaktioner än sådana där regressfordran är helt eller delvis utan värde (varvid det vederlagsfria beloppet varierar med regressfordrans värde). Är rättsläget nämligen sådant, att utbetalningsförbudet är tillämpligt så snart avvikelse sker från vinstsyftet eller säkerställandet ligger för "långt från ett aktiebolags eget

intresse"[145], eller i övrigt transaktionen inte är affärsmässigt betingad i andra fall än på grund av regressgäldenärens insolvens, kan den situationen uppkomma, såsom Hamberg synes göra gällande, att en närmast riskfri utlåning eller säkerställande, eller i vart fall transaktioner förenade med normala affärsrisker, betraktas som ogiltiga, därför att det belopp som transaktionerna rör överskrider utdelningsbart belopp. Att transaktionsparterna skulle vara hänvisade till att i varje enskilt fall av utlåning eller säkerställande beräkna risk mot bakgrund av utdelningsbart belopp synes från rättssäkerhetssynpunkt böra ifrågasättas. Även om någon återbäringsskyldighet inte drabbar innehavaren av säkerheten med hänsyn till godtrosregeln i dylika svåravgjorda fall, kan ansvar enligt ABL 12:5 aktualiseras för företrädarna på det säkerställande bolagets sida för den brist som uppkommer (även i fall av god tro hos säkerhetsinnehavaren).

Såsom har framgått ovan, ger den rättspraxis som förekommit i frågan om vederlagsfria lån eller säkerställanden (inklusive Sveton-målet) icke stöd för annat än att vederlagsfriheten vid utlåning eller säkerställande skall bestå i, att den fordran eller regressfordan som uppkommer på grund av transaktionen ifråga praktiskt taget skall sakna värde (med hänsyn till gäldenärens insolvens eller andra omständigheter som visar att återbetalning ej kan påräknas) i transaktionsögonblicket. Enligt vad som angivits ovan, kan analoga situationer tänkas förekomma, förutsatt att det i transaktionsögonblicket var klart att fordran saknade värde. Från rättssäkerhetssynpunkt är sådana klart iakttagbara moment av mycket väsentligt värde. Det får antas att Högsta domstolen tillmätt rättssäkerhetsaspekten stor betydelse, och att detta förhållande påverkat domstolen vid utmejslandet av de principer som skall gälla vid utbetalning av lån och ställande av säkerhet.

Till stöd för detta antagande kan anföras det förhållandet, att Högsta domstolen i de rättsfall som rört vederlagsfri utlåning eller säkerställande, trots att utlåning eller säkerställandet i allmän mening uppenbarligen icke varit affärsmässigt betingat – utlåningen eller säkerställandet har skett till köpare av aktier och icke i bolagets utan i aktieöverlåtelseavtalsparternas intresse och till synes utan att något särskilt vederlag för bolagets prestation i form av avkastning eller annat givits - inte nöjt sig med

[145] Se Rodhe *op. cit.*, s 128 f.

att konstatera förekomsten av vederlagsfrihet på grund av att transaktionen från bolagets utgångspunkt icke varit affärsmässigt betingad i den av t ex Rodhe hävdade meningen, vilket med lätthet hade kunnat ske, utan ställt det mycket mera svårbedömda kravet, att den fordran som uppkommer skall sakna värde på grund av gäldenärens betalningsoförmåga i transaktionsögonblicket. Denna tolkning av utbetalningsförbudet i vad avser lån och ställandet av säkerhet överensstämmer också med Högsta domstolens uttalande i Sveton-målet, enligt vad som framgått ovan, att sistnämnda förhållande är "en förutsättning" för utbetalningsförbudets tillämpning och att endast detta kan leda till slutsatsen att transaktionen är vederlagsfri eller att den inte är affärsmässigt betingad. (Här bortses från analoga situationer.) Hamberg synes därför ha rätt i antagandet att det är "realekonomiskt inte rimligt att jämställa en villkorad skuld till oklart belopp med en faktisk vederlagsfri avhändelse av vinstmedel till ett exakt känt belopp"[146].

På senare tid har Elisabet Posselius fört vidare diskussionen om vederlagsfria panter med utgångspunkt från Sveton-målet, närmast i en artikel i Balans 12/1991, s 36. Den tolkning som Posselius gör av Sveton-målet i nu nämnda artikel synes i huvudsak vara riktig. Den sammanfaller dock på intet sätt med Rodhes tidigare tolkning av målet i Balans 1981:1, s 4–5, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld och Balans 1981:4, s 26, Ytterligare något om vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld. I anledning av Posselius artikel har Rodhe gjort ett tillägg i den senaste upplagan (16:e) av Aktiebolagsrätt, s 129 f, enligt följande.

[146] Se Hamberg, *op. cit.*, s 27. Rodhes replik i Balans 4/1981, s 26 att, för "att avgöra om en pantsättning är affärsmässigt betingad bör man fråga om den har till syfte att tillföra det pantsättande bolaget affärsmässiga fördelar och om det finns rimligt fog för antagandet att den kan ha en sådan effekt", är i det här aktuella sammanhanget icke övertygande. För fullständighetens skull bör dock nämnas, att Rodhe lämnar öppen frågan om enligt Högsta domstolens bedömning i Sveton-målet det hade varit tillfyllest att fastställa, att pantsättningen var vederlagsfri med hänsyn till att den inte kunde ha till syfte att tillföra bolaget (pantsättaren) affärsmässiga fördelar. Rodhe skriver: "Jag måste emellertid medge, att jag inte kan på domskälen stödja min åsikt att utgången bort bli densamma även om regressfordran varit fullvärdig". Å andra sidan står klart, att det hade varit relativt okomplicerat för Högsta domstolen att i Sveton-målet, liksom i övriga fall rörande vederlagsfri utlåning, konstatera, att transaktionen inte innebar några som helst affärsmässiga fördelar för bolaget och ej heller hade sådant syfte, istället för att gå omvägen kring gäldenärens insolvens. Denna omväg var särskilt tidsödande och besvärlig i de ovan redovisade fallet NJA 1990 s 343 (Nordanland), mot bakgrund av att domstolen – i enlighet med Rodhes tolkning av begreppet vederlagsfrihet vid ställande av säkerhet – med relativ lätthet hade kunnat fastställa, att dotterbolagets lån till moderbolaget i fallet gavs utan eget intresse för dotterbolaget.

"Vid pantsättning för tredje mans gäld har pantsättaren regressrätt mot huvudgäldenären för vad som tagits i anspråk av panten. Det har sagts att om denna regressrätt är fullvärdig vid tidpunkten för pantsättningen, så skulle det inte kunna röra sig om en vederlagsfri pantsättning. Denna åsikt har ett visst stöd i en formulering i Högsta domstolens nyssnämnda dom, i vilken det särskilt påpekas att regressrätten vid tidpunkten för pantsättningen var värdelös. Enligt min mening är detta att ställa saken på huvudet: när panten tas i anspråk är det just därför att huvudgäldenären vid detta tillfälle inte kan betala, och då är det föga glädje med att regressfordran var fullvärdig då panten ställdes" (fotnoter utelämnade).

Det citerade avsnittet rymmer, som synes, ett mycket markant avståndstagande från ståndpunkten, att en pantsättning till förmån för en fullt solvent och återbetalningsduglig förmånstagare av panten – såsom saken gestaltar sig i pantsättningsögonblicket – d v s där den "latenta" regressfordran är fullgod, icke kan vara vederlagsfri i aktiebolagsrättslig mening. Avståndstagandet som sådant är visserligen helt i linje med Rodhes tidigare hållning, såsom den kommer till uttryck i ovannämnda artiklar i fråga, men är icke desto mindre ägnad att förvåna en smula, särskilt som Rodhe sakligt sett intar en helt ny ståndpunkt, varom mera nedan.

Att giltigheten av en vederlagsfri pantsättning skall bedömas med utgångspunkt från förhållandena vid tidpunkten för pantsättningen är uppenbart och knappast kontroversiellt. Detta framgår med all önskvärd tydlighet av Svetonmålet (NJA 1980 s 311) och accepteras också inledningsvis av Rodhe (se Rodhe s 129). Rodhes uppfattning om vad som skall betecknas som en vederlagsfri pant kan emellertid icke förenas med Högsta domstolens domskäl i Sveton-målet. Rodhe synes snarast vara benägen att kvalificera varje tredjemanspant (och annan dylik säkerhet) som vederlagsfri på grund av pantens (och säkerhetens) funktion, nämligen att vara säkerhet för annans gäld, och att den kommer att tas i anspråk när huvudgäldenären brister i sitt betalningsansvar. Varje säkerhet av här ifrågavarande slag skall enligt Rodhe – såvitt gäller vederlagsfriheten – således bedömas med den utgångspunkten att huvudgäldenären brister i betalningsförmåga och panten kommer att tas i anspråk, d v s *med sikte på* ianspråktagandet. Om giltigheten av en *vederlagsfri* pantsättning skall bedömas med utgångspunkt i förhållandena vid pantsättningstidpunkten, vilket också är Rodhes mening, uppkommer vissa komplikationer när bedömningen av vederlagsfriheten av samma "vederlagsfria pantsättning" skall ske med sikte på situationen vid ianspråktagandet av panten. Den enda lösning som kan ges på denna motsättning är, att varje pant – i vart fall varje tredjemanspant – utan närmare analys förutsätts vara vederlagsfri vid pantsättningen. Att panten är vederlagsfri vid ianspråktagandet, om förhållandena vid denna tidpunkt skall vara avgörande för vederlagsfrihetsbedömningen, följer så gott som av sig självt: skälet till att panten tas i anspråk är väl i praktiken oftast, att huvudgäldenären brister i betalningsförmåga. Stöd för sin uppfattning tycker sig Rodhe – dock till synes på oriktiga grunder – finna i ett uttalande av Stefan Lindskog i SvJT 1992, s 106 (Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar, s 81 ff), nämligen följande.

"Högsta domstolen har berört denna [återbetalnings-]förmåga, men där-

med inte sagt att bedömningen skulle ha blivit en annan om B [huvudgäldenären och förmånstagaren av panten] vid tiden för pantsättningen varit återbetalningsduktig. Eftersom syftet med pantsättningen ytterst är att säkra C [borgenären] mot B:s bristande betalningsförmåga kan på goda skäl hävdas att en vederlagsfri pantsättning i aktiebolagsrättsligt hänseende alltid skall bedömas med utgångspunkt i att denna eventualitet – B:s bristande betalningsförmåga – kommer att inträffa, d v s att panten kommer att tas i anspråk. Det skulle i så fall betyda, att en pantsättning redan genom att den var vederlagsfri innebar en kapitalanvän dning svarande mot pantens värde."

Uttalandet synes gå ut på att utmönstra rekvisitet avseende återbetalningsförmåga som grund för vederlagsfrihetsprövningen. (Här väcks i förstone spörsmålet, vad borgenärens goda eller onda tro skall omfatta och till vilken tidpunkt denna skall hänföras. Frågan får emellertid lämnas därhän i förevarande sammanhang.) Lindskog indikerar emellertid tydligt, att utgången i Sveton-målet skulle ha blivit densamma också om förmånstagarna av den aktuella panten var återbetalningsförmögna och solventa vid pantsättningstillfället, eller, med andra ord, att frågan om återbetalningsförmåga vid detta tillfälle skulle vara irrelevant. Lindskogs tes kan emellertid på inga grunder förenas med domskälen i Svetonmålet. Dessa vilar nämligen i nu diskuterade del på den rättspraxis som utvecklats beträffande lån såsom olovlig vinstutdelning. Att Högsta domstolen i nu aktuell del jämställer pantsättning med lån kan icke gärna betvivlas. (Se fallet s 316). Det är också uppenbart att Högsta domstolen gör en vederlagsfrihetsbedömning med utgångspunkt i "regressgäldenärernas" återbetalningsförmåga eller solvens vid pantsättningstillfället. (Och borgenärens onda tro hänför sig till insikten om regressgäldenärernas ekonomiska ställning vid denna tidpunkt.) Parallelliteten mellan pantsättningen, lånet och vederlagsfria utbetalningar över huvud ligger i öppen dag. Det är med hänsyn till regressgäldenärernas insolvens vid pantsättningstillfället och den på grund därav följande slutsatsen att pantsättningen var vederlagsfri som pantsättningen enligt Högsta domstolen blev underkastad samma begränsningar som övriga vederlagsfria utbetalningar ("det synes *under föreliggande omständigheter* klart, att pantsättningen måste bli underkastad samma begränsningar som förut berörts ifråga om utbetalningar"). (Kursivering här.)

Lindskogs uttalande kan emellertid icke sägas ge stöd för Rodhes ovan redovisade uppfattning, såsom denna tolkats här. Såvitt kan förstås, menar icke Lindskog att tredjemanspant eller motsvarande säkerhet *som sådan* är vederlagsfri, utan synes endast ifrågasätta om kriteriet för vederlagsfrihet icke kan vara ett annat än huvudgäldenärens återbetalningsförmåga. Här bör observeras, att Lindskog talar om en "vederlagsfri pantsättning", som i aktiebolagsrättsligt hänseende alltid skall bedömas med utgångspunkt i att panten kommer att tas i anspråk. Vad Lindskog här avser med uttrycket "vederlagsfri" framgår inte närmare av hans framställning, möjligen kan man säga att Lindskog inte därmed menar huvudgäldenärens återbetalningsförmåga i pantsättningsögonblicket. Några mera vittgående slutsatser av uttalandets innebörd kan därför icke dras. I kommentaren till ABL 12 och 13 kap (se Kommentar, s 42 f) tillägger emellertid Lindskog, att det inte är nödvändigt att ett aktiebolags säkerhetsställande skall vara vederlagsfritt för att fråga skall vara om en

kapitalanvändning. "Det räcker med att det vederlag bolaget erhåller är klart inadekvat för risktagandet (och att erforderlig subjektiv täckning med avseende härpå föreligger på bolagets sida)." Huruvida sådan "adekvat kompensation" föreligger eller inte, skall enligt Lindskog bedömas mot bakgrund av den risk som aktiebolaget genom säkerställandet utsättes för balanserad mot de fördelar som bolaget erhåller på grund av åtgärden. Uttalandena bygger uppenbarligen på en mycket snäv definition av begreppet "vederlagsfritt". Vederlagsfrihet, såsom uttrycket används i det föreliggande arbetet, är ingenting annat än en bedömning av värdet av prestation och motprestation: om bolaget presterar en säkerhet, skall mot värdet av denna givetvis ställas alla de fördelar bolaget erhåller på grund härav. En aktiebolagets prestation kan på så sätt vara helt eller delvis vederlagsfri. Av intresse borde istället vara de omständigheter som sammantagna konstituerar vederlagsfrihet. I den förevarande framställningen har grunden för vederlagsfriheten angetts vara förmånstagarens (eller regressfordringsgäldenärens) betalningsoförmåga i säkerställandeögonblicket. Först om ett säkerställande är vederlagsfritt i denna mening, kan enligt vad som här anförts, säkerheten ses som vederlagsfri. Emellertid har tilllagts, att om en sådan säkerhet betingats av andra, påtagliga affärsmässiga fördelar för det säkerställande aktiebolaget, kan dylika fördelar ses som ett vederlag för säkerheten, varför man inte längre kan tala om vederlagsfrihet. Med "fördelar" avses givetvis icke endast ekonomisk kompensation utan också annat vederlag av affärsmässigt intresse. En *nödvändig* förutsättning för konstaterandet, att ett säkerställande är vederlagsfritt, är emellertid enligt ovanstående, att förmånstagaren av säkerheten saknar betalningsförmåga. Denna, nödvändiga förutsättning är följaktligen emellertid icke alltid *tillräcklig* grund för vederlagsfriheten. I denna fråga är Lindskog något vacklande. Vid diskussionen om *kapitalanvändningsvärdet* av ett säkerställande (se Lindskog, Kommentar, s 54) ger icke Lindskog uttryck för en uttalad ståndpunkt, utan anvisar argument för och emot olika uppfattningar. I den mån Lindskog har en egen ståndpunkt, formuleras den oklart. Vid säkerställande menar Lindskog (som i tidigare sammanhang i SvJT 1992 s 81, s 106 och JT 1992/93 s 82 f) att utgångspunkten skall vara, att varje aktiebolags säkerställande för tredje mans gäld kommer att tas i anspråk, varför också värdet av säkerheten kommer att frånhändas bolaget. Kapitalanvändningsvärdet motsvarar enligt denna Lindskogs uppfattning värdet av hela säkerheten, förutsatt att säkerställandet utgör kapitalanvändning. Slutsatsen synes gälla oberoende av om förmånstagaren (regressfordringsgäldenären) har eller saknar betalningsförmåga i säkerställandeögonblicket, d v s oberoende av om säkerheten är vederlagsfri eller inte. Till ytterligare stöd härför anför Lindskog, att en säkerhet som "inte låter sig stöttas på bolagsintresset icke är skyddsvärd. Samtidigt framhåller emellertid Lindskog följande: "Också den säkerställde borgenärens intresse måste *när säkerställandet är vederlagsfritt* sägas vara mindre skyddsvärt". (Kursivering här.) Trots föresatsen att undvika uttrycket "vederlagsfrihet" hemfaller Lindskog således i denna terminologi på ett sätt som är närmast ägnat att förvilla: när är säkerställandet i denna mening "vederlagsfritt"? Har möjligen vederlagsfriheten med regressfordringsgäldenärens betalningsförmåga att göra? Är inte istället enligt Lindskogs synsätt varje säkerställande utan affärsintresse vederlagsfritt i den meningen att värdet av hela sä-

kerheten skall betecknas som kapitalanvändning?

Rodhes nyformulerade ståndpunkt brister emellertid i flera avseenden: Den är icke förenlig med rättspraxis, särskilt Sveton-målet; den är ej heller förenlig med Rodhes hittillsvarande diskussion om "affärsmässigt betingade" och "icke affärsmässigt betingade" säkerheter – i själva verket synes diskussionen om vad som är affärsmässigt betingat eller icke sakna relevans om ståndpunkten numera är att varje tredjemanspant är vederlagsfri – den kan ej heller förenas med gällande praxis om lån och redovisning av fordringar. Se även Walin, Borgen och tredjemanspant, s 96 ff, särskilt s 102 ff, som dock i allt väsentligt utgör ett referat av Nials analys i Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser i nu aktuella hänseenden med undantag av några allmänna synpunkter till synes huvudsakligen av karaktären *de lege ferenda*. (Walin föreslår t ex att utgångspunkten skall vara att "främmande respektive otillbörliga transaktioner över huvud inte kan göras gällande mot bolagets borgenärer" och att det är "stötande att tänka sig att förtäckt utdelning skulle med laga verkan få äga rum i andra former eller att risktagning som jämställs med sådan utdelning skulle vara godtagbar" än en reguljär vinstutdelning enligt ABL 12 kap.) Beträffande kommentar till sistnämnda uttalanden se också Lindskog, Kommentar, s 63, inkl fotnoter 138 och 139.

Mot bakgrund av det sagda synes kunna ifrågasättas om icke de av Rodhe anförda bedömningsgrunderna vid gränsdragningen mellan vederlagsfria och icke vederlagsfria säkerställanden är väl subtila och om inte deras användning bör begränsas till vad som sammanhänger med tillämpningen av minoritetsskyddsreglerna[147]. Det bör således inte vara möjligt att betrakta en avgiftsfri bankgaranti såsom vederlagsfri i vad avser garantibeloppet (kapitalbeloppet), förutsatt att regressgäldenären är solvent i det ögonblick garantin lämnas. Ej heller andra former av säkerheter som ett företag ställer, utan att syftet härmed är att uppnå affärsmässiga fördelar, bör ses som vederlagsfria under i övrigt samma förhållanden. I det fall vidare där ett dotterbolag ställer säkerhet för lån som upptagits av moderbolaget, kan vederlagsfrihet sägas föreligga uteslutande under ovannämnda förutsättningar. En annan sak är sedan att i samtliga nu nämnda fall fråga kan vara om ett ensidigt gynnande av en aktieägare till nackdel för en annan eller att verksamhetens syfte (vinstsyfte) icke fullföljs. Här är visserligen minoritetsskyddsreglerna tillämpliga, men de saknar betydelse i fråga om säkerställande av helägda dotterbolag. Även i övriga fall torde minoritetsskyddsreglerna sakna praktisk betydelse särskilt på grund av att den ABL 9:17 stadgade klanderfristen enligt huvudregeln

[147] Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 128 f.

endast är tre månader från dagen för beslutet[148].

Visst, om dock icke otvetydigt stöd för antagandet att begreppet vederlagsfrihet vid ställandet av säkerhet skall ha den ovan angivna begränsade innebörden ger också Högsta domstolens domskäl i Sveton-målet i ett annat sammanhang. Såsom ovan berörts, och som nedan skall utvecklas, har Högsta domstolen i Sveton-målet avgjort frågan, till vilken tidpunkt bedömningen av huruvida och i vilken omfattning utdelningsbart belopp föreligger skall hänföra sig, till förmån för pantsättningstidpunkten och inte tiden för pantens ianspråktagande. Domskälen i denna del är relativt omfattande och innehåller principiella och rättspolitiska resonemang. Av intresse i förevarande sammanhang är bl a följande avsnitt i domskälen:

> "En sådan panträttslig specialregel som nu berörts, d v s att bedömningen av pantsättningens giltighet skulle hänföras inte till tidpunkten då panten ställdes utan till tidpunkten då den tas i anspråk, synes ej heller nödvändig för att de aktiebolagsrättsliga reglerna om skydd för bolagsborgenärer skall bli tillgodosedda i erforderlig utsträckning. Detta måste anses bli fallet, även om man låter tidpunkten för pantsättningen vara avgörande för bestämmandet av det enligt aktiebolagsrättsliga regler tillgängliga beloppet. Sålunda kan framhållas att om i stället för en pantsättning medel eller annan egendom som tillhör bolaget överlämnas till borgenären i avräkning på skulden, tidpunkten då detta överlämnande skedde och inte någon senare skulle vara avgörande vid bedömningen av om olovlig vinstutdelning skett. Att en fullbordad pantsättning i nu ifrågavarande hänseende får likställas med överlåtelse är inte särskilt märkligt utan ganska naturligt; en sådan pantsättning har ju över huvud åtskilliga drag gemensamma med överlåtelse."

Likställandet av pantsättning och överlåtelse vid bedömningen av om olovlig vinstutdelning skett, särskilt vilken tidpunkt som skall gälla för beräkningen av utdelningsbart belopp, förutsätter att begreppet vederlagsfrihet ges den ovan givna begränsade innebörden, nämligen att *vederlagsfrihet föreligger när regressrätten är praktiskt taget värdelös* på grund av gäldenärens insolvens i pantsättningsögonblicket (eller på grund av andra klart iakttagbara förhållanden). Ges nämligen begreppet den vidare innebörd som bl a Rodhe synes vara benägen att göra, kan ett sådant likställande icke ske, främst med hänsyn till att pantsättningen i de flesta fall helt eller delvis balanseras av en regressfordran (som icke utan vidare kan påstås vara utan värde).

[148] Se vidare härom Nial, *op. cit.*, s 18 ff.

I den mån den princip som utvecklats av Högsta domstolen i Svetonmålet i vad avser tidpunkten för bedömningen av det utdelningsbara beloppet (pantsättningstidpunkten) således åtminstone delvis vilar på domstolens ovan citerade domskäl, vilket synes naturligt, torde den i förevarande framställning givna tolkningen av begreppet vederlagsfrihet ha visst fog för sig. Mot detta skulle givetvis kunna invändas, att principen i fråga endast gäller med avseende på de specifika omständigheter som förelåg i målet, främst det förhållandet, att regressfordran saknade värde, och att i andra fall av vederlagsfrihet, med den vidare tolkning av begreppet som förordas av Rodhe, en annan princip skulle kunna utvecklas. Med andra ord så skulle enligt en sådan ståndpunkt tidpunkten för pantsättningen vara avgörande för vissa vederlagsfria pantsättningar och tiden för pantens ianspråktagande för andra pantsättningar som är vederlagsfria enligt Rodhes tolkning. Att domskälen skall tolkas i mycket nära anslutning till de i målet föreliggande specifika omständigheterna är en riktlinje för rättsfallstolkning som näppeligen kan bestridas. Emellertid synes just i detta fall de principiella och rättspolitiska resonemangen i domskälen vara av mera allmängiltig natur än vanligt, särskilt vad gäller avvägningen mellan pant- och aktiebolagsrättsliga ändamålssynpunkter. Inslagen av sådan natur är så starka att det är svårt att frigöra sig från intrycket, att Högsta domstolen avsett att den av domstolen fastställda principen skulle vinna vidare tillämpning än i visst fall av vederlagsfri pantsättning och att således principen är tillämplig också i andra fall. Det övervägande intrycket är att domstolen avsett att principen skall vara tillämplig i alla fall av vederlagsfri pantsättning, varför också begreppet vederlagsfrihet av domstolen givits den begränsade innebörd som här förfäktas. Detta ligger också i linje med den rättspraxis som utbildats i lånefallen och den av domstolen inledningsvis uttalade förutsättningen för att lån (och säkerställande) skall betecknas som olovlig vinstutdelning (fordran osäker på grund av låntagarens insolvens).

Sammanfattningsvis kan således antagas gälla, att ställandet av säkerhet i likhet med lån är vederlagsfri när gäldenären, för vars lån hos tredje man säkerheten ställs, saknar betalningsförmåga och den regressfordran som uppkommer på grund av att säkerheten tas i anspråk är utan värde. Det förhållandet, att regressfordran saknar värde, kan också framgå av andra klart iakttagbara förhållanden. Bedömningen av såväl betalnings-

förmågan som huruvida och i vilken omfattning utdelningsbart belopp föreligger skall såvitt avser pantsättningar hänföra sig till tidpunkten för pantsättningen. Beträffande borgensförbindelser är, såsom skall framgå nedan, rättsläget mera oklart[149].

I enlighet med vad som anförts ovan i avsnittet 3.5.4 kan det dock finnas fall där en vederlagsfri säkerhet på ovan angivna bedömningsgrunder på grund av tillkommande omständigheter ändå är affärsmässig, d v s icke vederlagsfri. Situationen kan vara den, såsom exemplifierats ovan, att ställandet av en säkerhet till förmån för annat bolag, underleverantör, m m visar sig vara nödvändigt för det säkerhetsställande bolagets fortlevnad och att säkerheten därför betecknas som icke vederlagsfri, oaktat att förmånstagaren av säkerheten är insolvent. Slutsatsen, att säkerheten icke är vederlagsfri, kan givetvis även bli aktuell på grund av andra omständigheter, som vid en helhetsbedömning ger vid handen, att säkerhetsställandet skett på affärsmässiga grunder.

3.6.1 Allmänt om gränserna för vederlagsfria utbetalningar

Utbetalningsförbudets tillämplighet förutsätter, som bekant, att utbetalningen är såväl vederlagsfri, i enlighet med vad som behandlats ovan, som att den överskrider gränserna för vad som kan utbetalas från ett aktiebolag och möjligen även formerna för sådana utbetalningar, enligt aktiebolagslagen, särskilt 12 kap. I den fortsatta framställningen skall utgångspunkten vara, att en utbetalning är att beteckna som vederlagsfri, varför kvarstår att bedöma om även det andra ledet i utbetalningsförbudet är

[149] Av intresse i förevarande rättsfall är också Högsta domstolens uttalande (s 319), att ett bolags "pantsättning för en fordran av här ifrågavarande slag blir giltig i den mån pantsatt egendom svarar mot vid tidpunkten för pantsättningen utdelningsbart belopp". I övrigt blir pantsättningen ogiltig, och denna ogiltighet skall enligt Högsta domstolen bestå även om bolaget senare skulle "få ytterligare belopp till förfogande för vinstutdelning". Skall panthavare kunna ta i anspråk dessa tilläggsbelopp, måste således enligt Högsta domstolen en ny pantförskrivning äga rum. Såsom framgått ovan, begränsas Högsta domstolens uttalande till vederlagsfria panter i den ovan angivna meningen. Den vederlagsfria panten kan följaktligen vara delvis giltig. Vederlagsfritt säkerställande är endast giltigt till den delen det motsvarar det utdelningsbara beloppet. Det förhållandet att det tillkommer ytterligare vinstmedel, eller att pantens värde stiger, är icke ägnat att påverka giltighetsfrågan. För ytterligare kommentarer till rättsfallet, se Walin, s 104 ff och Nial, SvJT 1983, s 617, Svensk rättspraxis. Bolags- och föreningsrätt 1974 – 1980, särskilt s 621 ff.

täckt. Härvid rör det sig om svårbedömbara frågor om t ex fastställandet av det högsta utbetalningsbara beloppets beslutsorgan, samt om möjligheterna att besluta om utbetalning i andra former än på ordinarie bolagsstämma, t ex på en extra bolagsstämma, förskottsutdelningar, formenligheten av koncernbidrag och s k förtäckta vinstutdelningar m m. Stommen av de bestämmelser som reglerar dessa frågor finns i ABL 12 kap. 2 – 4 §§ (i viss mån även 6 §), men hänsyn måste också tas till spridda bestämmelser i ABL 9 – 11 kap. Det synes vara mest ändamålsenligt att inleda med formerna för utbetalningen för att sedan övergå till hur det högsta utbetalningsbara beloppet skall fastställas.

3.6.2 Formerna för utbetalningar – beslutskompetensen – behörigt organ

Beslutskompetent och behörigt organ i fråga om *vinstutdelning* är enligt ABL 12:3 bolagsstämman. Denna regel, som är väl förankrad i svensk och utländsk rättstradition, är emellertid sedan 1975 modifierad såtillvida, att bolagsstämman inte äger besluta om utdelning av större belopp än styrelsen föreslagit eller godkänt[150]. Styrelsens inflytande i fråga om vinstutdelningen innebär i själva verket en vetorätt för styrelsen i förhållande till bolagsstämman. Bestämmelsen har tillkommit som ett led i en allmän strävan i samband med 1975 års aktiebolagsrättsliga reform att förstärka bolagsledningens kompetens gentemot bolagsstämman[151].

Vinstutdelning tillhör de frågor beträffande vilka den ordinarie bolagsstämman skall fatta beslut, ABL 9:5. På den ordinarie bolagsstämman, som skall hållas inom 6 månader efter utgången av varje räkenskapsår,

[150] För en historisk och komparativ betraktelse, se Johansson, Bolagsstämma, Stockholm 1990, s 287 ff. Om den nytillkomna regeln om styrelsens inflytande, se proposition 1975:103, s 478 ff. Märk även att enligt ABL 6:2, 2 st, nedsättning av aktiekapital icke får ske med återbetalning till aktieägare annat än efter förslag eller godkännande av styrelsen, varmed jämställes nedsättning, innebärande att det frigjorda beloppet avsättes till en fond att användas enligt beslut av bolagsstämman. Se vidare även Johansson, *op. cit.*, s 297 ff. Se även Nerep, i SST 1993, s 353.

[151] En väsentlig bevekelsegrund för lagstiftaren i vad gäller införandet av vetorätten synes ha varit hänsynstagandet till arbetstagarnas intressen av inflytande på aktiebolagens vinstutdelningspolitik. Se härom proposition 1975:103, s 237 ff. Jfr Johansson, *op. cit.*, s 297 f med vidare hänvisningar.

skall årsredovisningen och revisionsberättelsen samt, i moderbolag, koncernredovisningen och koncernrevisionsberättelsen framläggas. I årsredovisningen återfinns i förvaltningsberättelsen förslag till dispositioner beträffande vinst eller förlust, se ABL 11:9, 3 st. Årsredovisningen skall enligt ABL 11:2, 2 st, vara undertecknad av styrelseledamöterna och verkställande direktören. För den händelse fråga uppkommer på bolagsstämman om högre utdelning än det av styrelsen föreslagna, får det åligga styrelsen att ta ställning till huruvida en sådan utdelning skall godkännas eller inte. Frågan om hur hög vinstutdelningen skall vara är på så sätt föremål för förhandling mellan styrelse och stämma[152]. Till styrelsens förslag om utdelning har revisorerna att ta ställning i revisionsberättelsen, som skall innehålla ett särskilt uttalande över styrelsens förslag till resultatdisposition, se ABL 10:10, 6 st[153]. Frågan om högre utdelning än den som föreslagits av styrelsen skall behandlas av styrelsen på styrelsesammanträde, varvid den verkställande direktören, om han icke är styrelseledamot, enligt allmänna regler icke har rösträtt, men rätt att delta i sammanträdet och anteckna avvikande mening till protokollet, ABL 8:8, 2 st. Skulle styrelsen på sammanträdet gå emot aktieägarnas på bolagsstämman uttryckta vilja och besluta att icke godkänna högre utdelning, kvarstår för bolagsstämman endast möjligheten att på grundval av den makt att avsätta och utse nya styrelseledamöter som ligger hos bolagsstämman att tillse, att en ny och utdelningsvänligare styrelse tillsätts. Såsom Johansson påpekar, torde emellertid utformningen av reglerna i praktiken ha lett till, att styrelser i gemen anpassar sig efter aktieägarmajoritetens vilja och redan i sitt förslag i förvaltningsberättelsen, som kanske t o m föregås av konsultationer med aktieägarmajoriteten, tar hänsyn till aktieägarnas önskemål i vad avser utdelningen. Å andra sidan är det på grund av det samspel som får antas förekomma mellan styrelsen och aktieägarmajoriteten, ytterst sällsynt att en aktieägarmajoritet är beredd att av-

[152] Se härom Kedner/Roos, s 235 ff. Jfr Johansson, *op. cit.*, s 298. Vid oenighet i utdelningsfrågan kan stämman besluta om att låta frågan anstå till fortsatt stämma (om majoriteten eller en minoritet bestående av ägare till en tiondel av samtliga aktier begär det), se ABL 9:5, 3 st. Sådan stämma skall hållas minst en och högst två månader efter ordinarie bolagsstämma. Ytterligare uppskov är ej tillåtet.

[153] Här kan förekomma att om bolagstämman avser att besluta om högre utdelning än den av styrelsen föreslagna revisor anmodas att ånyo yttra sig i frågan. Det föreligger emellertid ingen skyldighet att hänskjuta frågan till revisor. Se Johansson, *op. cit.*, s 298.

sätta en styrelse som inte kommer aktieägarnas krav till mötes[154].

Lindskog (se Kommentar, s 73, inkl fotnot 18) uttalar härvid, att kravet på styrelsegodkännande "bör kunna åsidosättas om samtliga aktieägare är ense därom". Detta skulle följa av att ett bristande styrelsegodkännande icke får någon betydelse, om vinstutdelningsbeslutet lämnas oklandrat, varvid Lindskog hänvisar till ABL 9:17. Argumentationen förutsätter emellertid att kravet på styrelsegodkännande inom ramen för ett vinstutdelningsbeslut icke är sådant, att "det ej lagligen kan fattas ens med alla aktieägares samtycke" (se ABL 9:17, 2 st, p 1), d v s att fråga icke är om tvingande borgenärsskyddsregler utan om en dispositiv minoritetsskyddsregel. Härvid har Lindskog gjort bedömningen, att formföreskrifterna i ABL 12 kap är dispositiva (se Lindskog, Kommentar, s 24).

Bolagsstämman kan emellertid oavsett vad styrelsen föreslagit eller medgivit vara skyldig att dela ut ett högre belopp. Sådan skyldighet kan föreligga på grund av minoritetsskyddsregeln i ABL 12:3, 2 st, enligt vilken bolagsstämman på yrkande av ägarna till minst en tiondel av samtliga aktier skall besluta om utdelning om åtminstone ett belopp motsvarande hälften av vad som återstår av nettovinsten för året, sedan avdrag skett för balanserad förlust, som överstiger fria fonder och reservfond, och för belopp, som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet kapital eller enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna. Stämman är dock ej skyldig att besluta om högre utdelning än 5% av bolagets egna kapital. Under alla förhållanden får utdelningen icke överskrida gränserna för utdelningsbart belopp enligt ABL 12:2. Bolagsstämman kan vidare också på grund av bestämmelse i bolagsordningen vara skyldig att besluta om viss utdelning, t ex att hela vinsten skall utdelas eller att viss mindre del av den skall utdelas på begäran av aktieägare. Bolagsordningen kan också innebära att en mindre minoritet än den som stadgas i ovan angivna minoritetsskyddsre-

[154] Se Johansson, *op. cit.*, s 299, med vidare hänvisningar. I praktiken kommer oenigheten i vad avser vinstutdelningsfrågan istället att föreligga mellan en majoritet och en minoritet av aktieägare. Jfr Werlauff, Udsultning af minoritetsaktionærer, UfR 1985 B s 193, s 193 ff. Såsom Johansson *op. cit.*, s 299, mycket riktigt påpekar, kan i fall där aktiemajoriteten är spridd på ett stort antal händer, avsättandet av en styrelse vara mera komplicerat. Vidare måste beaktas att, såvida icke aktieägarna är eniga, bolagsstämman inte kan på den ordinarie bolagsstämman nybesätta fler styrelseplatser än vad som angivits i kallelsen till stämman, ABL 9:10. För den händelse extra bolagsstämma utlyses för detta ändamål, uppkommer frågan huruvida aktieägarna på denna äger rätt att fatta beslut om vinstutdelning. Se härom nedan i avsnitt 4.3.

gel har rätt till viss utdelning eller att den utdelning minoriteten kan kräva är större än vad i minoritetsskyddsregeln stadgas. Bolagsordningen kan emellertid jämväl innehålla bestämmelser som utesluter eller minskar aktieägarens möjlighet att erhålla utdelning[155]. Genom ändringar i bolagsordningen kan således bolagsstämman mot styrelsens allmänna strävanden beträffande vinstutdelningen för framtiden föreskriva att viss utdelning skall ske[156]. Styrelsens vetorätt i vad avser vinstutdelningen kan härigenom komma att bli ett tämligen kraftlöst redskap mot i styrelsens mening alltför höga utdelningar[157].

I övrigt gäller att vid vinstutdelning hänsyn skall tas till ovan nämnda minoritetsskyddsregel, varvid en minoritet har rätt att ställa krav på utdelning av viss andel av eventuell årlig nettovinst. Såvitt avser tolkningen och tillämpningen av denna regel hänvisas till den relativt omfattande behandlingen av regeln i doktrinen[158]. I förevarande sammanhang synes regeln sakna självständig betydelse.

3.6.3 Utbetalningar i strid med ett bolags verksamhetsföremål eller syfte

Med ett bolags verksamhetsföremål eller syfte menas vad som i detta hänseende upptagits beträffande verksamheten i bolagets bolagsordning. Syftet med ett aktiebolags verksamhet är så gott som undantagslöst att generera vinst. Bolagsorganen är skyldiga att rätta sig efter bolagsordningen och vad som däri anges beträffande föremålet för bolagets verk-

[155] Se härom proposition 1975:103, s 478.

[156] Härvid bör uppmärksammas kraven på att fråga om ändring skall upptas i kallelsen till bolagsstämman samt att ändringen icke får verkställas innan registrering skett, se ABL 9:9 och 9:14, 3 st, första meningen. Beträffande minoritetens rätt till vinstutdelning, se närmare Lindskog, Kommentar, s 81 f ("tvångsutdelning"), med vidare hänvisningar.

[157] Se Rodhe, s 172, där han uttalar att "(v)etorätten kan för övrigt sättas ur kraft genom bestämmelser i bolagsordningen". Härmed torde inte avses annat än att vetorätten genom bestämmelse i bolagsordningen i praktiken kan visa sig vara verkningslös och att styrelsen genom denna rätt icke har något som helst inflytande på vinstutdelning i enlighet med angiven föreskrift i bolagsordningen. Däremot kvarstår givetvis vetorätten beträffande sådan utdelning som bolagsstämman icke enligt bolagsordningen är skyldig att besluta om. Jfr Johansson, *op. cit.*, s 300.

[158] Se bl a Rodhe, s 247 f; Johansson, *op. cit.*, s 307 ff och förarbetena proposition 1975:103, s 478 ff, SOU 1971:15, s 293 och 319 f.

samhet. Verksamheten skall vidare drivas i syfte att bereda aktieägarna vinst. Det nu sagda kom i 1944 års aktiebolagslag till uttryck i §§ 76 och 91, varvid bl a stadgades att "(b)olagsstämma må ej besluta om användande av bolagets vinstmedel eller övriga tillgångar eller om åtagande av förpliktelser för ändamål, som uppenbarligen är främmande för föremålet för bolagets verksamhet eller för verksamhetens syfte". En motsvarande bestämmelse saknas i 1975 års aktiebolagslag. Någon saklig ändring är emellertid ej avsedd, eftersom styrelsen och annan ställföreträdare har att rätta sig efter bolagsordningen[159].

Enligt den gängse uppfattningen rör beslut eller åtgärd i strid med verksamhetens föremål uteslutande aktieägarnas rätt. Detsamma gäller beslut eller åtgärd i strid med verksamhetens syfte[160]. Fråga är således om dispositiva regler; något borgenärsskydd befinns ej vara avsett. Detsamma gäller den aktiebolagsrättsliga generalklausulerna i ABL 8:13 och 9:16, enligt vilka bolagsorganen ej får företaga rättshandling eller annan åtgärd som är ägnad att bereda otillbörlig fördel åt aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller annan aktieägare[161]. Förbudet täcker i huvudsak det aktiebolagsrättsliga grundkravet, att syftet med ett aktiebolags verksamhet, där inget annat stadgats i bolagsordningen, skall vara att generera vinst, se ABL 12:2, 2 st. I generalklausulerna kommer, om än ej till fullo (se även ABL 3:1), även den aktiebolagsrättsliga likhetsgrundsatsen till uttryck, i det att de förbjuder åtgärder som är förmånligare för vissa aktieägare än andra. En tillämpning av generalklausulerna förutsätter emellertid inte millimeterrättvisa, enär den fördel som bereds en aktieägare på annan aktieägares bekostnad måste var otillbörlig. Missgynnandet av vissa aktieägare kan enligt generalklausulen också vara in-

[159] Se SOU 1971:15, s 216. Den tidigare gällande begränsningsregeln i vad avser gåvor (i strid med verksamhetens syfte) har däremot upptagits i ABL 12:6. Se närmare beträffande frågan om verksamhetens föremål och syfte Stenbeck m fl, s 184 ff och 217 f. Se även Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 10 ff. Vad som tidigare gällde för bolagsstämma enligt 1944 års aktiebolagslag 76 § var också stadgat om styrelsen eller annan ställföreträdare för bolaget i 91 §. Ej heller härvid synes någon saklig ändring i förhållande till gällande rätt vara avsedd. Se om motsvarande bestämmelser i 1910 års aktiebolagslag 55 och 66 §§.

[160] Se Stenbeck m fl, s 189 och Nial, *op. cit.*, s 10 ff och 18 ff.

[161] I sak överensstämmande bestämmelser infördes redan på våren 1973 i samband med de då företagna ändringarna i gällande aktiebolagslag, se proposition 1973:93, s 83 och 137. En i stora delar likvärdig bestämmelse fanns införd i 1944 års aktiebolagslag, 76 §, andra stycket.

direkt genom att bolaget skadas av åtgärd som gynnar aktieägare eller annan.

Det synes klart att de nu berörda grundsatserna gällande likhet mellan aktieägarna, verksamhetens syfte, etc har tillkommit i aktieägarnas, enkannerligen minoritetsaktieägarnas, intresse, varför dessa genom att samtycka till beslut eller åtgärder av det ena eller andra slaget kan disponera över de rättigheter som följer av grundsatserna. Något utpräglat borgenärsintresse kan inte sägas finnas inbyggt i de lagstadgade principerna. Borgenärerna gynnas dock i vissa fall indirekt genom upprätthållandet av principerna i fråga. Någon självständig rätt på grund av dessa kan de dock icke göra gällande. Borgenärernas rätt inskränkes huvudsakligen till skyddet av det bundna kapitalet.

3.6.4 Det för utbetalning eller utdelning tillgängliga beloppet

Frågan om vilket belopp som är tillgängligt för ett aktiebolag för utdelning eller utbetalning regleras i huvudsak i ABL 12:2 (se även 12:4 om vilket belopp som skall avsättas till reservfonden). Häri stadgas följande:

> 2 § Vinstutdelning till aktieägarna får icke överstiga vad som i fastställd balansräkning och, i fråga om moderbolag, i fastställd koncernbalansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som bolagets eller koncernens nettovinst för året, balanserad vinst och fria fonder med avdrag för
> 1. redovisad förlust,
> 2. belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital eller, i fråga om moderbolag, belopp som av det fria egna kapitalet i koncernen enligt årsredovisningarna för företag inom denna skall överföras till bundet eget kapital,
> 3. belopp som enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna.
>
> Vinstutdelning får icke 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. Förbud mot vinstutdelning i visst fall föreskrives i 6 kap 5 §[162].

[162] Hänvisningen till ABL 6:5 avser begränsningen beträffande vinstutdelning vid nedsättning av aktiekapitalet, vid vilken nedsättningsbeloppet används för omedelbar täckning av förlust eller överföring till reservfonden. En sådan nedsättning medför hinder för bolaget att under tre år utan rättens tillstånd dela ut vinst, såvida inte aktiekapitalet åter ökas med belopp motsvarande nedsättningen.

Av stadgandet framgår den s k dubbla begränsningsregeln. Vad som är tillgängligt för utbetalning eller utdelning är det fria egna kapitalet enligt den uträkning som ges i stadgandets första stycke minskat med vad som kan föranledas av en tillämpning av den allmänna försiktighetsregeln i stadgandets andra stycke. Är bolaget del i koncern, skall om bolaget är moderbolag fastställd koncernbalansräkning bilda utgångspunkt för beräkningen av det fria egna kapitalet. Vid tillämpning av den allmänna försiktighetsregeln skall dessutom koncernens konsolideringsbehov beaktas. En utbetalning får icke innebära, att det bundna egna kapitalet (aktiekapitalet och bundna fonder, häribland reservfonden samt eventuell uppskrivningsfond och i bolagsordningen fastställda bundna fonder) berörs, allt under förutsättning givetvis att utbetalningen kan karaktäriseras som vederlagsfri. Det utdelningsbara fria egna kapitalet utgörs av en eventuell årets nettovinst, balanserad vinst och fria fonder.

Även om den fastställda balansräkningen ger vid handen, att bolaget har ett fritt eget kapital tillgängligt för utdelning, måste enligt vad som ovan sagts med en tillämpning av den allmänna försiktighetsregeln övervägas, om vilket belopp inom ramen för det fria egna kapitalet som med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt i enlighet med god affärssed som kan utdelas.

Om tillämpningen av denna försiktighetsregel, som infördes 1975, ges föga ledning i lag och förarbeten. Rodhe har t ex konstaterat att regeln "är mycket svår att fixera till sin innebörd"[163]. I propositionen till 1975 års aktiebolagslag

[163] Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 88. 1944 års aktiebolagslag saknade en motsvarande regel. I lagens förarbeten uttalades emellertid, att bolagsorganen skulle ta hänsyn till bolagets räntabilitetutveckling, varvid särskild försiktighet skulle iakttagas vid bestämningen av hur mycket som var utdelningsbart, om denna utveckling var nedåtgående. Vidare framhölls, att en frivillig reservering underlättade en jämnare vinstutdelning samt att bolagets likviditet borde vinna beaktande i vinstutdelningssammanhang, liksom händelser, som inträffat efter balansdagen. Se SOU 1941:9, s 281. Aktiebolagsutredningens förslag innehöll ingen uttrycklig försiktighetsregel, men i utredningen uttalades liknande synpunkter som i förarbetena till 1944 års lag: "Fastän lagen anger att storleken av det fria kapitalet enligt den fastställda balansräkningen för föregående räkenskapsår är avgörande för bolagets möjlighet att utdela vinst är det givet att utdelningen i allmänhet ej bör omfatta hela detta kapital. För att kunna möta försämringar i bolagets lönsamhet, som kan bli en följd av konjunkturnedgång, konkurrens eller andra förhållanden och över huvud för konsolidering och utveckling av bolagets verksamhet är i allmänhet en betydande reservering av vinstmedel påkallad." ..... "Naturligtvis bör härvid också bolagets likviditet beaktas." ..... "Till omständigheter som också bör beaktas av bolagsorganen hör förändringar i bolagets ställning vilka inträffat efter räkenskapsårets slut. Svårigheter att avyttra bolagets produkter kan ha framträtt, en av bolaget lämnad större kredit kan visa sig bli förlustbringande, o s v. Sådana omständigheter kan utvisa att redan i balansräkningen större avskrivningar bort ske. Men även eljest kan de utgöra ett särskilt skäl till återhållsamhet med utdelning." Se SOU 1971:15, s 311. Märk emellertid den i 1944 års aktiebolagslag förekommande regeln i 74 § om vinstutdelning från moderbolag, vilken ej fick ske med så stort belopp att med hänsyn till koncernens ställning och resultatet av koncernens verksamhet i dess helhet, utdelningen fick anses stå i strid med god affärssed, och den i aktiebolagsutredningen föreslagna motsvarande regeln i 110 §, andra stycket, om att utdelning ej fick ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till storleken av det fria egna kapitalet inom koncernen och koncernens ställning

(1975:103) framhålls i allt väsentligt, med hänvisning till tidigare förarbetsuttalanden, endast vikten av att ett bolag konsoliderar sig genom tillskapandet av dolda reserver eller avsättning till fria fonder för att vara rustad mot försämringar i bolaget lönsamhet på grund av konjunkturnedgångar, konkurrens eller andra förhållanden. Begränsningar i utdelningen på grund av bolagets likviditetsbehov eller efter räkenskapsårets slut inträffade förhållanden som kan verka återhållande på utdelningen ges endast ett omnämnande.

Utdelning kan enligt den allmänna försiktighetsregeln ske såvida den icke står i strid med god affärssed. Om innebörden av god affärssed lämnas emellertid inget besked. I förarbetena har i ett annat sammanhang helt kort angivits, att god affärssed "kräver naturligtvis beaktande av de ovan antydda omständigheter som är av betydelse vid bedömningen av vad bolag i allmänhet högst bör dela ut som vinst"[164]. Svårigheterna att tolka begreppet ifråga har framhållits av Rodhe bl a med hänvisning till att det är svårt att avgöra huruvida någon affärssed i vad avser vinstutdelning överhuvudtaget förekommer[165]. Bortsett från denna svårighet, får det ofta nog vara förenat med stora besvär att avgöra i vilken grad hänsyn skall tas till konsoliderings- och likviditetsbehov samt bolagets utveckling efter räkenskapsårets slut. Eftersom en utdelning i strid med god affärssed utlöser återbäringsskyldighet, synes den allmänna försiktighetsregeln, på grund av sin otydlighet, påkalla en viss ytterligare rättssäkerhetsmarginal.

I juridisk doktrin har emellertid vissa försök gjorts att närmare fastställa innebörden av den allmänna försiktighetsregeln[166]. I resultatet härav ligger

i övrigt stod i strid mot god affärssed. Se utredningen s 311 f. Den ändrade lydelsen ansågs ej innebära någon ändring i sak.

[164] Se SOU 1971:15, s 312.

[165] Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 16 uppl, s 89, som tillägger: "Och om någon affärssed inte kan konstateras, bör det vara ganska svårt att påstå att försiktighetsregeln överträtts. Helt säkert är emellertid inte detta, eftersom det inte är uteslutet att en domstol, i brist på utredning om vad som kan vara en faktiskt existerande sedvana, anser sig kunna efter egen bedömning förklara, att ett visst handlande står i strid mot god affärssed".

[166] Se t ex Kedner/Roos II, s 228 ff och Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 88 f. Se även Lindskog, Kommentar, s 58 ff. Härvid har bl a följande framkommit.

Ett bolags konsolidering sker genom att bolaget bygger upp – beskattade eller obeskattade – reserver. Reserverna kan vara dolda genom att tillgångar undervärderas i balansräkningen och skulder övervärderas eller öppna genom avsättningar till fonder eller balanserad vinst. Fråga är således om att ett bolag på grund av frivilliga eller obligatoriska avskrivningar eller avsättningar, m m håller kvar vinstmedel i företaget. Åtgärderna kan leda till att bolagets soliditet, d v s förhållandet mellan eget kapital och skulder, förbättras. Vilket behov av konsolidering som föreligger i ett bolag är givetvis avhängigt av bolagets specifika karakteristika. Förhållanden varierar från bolag till bolag och från verksamhet till verksamhet. Konsolideringsbehovet kan också variera med graden av risk som finns inbyggd i verksamheten. Avsättningsbehovet varierar också beroende på avskrivningsmöjligheterna. Andra variabler som skall bedömas är konjunkturer, inhemsk och utländsk konkurrens, allmän marknadsutveckling, lönsamhetsutveckling, räntabilitet, m m. Vidare bör beaktas, såsom Rodhe särskilt påpekar, att viss vinstutdelning kan befrämja bolagets konsolidering. "Ett bolag som inte ger tillräcklig vinstutdelning för att tillfredsställa blivande intressenter på kapitalmarknaden eller eljest, kan inte påräkna att erhålla ytterligare kapital genom nyemission, något som har mycket större betydelse för

också ett krav på att i viss mån tillgodose aktieägarnas förväntningar om utdelning och givetvis bolagets framtida kapitalbehov.

Kravet att vid tillämpningen av den allmänna försiktighetsregeln hänsyn även skulle tas till bolags likviditetssituation tillkom, såvitt kan förstås, först efter remissbehandlingen av aktiebolagsutredningens förslag till ny aktiebolagslag[167]. Vad detta hänsynstagande skall bestå i framgår dock varken av lag eller förarbeten. Närmast till hands att antaga är väl, som Rodhe konstaterar, att vinstutdelningens omfattning skall vara sådan att den inte ger upphov till omedelbar likviditetskris[168]. Vidare bör givetvis beaktas att såväl likviditeten såsom behovet av likvider i regel varierar mer eller mindre kraftigt under verksamhetsåret. För det fall bolagets likviditet i det ögonblick som beslut om vinstutdelning skall tas är svag, synes dock ingenting hindra att själva verkställandet av beslutet uppskjutes intill dess likviditeten förbättras. Likviditetsfaktorn torde därför ytterst sällan ha någon större betydelse vid bedömningen av hur stor vinstutdelningen skall vara.

Utöver konsoliderings- och likviditetsbehovet skall vid tillämpningen av den allmänna försiktighetsregeln hänsyn tas till bolagets ställning i övrigt. Härmed avses främst bolagets utveckling, lönsamhet, värde av tillgångar, extraordinära händelser och förluster, skadeståndskrav, tvister m m, som inträffat efter räkenskapsårets utgång[169]. Erhåller bolaget däremot information efter räkenskapsårets utgång som påverkar enskilda poster i balansräkningen, t ex värderingar av fordringar m m, är det oklart huruvida denna information skall beaktas vid en tillämpning av försiktighetsregeln när omständigheterna faktiskt inträffat före räkenskapsårets utgång. I förarbetena nämns ju som beaktansvärt endast omständigheter som inträffar efter räkenskapsårets utgång[170].

Slutligen skall återigen understrykas, att för bolag i koncern gäller att hän-

konsolideringen än att utdelningen hålles nere." Se i denna fråga dock Lindskog, Kommentar, s 60.

[167] Se proposition 1975:103, s 477.

[168] Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 89.

[169] Se härom i SOU 1971:15, 311 och proposition 1975:103, s 478. Märk att enligt ABL 11:9, 1 st, skall i förvaltningsberättelsen upplysning lämnas dels om sådana för bedömningen av bolagets verksamhetsresultat och ställning viktiga förhållanden, vilka inte redovisas i resultat- och balansräkningarna, dels om händelser av väsentlig betydelse för bolaget, som inträffat under räkenskapsåret eller efter dess slut.

[170] Lindskog, Kommentar, s 62, synes i den ifrågavarande situationen förutsätta att en ändring av balansräkningen kommer till stånd (även en redan fastställd sådan), eller i vart fall att en omräkning skall ske med hänsyn tagen till den nya informationen före vinstutdelningsbeslutet så att de disponibla vinstmedlen reduceras i motsvarande mån. Lindskog, Kommentar, s 63, synes mena att en tillämpning av försiktighetsregeln kräver, att utlåning och säkerställanden i strid med ABL 12:7 – oberoende av gäldenärens eller säkerhetens förmånstagares betalningsförmåga – skall reducera utdelningsbart belopp (beträffande säkerheten förutsätter Lindskog dock att sådana är "vederlagsfria" utan att närmare ange innebörden härav). Ståndpunkten synes vara ogrundad och saknar stöd i lag och rättspraxis.

syn skall tas till koncernens konsoliderings- och likviditetsbehov samt ställning i övrigt[171].

En tillämpning av utbetalningsförbudet ger sålunda vid handen, att med hänsyn taget till den allmänna försiktighetsregeln, en vederlagsfri utbetalning eller utdelning i vart fall inte får överskrida det fria egna kapitalet enligt fastställd balansräkning, eller, med andra ord, får icke innebära ett intrång i det bundna egna kapitalet[172]. Eftersom det fria egna kapitalet även kan bestå av balanserad vinst och fria fonder, förutsätts inte att den vinst som delas ut intjänats under det senaste räkenskapsåret. Väsentligt är emellertid att endast det som upptagits i balansräkningen som fritt eget kapital är utdelningsbart, varvid bolagets reella förmögenhetssituation beroende på dolda reserver alltså saknar relevans härutinnan. Samtidigt gäller att utdelning kan ske – med iakttagande av försiktighetsregeln – så länge det bundna kapitalet är intakt. Borgenärsskyddet i utbetalningsförbudet bygger således icke på bolagets faktiska förmögenhet och tillgång på dolda reserver utan på vad som framkommer i redovisningen i fråga om bundet kapital. Denna ståndpunkt har allmänt antagits av såväl lagstiftaren som företrädare för doktrinen. I praxis har den kommit till uttryck främst i det s k Suecia-målet, där högsta domstolen fastställde att återbäringsskyldighet förelåg "oavsett att Suecias kvarvarande tillgångar må på grund av dolda reserver eller annorledes hava täckt dess dåvarande skulder, inberäknat de bundna fonderna"[173]. Däremot synes ingenting hindra att tillgångar i form av dolda reserver "lyfts fram" i balansräkningen genom försäljning och omvandling till kontanter eller andra tillgångar, så att den vinst som uppkommer på grund av försäljningen med avdrag för skatt inkluderas i det fria egna kapitalet, eller att sådana tillgångar delas ut, förutsatt ett bibehållet bundet kapital (efter avdrag för skatt och avsättning till reservfond)[174].

3.7 Tidpunkten för bedömningen av utdelningsbart belopp

I regel är frågan om tidpunkten för bedömningen av utdelningsbart belopp problemfri. Detta gäller vid de flesta transaktionsformer. Såvitt gäller säkerheter ställer sig emellertid saken annorlunda.

Frågan om vilken tidpunkt som skall vara avgörande för bedömningen

[171] Se härom Kedner/Roos II, s 196 ff. Beträffande reglerna om avsättning till reservfonden hänvisas till avsnitt 4.9 nedan.

[172] Se närmare härom Nerep, Om gränserna för utdelning av sakvärden och tillämpligheten av brutto- och nettometoden i aktiebolag, SST 1993, s 353-410.

[173] NJA 1951 s 6, s 25. Jfr vad som i rättsfallsreferatet upptagits av Nials utlåtande, se referatet s 12.

[174] Se härom Nereps ovan i fotnot 172 omnämnda arbete med vidare hänvisningar till bl a Lindskog, Olovlig kapitalanvändning; kommentar med anledning av några tingsrättsdomar, JT 1992-93, s 82 ff.

av om en säkerhet (som ställts på sådana villkor att den får betecknas som en *vederlagsfri utbetalning*) går utöver vad som är tillgängligt för utdelning, d v s innebär ett intrång på bolagets bundna kapital, enkannerligen om det skall vara tidpunkten för säkerhetens ställande eller dess ianspråktagande, har av Rodhe formulerats på följande sätt:

"Svårigheten är emellertid, att säkerställandets effekt inträder i två steg: först så kommer en villkorlig belastning på bolaget vid den tidpunkt då säkerheten ställs, och därefter blir belastningen definitiv när säkerheten tages i anspråk. Vilken av dessa tidpunkter skall vara relevant, när man bedömer om säkerställandet gör intrång på bolagets bundna kapital?" (Rodhe, s 128 f.)

I juridisk doktrin antogs länge den meningen vara mest välgrundad, att den avgörande tidpunkten för bedömningen av den föregående frågan skulle vara tiden då säkerheten aktualiserades (ianspråktagandetidpunkten)[175]. Ställandet av säkerhet från aktiebolags sida skulle i enlighet härmed anses stå i strid med utbetalningsförbudet, om vid ianspråktagandet av säkerheten från borgenärs sida det oguldna belopp som aktualiserade ianspråktagandet icke rymdes inom det för bolaget utdelningsbara beloppet. Med andra ord kunde ianspråktagandet endast gälla de vid ianspråktagandetidpunkten disponibla vinstmedlen. *Giltigheten* av säkerställandet och därmed säkerhetens värde var på grund härav avhängigt av det säkerställande bolagets ekonomiska ställning. Den nu beskrivna ståndpunkten skulle enligt Nial i första hand gälla borgensförbindelser, men utsträcktes av Rodhe till att omfatta i princip alla former av säkerheter. Nial fann sedermera skäl att nyansera sin uppfattning såtillvida, att, även om borgensförbindelsen – vilken säkerhet således Nial främst diskuterade – vid den tidpunkten den utfärdades, hade kunnat fullgöras med disponibla vinstmedel, skulle den betecknas som giltig, oaktat att fullgörandet därefter på grund av bolagets försämrade ekonomiska ställning inte var möjligt, förutsatt att

1. förbindelsen redan vid ingåendet i bolagets balansräkning faktiskt utförts så, att den fram till ianspråktagandetidpunkten fyllt funktionen att minska den utdelningsbara vinsten, *eller*

[175] Se Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 22 f. och Rodhe, Aktiebolagsrätt, 9 uppl, s 109. Jfr Danielsson, Aktiekapitalet, s 231, fotnot 1.

2. bolaget efter borgensförbindelsens tillkomst varken verkställt någon vinstutdelning eller återburit kapital till aktieägarna[176].

Beträffande en säkerhetsform, nämligen panten (häri inbegripet pant i såväl fast som lös egendom, inklusive företagshypotek), får den förevarande frågan anses vara avgjord i och med Högsta domstolens dom i Sveton-målet, NJA 1980 s 311. I valet mellan de två tidpunkterna anlade Högsta domstolen, såsom ovan närmare redovisats, ett mera övergripande rättspolitiskt perspektiv: Skulle ianspråktagandetidpunkten befinnas vara den avgörande, skulle med hänsyn till aktiebolagsrätten avsteg göras från en grundläggande panträttslig princip, "nämligen den att pantsäkerhet just skall skydda panthavaren så långt panten räcker mot den betalningsskyldiges senare inträffade insolvens". Pantens värde generellt som säkerhet i kreditlivet skulle minska om pantsättningens giltighet påverkades av pantsättarens gäldsituation vid ianspråktagandetidpunkten. Om, å andra sidan, säkerställandetidpunkten skulle vara bestämmande för frågan, skulle intresset av att upprätthålla utbetalningsförbudet motverkas. Rättspolitiskt reducerades bedömningen i Högsta domstolen till frågan om vilken princip som skulle ges företräde, den panträttsliga om pantsättnings fullbordan eller den aktiebolagsrättsliga avseende utbetalningsförbudet. Utbetalningsförbudets effektivitet kan emellertid upprätthållas med andra medel än medelst genombrott av en grundläggande panträttslig princip. Härvid hänvisade Högsta domstolen till möjligheten att motverka förfaranden i strid med aktiebolagsborgenärernas intressen på grundval av den år 1973 införda förbudslagstiftningen mot lån och ställande av säkerhet (utlåningsförbuden).

Bortsett härifrån motiveras ett fasthållande vid säkerställandetidpunkten som utgångspunkt för bedömningen av huruvida och i vilken omfattning utdelningsbara medel föreligger av den nära överensstämmelse som synes finnas mellan vederlagsfria transaktioner i allmänhet, häribland gåvor och gåvoliknande transaktioner, å ena sidan, samt en *vederlagsfri* pantsättning, å den andra. Enligt Högsta Domstolen är det tämligen naturligt att "en fullbordad pantsättning i nu ifrågavarande hänseende får

[176] Se Nial, s 23. Jfr Rodhe, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans, 1/1981, s 4. Se också Danielsson, Aktiekapitalet, s 231, fotnot 1.

likställas med överlåtelse". Det specifika med en *vederlagsfri* pantsättning är ju, enligt vad som kan förutses vid pantsättningstidpunkten, att panten med all säkerhet kommer att tas i anspråk av borgenären, varvid den regressfordran som uppkommer för bolaget mot huvudgäldenären – också enligt vad som kan förutses vid pantsättningstidpunkten – är utan värde. Valet mellan säkerställandetidpunkten och ianspråktagandetidpunkten är på så sätt intimt förknippat med det förhållandet, att pantsättningen är vederlagsfri, och det är till dylika, vederlagsfria pantsättningar, och inte pantsättningar i allmänhet, som Högsta domstolens ställningstagande i frågan hänför sig. Av central betydelse i målet var dessutom, att pantsättningen var vederlagsfri i den meningen, att huvudgäldenären i pantsättningsögonblicket var insolvent, varför regressfordran var utan värde. Med Högsta domstolens egen jämförelse, var pantsättningen så vederlagsfri, att den kunde likställas med överlämnandet av egendom i direkt avräkning på den ifrågavarande skulden, utan praktisk regressmöjlighet för det egendomsöverlämnande bolaget.

Den koppling som Högsta domstolen gjort mellan säkerställandetidpunkten, såsom utgångspunkt för bedömningen av förefintligheten av utdelningsbara medel, å ena sidan, och den på grund av insolvens och sammanhängande värdelösa regressfordran ifrågavarande vederlagsfriheten, å den andra, begränsar eller till och med förhindrar sålunda slutsatser om vad som skall gälla beträffande pantsättningar eller säkerställanden i gemen eller pantsättningar som är vederlagsfria i en annan mening än den här angivna[177].

[177] Hambergs analys av fallet, se Hur skall vederlagsfri pantsättning redovisas?, Balans 3/1981, s 26 f, träffar därför fel när han till grund för analysen lägger pantsättningar som är vederlagsfria utan att huvudgäldenären varit insolvent och regressfordran i anledning härav utan värde. Hamberg för följande resonemang.

"För att illustrera de olika möjligheterna kan man använda ett exempel där ett bolag har 1.000 i fria vinstmedel. Bolaget överväger att ställa säkerhet för annans gäld under sådana förhållanden att det möjligen kan komma att hävdas att transaktionen inte var affärsmässigt betingad. Huvudgäldenären är solvent före som efter upptagande av lån i den meningen att tillgångar överstiger skulder. Kan bolaget nu ställa säkerhet där största möjliga förlust är 10.000 även om risken är nästan försumbart liten?

1980 års rättsfall förefaller innebära att svaret är nekande och att säkerheten – t ex en pant – anses gälla endast till beloppet av fria vinstmedel, d v s i exemplet 1.000 kr. Detta skulle innebära att samtliga säkerheter som ställs – vi talar fortfarande endast om "vederlagsfria" sådana – måste beräknas till ett sämsta möjliga utfall, oavsett graden av kommersiell risk. Det kan möjligen finnas risk för att ett betydande antal bolag har sådana "contingent liabilities" vars totalsumma i värsta tänkbara fall långt överskrider synligt eget kapital enligt den egna balansräkningen. Visserligen kan häremot invändas att

Hur sedan pantsättningar skall behandlas bokföringsmässigt är en annan fråga. Det saknades anledning att i målet särskilt beröra denna sida av saken. Högsta domstolens uttalande, *obiter dictum*, att pantsättningen "kan böra bokföras så att det framgår, att mot panten svarande vinstmedel tagits i anspråk" (med hänvisning till bokföringslagen 19 §) har emellertid utvärderats i doktrinen[178]. Olika förslag till hur vederlagsfria pantsättningar skall redovisas har lämnats. Vid bedömningen av bärkraften av dessa förslag bör emellertid erinras om uttalandets mycket begränsade syfte. Uttalandet tar till synes endast sikte på redovisningen av pantsättningar som är *vederlagsfria* i den mycket begränsade mening som var aktuell i målet. Är det således fråga om vederlagsfria pantsättningar, som kan likställas med överlåtelse av egendom till avräkning av skuld, ter det sig naturligt att redovisningen av transaktionen skall innefatta ett ianspråktagande av motsvarande vinstmedel. Förslagen ifråga synes inte vara föranledda av domen i Sveton-målet, utan får anses ha en mera allmän tillämpning på redovisning av pantsättningar och säkerställande. Huruvida förslagen i denna allmänna tappning är godtagbara, kan inte bedömas i detta sammanhang.

Hur redovisningen av vederlagsfria pantsättningar i här angiven mening sedan skall ske på lämpligaste sätt är en öppen fråga. Ty skall den av Högsta domstolen framförda parallellen mellan en vederlagsfri pant-

många av dessa är affärsmässigt motiverade, d v s ej "vederlagsfria" men detta fäster endast uppmärksamheten på hur väsentlig bedömningen blir av vad som är "affärsmässigt betingat".

Svagheten i Hambergs resonemang, såsom berörts ovan, bortsett från den oriktiga användningen av solvensbegreppet, är det vida spektrum av transaktioner som Hamberg inrymmer i begreppet vederlagsfri pantsättning. Sveton-målet innehåller överhuvudtaget inga slutsatser om fall av pantsättningar där "risken är nästan försumbart liten". Den princip beträffande pantsättning som fastslogs i Sveton-målet gäller följaktligen ej heller "oavsett graden av kommersiell risk". När vederlagsfriheten enligt domen i Sveton-målet hänför sig till huvudgäldenärens insolvens och en på grund härav värdelös regressfordran, aktualiseras inte subtila bedömningar av kommersiella risker, utan endast de mest uppenbara fallen av klara risktaganden. Samma svaga grundförutsättning uppbär även Hambergs härpå följande resonemang om riskanalys i det enskilda fallet. Därmed är inte utan vidare sagt att bedömningen av vederlagsfriheten är fri från svårigheter med hänsyn till den solvensbedömning som skall ske. Jfr även vad som ovan sagts i förevarande framställning, avsnitt 3.2. De farhågor som Hamberg hyser i anledning av domen i Sveton-målet är på grund av hans övertolkning av domen följaktligen också utan grund.

[178] Se Rodhe, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1/1981, s 4 och densamme, Ytterligare något om vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 4/1981, s 26 samt Hamberg, Hur skall vederlagsfri pantsättning redovisas?, Balans 3/1981, s 26.

sättning och överlåtelse av egendom till avräkning av skuld få genomslag även i redovisningen, synes en "effektiv blockering" av motsvarande utdelningsbart belopp vara nödvändig. Skall redovisningen ske så, "att det framgår, att mot panten svarande vinstmedel tagits i anspråk", synes det inte vara tillfyllest att redovisa panten inom linjen, även om redovisningen förses med kompletterande upplysningar, ej heller att avskilja beloppet i fråga under "någon för ändamålet skapad rubrik", med ett eventuellt förtydligande[179]. Ej heller synes ett överförande till reservfonden av beloppet motsvara de krav som Högsta domstolens uttalande, *obiter dictum*, antyder. I uttalandet synes istället närmast ligga ett krav på att beloppet ifråga skall bokföras som en skuld eller möjligen ett avhändande av tillgångar, varvid de disponibla vinstmedlen reduceras med ett belopp som motsvarar den gäld för vilken panten ställts. För övriga mer eller mindre riskfyllda pantsättningar, som icke kan betecknas som helt eller delvis vederlagsfria i här angiven mening, förutsätts icke några särskilda redovisningsåtgärder utöver de sedvanliga, möjligen med undantag av de påtagligt riskfyllda pantsättningarna – utan att vederlagsfrihet i här angiven mening föreligger – för vilka god redovisningssed kan ställa ytterligare krav. Det nu sagda ligger emellertid utanför såväl Sveton-målet som den föreliggande framställningen (se dock något härom nedan). Måhända bör tilläggas, att beträffande de övriga fallen av pantsättning revisorerna borde kunna nöja sig med att betrakta dessa som vilken belastning på bolaget som helst, och endast beträffande den pantsättning som är vederlagsfri i här angiven mening vidtaga särskilda redovisningsåtgärder[180].

Av visst intresse i sammanhanget är tillämpningen av den princip som Högsta domstolen slog fast i Sveton-målet i det fall det pantsättande bolaget, sedan panten ställts, skulle komma i förfogande över ytterligare belopp för vinstutdelning. För att det ska vara möjligt att ta i anspråk de tillkomna medlen för pantsättning förutsätts, såsom Högsta domstolen uttalat, att en *ny pantförskrivning* äger rum[181].

[179] Se Rodhe, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1/1981, s 4, särskilt s 5.
[180] Se dock Rodhe, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1/1981, s 4, s 6. Jfr Posselius, Ogiltig pantsättning eller inte? Balans 12/1991 s 36 och Lindskog i JT 1992, s 81 f.
[181] Se NJA 1980 s 311, s 319.

Vad som hitintills, i det förevarande avsnittet har behandlats har, såsom ovan angivits, avseende på pantsättning av fast och lös egendom. Vad som skall gälla för borgensförbindelser och liknande förbindelser (bankgarantier och garantier över huvud m m) lämnar Sveton-målet ingen uttrycklig anvisning om. Högsta domstolens behandling av borgensförbindelser inskränker sig till ett återgivande av Nials ovannämnda ståndpunkt i frågan med följande tillägg:

> "Borgensförbindelse utgör ju en vanlig – villkorlig – fordran, som överhuvudtaget är beroende av borgensmannens ekonomiska ställning i gäldshänseende vid den tidpunkt då förbindelsen skall göras gällande. Det kan måhända vara naturligt att också i det hänseende som nu är i fråga fästa avgörande vikt vid borgensmannen/bolagets ekonomiska läge, då förbindelsen aktualiseras, eventuellt med de modifikationer som hävdas av Nial, sist anf st."[182]

Uttalandet saknar uppenbarligen prejudikatvärde. Frågan är om det över huvud ger någon anvisning om vilken ståndpunkt Högsta domstolen kan komma att intaga i ett framtida mål om vederlagsfria borgensförbindelser. Snarare finns skäl att fråga sig, om icke beröringspunkterna mellan pantsättning och borgensförbindelse är så många att de båda säkerhetstyperna rättsligt sett bör behandlas lika i här aktuellt hänseende. Mycket tyder på att så är fallet. De i domen angivna skälen för att finna, att pantsättningstidpunkten skall vara avgörande för bedömningen av det utdelningsbara beloppets storlek, synes i allt väsentligt vara tillämpliga också på borgensförbindelser. En grundläggande princip inom borgens- och garantirätten, liksom inom panträtten, får anses vara, att en borgensförbindelses *giltighet* skall bedömas med utgångspunkt från det förhållande som föreligger vid borgensförbindelsens ingående och inte påverkas av borgensmannens gäldsituation vid en senare tidpunkt. Det är ju borgensförbindelsens giltighet saken rör, nämligen huruvida – i fall av en vederlagsfri borgen – det vid borgensförbindelsens ingående hos borgensmannen (bolaget) fanns utdelningsbara medel motsvarande den skuld för vilken borgen utgör säkerheten (skuldbeloppet). Att sedan borgensmannen av olika skäl kan komma i ekonomiska svårigheter, och borgen av den anledningen reduceras i värde som säkerhet, saknar betydelse för

[182] Jfr Lindskog, Kommentar, s 66 fotnot 149.

den här aktuella frågan; som bekant kan även en pant minska i värde under pantavtalets löptid. Även i övrigt synes domskälen i Sveton-målet i förevarande del vara giltiga för borgensförbindelser. Det sagda innefattar också uttalandet, att en vederlagsfri pant är att likställa med en överlåtelse av egendom till borgenären i avräkning på skulden, måhända med den modifikationen, att parallellen istället för överlåtelse av egendom skall gälla utökandet av skulden. Vid behandlingen ovan av rättsfallet (avsnitt 3.5.5) har också berörts Högsta domstolens uttalande om att en pantsättning endast är giltig i den mån den motsvarar utdelningsbart belopp, och att för det fall det uppkommer nya vinstmedel en ny pantförskrivning måste ske (jfr ovan vid fotnot 181). En sådan princip kan knappast vidmakthållas för borgensförbindelser om ianspråktagandetidpunkten skulle vara avgörande för giltighetsfrågan. Det kan mycket väl tänkas fall där vid säkerställandetidpunkten det helt saknas vinstmedel i det säkerställande bolaget, men att vid ianspråktagandetidpunkten borgensbeloppet helt eller delvis täckts av sådana vinstmedel. Övriga argument för ianspråktagandetidpunktens relevans synes också vara mindre välgrundade, häribland argumentet, att fordringar på grund av borgensförbindelser icke är prioriterade samt att en pantsättning, till skillnad från borgen (se vidare nedan), i vissa fall innebär – dock långt ifrån alla, se t ex hypoteksfallen – en fysisk överföring av egendom. Huruvida tradition har skett eller icke, och vad aktiebolagets egendom rent fysiskt befinner sig, torde väl sakna aktiebolagsrättslig – i vart fall i kapitalskyddshänseende – signifikans.

I ett avgörande av Hovrätten för Västra Sverige av den 21 september 1993 (Ö374/92) för hovrätten i domsmotiveringen fram argument av här omförmält slag. De skillnader mellan tredjemanspant och borgen som enligt hovrättens mening närmast talar för att en borgensförbindelse är "giltig endast om och i den mån bolaget har fritt eget kapital vid den tidpunkt då förbindelsen görs gällande" synes sakna rättslig relevans. Detta gäller t ex den omständigheten, att borgensförbindelsen "utgör en villkorad fordran, vars värde är beroende av borgensmannens ekonomiska ställning i gäldshänseende från och med den tidpunkt då förbindelsen skall göras gällande, medan en pant har ett värde motsvarande den pantsatta egendomens värde". Det är fullt möjligt att denna skillnad mellan tredjemanspant och borgen har relevans i andra rättsliga sammanhang utanför aktiebolagsrätten; för frågan om olovlig vinstutdelning är relevansen dock knappast skönjbar. Detsamma gäller de övriga omständigheter som hovrätten hänvisar till i skillnadshänseende, t ex att en borgensförbin-

delse inte medför företrädesrätt till betalning framför andra borgensmannens skulder, att en pantsättare i och med pantsättningen frånhänder sig viss förfoganderätt över panten, och att en pantsättning i regel medför besittningsövergång. Relevant synes fastmera vara hur det rättsliga förhållandet gestaltar sig för den borgenär, som emottagit borgensförbindelsen som säkerhet, och för borgensbolagets övriga borgenärer. I förstnämnda hänseende synes varje annan tidpunkt än tiden för borgensförbindelsens utfärdande – för bedömningen av giltigheten härav – vara orimlig. För borgensbolagets övriga borgenärer torde det centrala vara själva redovisningen av borgensförbindelsen och tredjemanspanten. Härvid bör givetvis en likabehandling ske.

Vidare uppkommer påtagliga problem i det närmare bestämmandet av ianspråktagandetidpunkten, främst huruvida den skall avse tidpunkten för när borgensförbindelsen görs gällande eller tidpunkten när betalning sker i enlighet med borgensförbindelsen. Oavsett vilken tidpunkt som väljs utav dessa, uppstår svårbemästrade juridisk-tekniska och systematiska problem. Några principiella skäl för att göra skillnad mellan pantsättning och borgensförbindelse synes ej heller i övrigt kunna anföras. Den i Sveton-målet fastlagda principen om pantsättningstidpunkten som avgörande för bedömningen av förefintligheten av utdelningsbara medel bör således gälla för säkerställande i allmänhet, förutsatt givetvis att fråga är om i här angiven mening vederlagsfria sådana.

Enligt en tidigare "gängse" uppfattning var dock en borgensförbindelse giltig endast i den mån den kunde fullgöras med fritt eget kapital och med iakttagande av försiktighetsregeln vid tidpunkten för borgensåtagandets infriande. Såsom grund för denna uppfattning anfördes bl a, att ett aktiebolag icke är tvingat att utföra förbindelsen som skuld i balansräkningen och "därför skulle kunna disponera över motsvarande eget kapital på annat sätt innan borgensförbindelsen aktualiserades"[183]. Med andra ord bör enligt denna "gängse" mening en borgensförbindelse vara giltig om och i den mån den kan *fullgöras* med disponibla vinstmedel, med utgångspunkt från bolagets ställning vid tiden för borgensförbindelsens ianspråktagande (aktualisering) och icke tidpunkten för utfärdandet av borgensför-

[183] Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 9 uppl, 1978, s 109. Den uppfattning, som Rodhe härmed förklarar att vara "gängse", har uppenbarligen ursprungligen formulerats av Nial i 1 och 2 uppl av skriften Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser. I en tredje upplaga av samma skrift modifierar emellertid, som vi skall se nedan, Nial sin uppfattning något.

bindelsen. Denna uppfattning, som hänför sig till vad Nial utvecklat, motiveras av Nial enligt följande.

> "I första hand skulle man kanske vilja uppställa den satsen, att om bolaget har disponibla vinstmedel, kan det (med samtliga aktieägarnas samtycke) ikläda sig en borgensförbindelse i strid mot bolagets syfte (t ex borgen för en god vän till en större aktieägare) förutsatt att beloppet håller sig inom ramen för de disponibla vinstmedlen. Ja man kanske kunde ifrågasätta om icke bolaget med alla aktieägares samtycke kan röra sig ännu friare beträffande borgensförbindelser. Då en borgensförbindelse icke innan den blivit aktualiserad (eller i varje fall innan man behöver befara att den kommer att bli aktualiserad) behöver upptagas i balansräkningen annorledes än inom linjen (19 § bokföringslagen), kommer dess ingående icke att minska den disponibla vinsten enligt balansräkningen. Därav kanske man vill draga den slutsatsen att borgensförbindelse av ifrågavarande slag kan med alla aktieägares samtycke ingås utan vidare, oavsett om vinstmedel finns, förutsatt blott att borgensförbindelsen icke innefattar en sådan aktuell förlustrisk att den måste uppföras utom linjen i balansräkningen.
>
> Emellertid skulle en sådan princip innefatta fara för att borgenärsskyddsreglerna i lagen i *verkligheten* komma att sättas ur spel, om och i den mån borgensförbindelsen sedermera aktualiserades. Den skulle då kunna göra intrång på det bundna kapitalet och kanske medföra förlust för bolagets fordringsägare.
>
> Och i själva verket skulle en liknande fara föreligga, även om man endast godkände borgensförbindelser av ifrågavarande slag under den förutsättningen att bolaget vid dess ingående hade disponibla vinstmedel till borgensförbindelsens belopp. Just genom att borgensförbindelsen icke behöver utföras i balansräkningen skulle bolaget ha möjlighet att efter borgensförbindelsens ingående utan hänsyn till densamma disponera över sina vinstmedel för utdelning eller annorledes."[184]

Såsom Nial emellertid själv antyder, är det knappast konsekvent att behandla en borgensförbindelse i nu angivna hänseenden på annat sätt än andra dispositioner, t ex lån och fordringar på grund av sedvanliga transaktioner, om icke detta beträffande borgensförbindelser är nödvändigt för att upprätthålla aktiebolagslagens borgenärsskyddssystem. Här inställer sig nämligen frågan, varför skillnad skulle göras mellan, å ena sidan, ett dotterbolags lån till sitt moderbolag, på grund av vilket dotterbolaget i balansräkningen upptar en fordran hos moderbolaget, och, å andra sidan, dotterbolagets borgensåtagande för moderbolags lån av tredje man, t ex en kreditgivare. Är moderbolaget solvent och återbetalnings-

[184] Se Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, 3 uppl, s 22 f.

dugligt vid lånetillfället, upptas väl i normalfallet fordran i dotterbolagets balansräkning till hela beloppet; i motsatt fall, d v s när moderbolaget är insolvent, får säkerligen en avskrivning ske av hela fordringsbeloppet. (En försiktig redovisning fordrar med all säkerhet att en nedskrivning sker av fordringsbeloppet redan när moderbolaget får betalningssvårigheter och närmar sig obeståndet.) Väsentligt är emellertid, att fordringen upptas till fulla beloppet om i själva låneögonblicket moderbolaget var solvent. Därmed påverkar inte själva lånet dotterbolagets ställning i låneögonblicket. Är moderbolaget emellertid insolvent i låneögonblicket, får, enligt vad som ovan anförts, lånet ses som vederlagsfritt: på grund av att dotterbolaget icke kan påräkna en reguljär reglering av lånet genom återbetalning, enligt vad som kan förutses i själva låneögonblicket, borde heller icke någon fordran kunna upptas i balansräkningen, varför transaktionen direkt påverkar dotterbolagets ställning och egna kapital (fråga är – med Nials ord, s 22 – om en "aktuell förlustrisk"). Det är härvid av betydelse, att lånebeloppet motsvaras av vad som är disponibelt för utdelning i dotterbolaget i själva låneögonblicket. Till den del lånebeloppet inte täcks av disponibla vinstmedel, föreligger sålunda en olovlig, förtäckt vinstutdelning (helt oberoende av om alla aktieägare på grund av moderbolagets kontroll över alla aktier i dotterbolaget är "överens" om att transaktionen fullgörs).

En borgensförbindelse är att behandla på samma sätt som ett lån enligt ovan. I det ovan angivna exemplet om dotterbolagets borgensåtagande för moderbolagets lån av utomstående kreditgivare är åtminstone två redovisningsmetoder möjliga. Den ena metoden skulle innebära, att borgensförbindelsen upptas som en skuld i balansräkningen (motsvarande moderbolagets skuld) och dotterbolagets regressfordran på grund av att borgensåtagandet eventuellt måste infrias av dotterbolaget som en fordran hos moderbolaget. Är moderbolaget solvent i det ögonblick dotterbolaget utfärdar borgensförbindelsen, upptas skulden till fulla beloppet och likaså fordringen. Är å andra sidan moderbolaget insolvent, skall skulden upptas till fulla beloppet men fordringen i regel till noll. I denna situation påverkas givetvis dotterbolagets egna kapital. Olika mellanlägen är också tänkbara, t ex där moderbolaget är på väg att bli insolvent (risk för obestånd), varför skulden fortfarande upptas till fulla beloppet, men fordringen nedskrivs alltefter vad som kan beräknas inflyta; härvid tillämpas

enligt vad som kan förstås samma värderingsprinciper som för fordringar i övrigt. Jämför härvid med vad som anförts ovan om värderingen av fordringar enligt bokföringslagens 16§ (fordran tages upp till belopp varmed den beräknas inflyta; värdelös fordran får ej upptagas som tillgång).

Den av den svenska bokföringslagstiftningen (19 §) förordade metoden innebär emellertid en slags nettoredovisning av borgensförbindelser inom linjen: en borgensförbindelse redovisas normal icke som skuld, och den "latenta" regressfordringen icke heller som fordran. Först när borgensförbindelsen aktualiseras och borgen infrias synes enligt denna utgångspunkt den förlust som uppkommer på grund av infriandet böra redovisas. Men ej heller denna, av bokföringslagen anbefallda redovisningsmetod fordrar, att en borgensförbindelse i alla situationer skall upptas inom linjen, ej heller att förbindelsen måste utföras i balansräkningen först sedan eventuella förluster uppkommit på grund av ett infriande av borgensåtagandet. Ett visst manöverutrymme ger även denna redovisningsregel i den meningen, att borgensförbindelsen kan behöva upptas som skuld, helt eller delvis, på grund av att det kan befaras, att den måste infrias, och att den latenta regressfordringen är helt eller delvis utan värde. Vad nu sagts antyds redan av Nial i det citerade avsnittet ovan, och påpekas också av Danielsson i polemik mot Nial enligt följande.

> "Nial antar, att borgensförbindelse kan göras gällande, om och i den mån den kan *fullgöras* med disponibla vinstmedel. Dessförinnan har ett annat alternativ förkastats, nämligen att ett bolag med disponibla vinstmedel med samtliga aktieägares samtycke kan ikläda sig borgen inom ramen för de disponibla vinstmedlen, alltså bedömt efter förhållandena då förbindelsen ingås. Anledningen till att detta icke skulle duga är, att borgensåtagande, som icke innefattar aktuell förlustrisk, icke behöver tagas upp annat än inom linjen i balansräkning, varför de medel, som möjliggjort åtagandet, likväl skulle kunna delas ut. Detta torde vara fel resonerat. Regeln att borgensåtagande icke behöver redovisas annat än inom linjen är naturligtvis icke sådan, att den gäller även om ett borgensåtagande, som på grund av en aktiebolagsrättslig regel *skall* minska den utdelningsbara vinsten. Finns det ett *sådant* borgensåtagande, måste det föras ut som skuld i en balansräkning, som skall ligga till grund för bestämmande av den utdelningsbara vinsten."[185]

Uppenbarligen influerad av detta Danielssons påpekande fann Nial an-

[185] Se Danielsson, Aktiekapitalet, s 231, fotnot 1.

ledning att i tredje upplagan av "Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser", s 23, nyansera sin uppfattning i frågan, vilken sålunda utföll enligt följande.

> "Om borgensförbindelsen då den ställdes hade kunnat fullgöras med disponibla vinstmedel men detta sedan på grund av bolagets försämrade ställning inte är möjligt, synes den likväl böra anses giltig, ifall den från början i bolaget balansräkning faktiskt utförts så att den ända tills den görs gällande fyllt funktionen att minska den utdelningsbara vinsten ..... eller om bolaget efter borgensförbindelsens tillkomst inte verkställt någon vinstutdelning eller kapitalåterbäring."

Även Rodhe synes i anledning härav i senare upplagor av Aktiebolagsrätt ha nyanserat sin uppfattning. Rodhe redovisar Nials nu citerade ståndpunkt, men tillägger, att det står "alltjämt öppet, huruvida giltigheten av en, borgensförbindelse, skall bedömas med utgångspunkt från förhållandena vid tidpunkten då borgensförbindelsen ställdes eller med utgångspunkt från förhållandena då borgensförbindelsen tas i anspråk"[186].

Nials utveckling av den reviderade uppfattningen belastas emellertid av tolkningssvårigheter. Främst uppkommer frågan om uppfattningen skall ses som ett komplement till den "gängse" ståndpunkt som ursprungligen förmedlades av Nial. Huvudregeln skulle då fortfarande vara, att en borgensförbindelse är giltig om vid tidpunkten för dess ianspråktagande och fullgörande den täcks av disponibla vinstmedel. Undantaget skulle vara, att borgensförbindelsen också är giltig, om vid tidpunkten för dess utfärdande det belopp som förbindelsen avser täcks av disponibla vinstmedel och detta belopp (de disponibla vinstmedlen) öronmärks på ett eller annat sätt, t ex genom att borgensförbindelsen upptas som skuld i balansräkningen eller medel reserveras för borgens fullgörande, eller bolaget helt enkelt avstår från att dela ut ytterligare vinstmedel eller att överhuvudtaget utbetala medel till aktieägarna intill dess att borgen infriats.

Varje borgensförbindelse, som inte bara upptas inom linjen, utan också direkt påverkar borgensbolagets ställning och egna kapital eller möjligheter till vinstutdelning, skulle således vara giltig, förutsatt att borgensbeloppet är täckt av disponibla vinstmedel vid tidpunkten för bor-

[186] Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 129.

gensförbindelsens utfärdande. Detta synes vara innebörden i det av Nial uppställda kravet på att borgensförbindelsen redan "från början i bolagets balansräkning faktiskt utförts så att den ända tills den görs gällande fyllt funktionen att minska den utdelningsbara vinsten". Nial anger visserligen inte närmare i vilken utsträckning borgensförbindelsen skall "minska den utdelningsbara vinsten", men någon annan tolkning synes mot bakgrund av alternativet att helt avstå från vinstutdelning eller kapitalåterbäring inte vara möjlig. Den utdelningsbara vinsten skall således minskas med det för borgensförbindelsen aktuella skuldbeloppet. Är det fråga om en generell borgen, skall på motsvarande sätt det faktiska skuldbeloppet enligt huvudförbindelsen – från tid till annan – utgöra avräkningsbelopp. (Vilket detta belopp skall vara i exakta termer kan, såsom nedan skall visas, i vissa situationer vara vanskligt att bestämma.) Redovisningssättet ger självfallet inga garantier för att borgensförbindelsen kommer att kunna infrias i sin helhet utan avser främst att skydda aktiebolagets borgenärer som kollektiv i det att det utdelningsbara beloppet minskas.

Frågan är emellertid om icke Nial borde ha funnit skäl att ytterligare nyansera sin uppfattning om han hållit fast vid utgångspunkten, nämligen att det inte är konsekvent att behandla en borgensförbindelse annorlunda än andra dispositioner, och beaktat den "latenta" regressfordring som föreligger på grund av borgensåtagandet. Vid bedömning av denna fråga skall uppmärksammas, att Nial till synes inte uttalar sig generellt om alla borgensförbindelser, utan endast borgensförbindelser av ett visst särskilt slag, nämligen sådana som vid utfärdandetidpunkten är uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller stridande mot generalklausulen (t ex en borgen för en god vän till en större aktieägare). Nial är noga med att poängtera, att det är endast borgensförbindelser av "ifrågavarande slag" som han uttalar sig om, d v s sådana "icke affärsmässigt betingade" borgensförbindelser som i fall av befogenhetsöverskridanden (i kombination med ond tro) och i avsaknande av samtycke från alla aktieägare kan betecknas som ogiltiga enligt ABL 8:14. Såvitt gäller andra slag av borgensförbindelser ger Nial inga anvisningar. Det är icke uteslutet att Nial beträffande dessa är av den uppfattningen, att här icke föreligger några inskränkningar. Några hänvisningar till sådana vederlagsfria lån som t ex förekom i Suecia-målet och efterföljande rättspraxis om vederlagsfria lån gör i alla händelser icke Nial.

I Nials resonemang upprätthålls följaktligen icke en klar distinktion mellan sådana borgensförbindelser, å ena sidan, som avser att utgöra säkerhet för lån m m till en solvent låntagare (helt oberoende av om denne är en god vän till en större aktieägare, aktieägare eller i övrigt närstående till borgensbolaget

och helt oberoende således av om det med utgångspunkt i aktieägarskyddet/minoritetsskyddet finns anledning att ifrågasätta borgensförbindelsen) och, å andra sidan, borgensförbindelser till förmån för insolventa låntagare. Följden härav blir att aktieägarskyddssynpunkterna får ett genomslag vid tillämpningen av borgenärsskyddsreglerna, t o m i sådana fall där alla aktieägare är överens om en viss transaktion. Samtidigt förbigås det centrala i borgenärsskyddet, nämligen att tillse, att det bundna kapitalet icke reduceras på grund av *vederlagsfria utbetalningar* till aktieägare eller annan. Vederlagsfrihetsprövningen i här angiven mening synes icke fylla en självständig funktion i Nials framställning. Skälet härtill är, såsom ovan påpekats, att Nials kriterier för vederlagsfrihet skiljer sig från de som här anförts. (Se härom i avsnitt 3.2 och 3.3.)

3.8 Sammanfattande synpunkter på vederlagsfria lån och säkerheter

Det aktiebolagsrättsliga utbetalningsförbudet omfattar även lån och säkerheter. En utbetalning från ett aktiebolags sida är i strid med utbetalningsförbudet, och därmed olovlig och ogiltig, dels om den är vederlagsfri, dels ock om den resulterar i ett intrång på bolagets bundna kapital. Av rättspraxis (alltifrån Suecia till Nordanland) följer, att ett lån är vederlagsfritt, om gäldenären i låneögonblicket har en så svag ekonomisk ställning, att han saknar förmåga att återbetala lånet. Vederlagsfriheten skall härvid bedömas med utgångspunkt i gäldenärens återbetalningsförmåga. Den exakta innebörden av uttrycket "återbetalningsförmåga" kan icke fastställas mot bakgrund av given praxis och juridisk doktrin. Huruvida återbetalningsförmåga är liktydigt med solvens, är inte helt klarlagt: i ett par rättsfall använder Högsta domstolen uttrycket insolvens som kriterium för vederlagsfrihet. Mycket tyder emellertid på, att avgörande vid bedömningen av vederlagsfriheten av lån skall vara principerna för hur lånefordran skall redovisas. En värdelös fordran skall ej upptagas som tillgång i ett bolags balansräkning, en osäker fordran skall upptagas till det belopp varmed den beräknas inflyta (bokföringslagen 16 §). Avgörande är härvid icke nödvändigtvis gäldenärens insolvens, utan betalningsförmåga vid en försiktig redovisning: redan en risk för insolvens kan vid en försiktig redovisning medföra, att en fordran avskrives. En lånefordran kan också delvis vara vederlagsfri på grund av att den endast till

en del beräknas inflyta och skall nedskrivas i anledning härav.

Vederlagsfrihetsbedömningen avseende lån tar sålunda sikte på gäldenärens betalningsförmåga. I praktiken sällan förekommande, men teoretiskt sett ej uteslutna, är andra omständigheter som vid tillämpning av "god redovisningssed" borde leda till ned- eller avskrivning av lånefordran. Här avses främst sådana omständigheter som tyder på att parterna över huvud ej avsett att lånet skall regleras eller att skuldregleringen icke kan beräknas ske inom överskådlig tid av andra skäl, t ex gäldenärens vistelse å okänd ort, överföring av tillgångar till utlandet, m m. Följaktligen skall allt som gör en lånefordran osäker eller värdelös föranleda ned- eller avskrivning och skall till denna del vara att beteckna som vederlagsfri. Förutsättningen är dock genomgående, att endast omständigheterna i själva låneögonblicket skall ligga till grund för vederlagsfrihetsbedömningen. Härutöver skall bedömningen av vederlagsfriheten ske med viss säkerhetsmarginal av samma karaktär som gäller för utbetalningar i allmänhet (jfr härvid vad som gäller beträffande blandade transaktioner om avsevärd diskrepans mellan prestationerna å ömse sidor, gåvoavsikt m m; kan gåvoavsikt visas med hänsyn till omständigheterna i låneögonblicket, är varje del av en lånefordran som vid en försiktig redovisning motiverar en nedskrivning att se som vederlagsfri).

Av rättspraxis följer också, att ett vederlagsfritt lån (till den delen lånet är vederlagsfritt) utgör en olovlig utbetalning i strid med utbetalningsförbudet om utbetalningen inkräktar på det långivande bolagets bundna kapital, d v s tar i anspråk mer av bolagets tillgångar än vad som finns disponibelt i form av fria vinstmedel. Huruvida ett vederlagsfritt lån är på så sätt olovligt skall bedömas med utgångspunkt i förhållandena i själva låneögonblicket. Uppstår i det långivande bolaget nya vinstmedel, som ger ett större utrymme för vederlagsfria lån, kan ogiltigheten av det ursprungliga vederlagsfria lånet läkas genom att låneförbindelsen godkänts inom ramen för det nya utrymmet. Samma effekt torde kunna uppnås, om det ursprungliga lånet villkoras av att det långivande bolaget har tillräckliga disponibla vinstmedel. Eftersom ett vederlagsfritt lån är att jämställa med en vederlagsfri utbetalning, och således med en utdelning, får

för dylika lån anses gälla vad som i övrigt gäller för utdelning enligt ABL 12 kap[187].

Såvitt sedan gäller vederlagsfri pant, borgen och andra säkerheter bör utgångspunkten vara densamma som gäller för vederlagsfria lån. Bedömningen av vederlagsfriheten bör följaktligen grundas på värdet av den regressfordran som föreligger "latent" hos huvudgäldenären. Värdet av denna regressfordran skall bedömas på samma sätt som vilken fordran som helst och i enlighet med de principer för redovisningen som utstakats i bokföringslagen, m m. Avgörande är endast förhållandena i det ögonblick säkerheten ställs. Föreligger redovisningsmässiga skäl att ned- eller avskriva regressfordringen, skall säkerheten till den ned- eller avskrivna delen anses vara vederlagsfri. Har pant lämnats, skall dock regressfordran icke kunna vara högre än pantens (bokförda) värde; självfallet kan regressfordran underskrida pantens värde beroende på storleken av den skuld som gäldenären har enligt huvudförbindelsen (skuldbeloppet). För borgen och garantier gäller detsamma, förutsatt att förbindelsen ifråga har beloppbegränsats. Föreligger en generell borgen, är läget ett annat. På samma sätt som en beloppsbegränsad borgen får visserligen en första prövning av vederlagsfriheten ske i samband med att förbindelsen utfärdas. Prövningen omfattar härvid den generella borgensförbindelsen i relation till det faktiska, ursprungliga skuldbeloppet. Allteftersom skuldbeloppet ökar, måste emellertid en ny prövning ske, som om en ny borgensförbindelse hade utfärdats avseende tilläggsskulden. Andra kriterier för prövningen av vederlagsfriheten är givetvis tänkbara, i vart fall teoretiskt, på samma sätt som för lån. Inom den juridiska doktrinen har emellertid föreslagits, att vederlagsfrihetsprövningen skall ske på grundval av vad som kommit till uttryck i vissa aktiebolagsrättsliga minoritetsskyddsregler. Häribland återfinns det mera allmänt hållna kriteriet om vad som är "affärsmässigt betingat", vilket tydligen är att hänföra till Nials kriterium för vederlagsfrihetsprövningen, nämligen huruvida en transaktion är "uppenbart främmande för bolagsverksamhetens syfte eller bereder någon en otillbörlig fördel till bolagets nackdel"[188].

Enligt Nial är det "naturligt" även för transaktioner av här omförmält

[187] Se närmare om dessa bestämmelser Nerep, Om gränserna för utdelning av sakvärden och tillämpligheten av brutto- och nettometoden i aktiebolag.
[188] Se Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 2 f.

slag att tillämpa de i aktiebolagslagen gällande minoritetsskyddsnormerna. Även Rodhes krav på att en transaktion skall vara "affärsmässigt betingad" för att icke vara vederlagsfri synes ytterst vara att hänföra till Nials kriterium för vederlagsfrihetsprövningen, i vart fall såvitt gäller säkerheter. (I fråga om vederlagsfria utbetalningar i övrigt synes Rodhe emellertid vara mest benägen att analogisera från konkurslagens återvinningsbestämmelser, närmare bestämt konkurslagen 4:6 om återvinning av gåva och blandade transaktioner). I den föreliggande framställningen har emellertid befunnits, att det av Nial föreslagna kriteriet för vederlagsfrihetsprövningen är alltför intetsägande för att kunna utgöra annat än en allmän utgångspunkt för prövningen. Vid tillämpningen i det enskilda fallet saknar kriteriet nödvändig pregnans och stringens. Det är heller inte givet att det föreligger en kongruens vid tillämpningen av kriteriet såvitt avser skyddet av minoriteten, å ena sidan, och skyddet av borgenärerna, å den andra. Nials kriterium ansluter vidare icke alls till den rättspraxis som föreligger beträffande vederlagsfria lån. När rättspraxis för här ifrågavarande transaktioner tillhandahåller mer specifika bedömningsgrunder, synes det mera naturligt att dessa kommer till användning. Det är sedan en annan sak, att en utveckling av det av Nial förordade kriteriet i praktiken måhända leder till samma resultat som de i denna framställning hävdade.

Såsom nämnts, kvalificerar också Rodhe säkerheter som en vederlagsfri utbetalning, om säkerheten icke är "affärsmässigt betingad", eller ligger utanför det säkerhetsställande bolagets "eget intresse". Ehuru Rodhe beträffande vederlagsfria utbetalning i allmänhet har samma utgångspunkt som i denna framställning, och så även beträffande lån, ändras således kriteriet för vederlagsfrihetsprövningen när transaktionen utgörs av ställandet av säkerhet. Influensen från Nial och den av honom hävdade grunden för vederlagsfrihetsprövningen, nämligen aktiebolagslagens minoritetskyddsregler, är härvid påtaglig. Alldeles nyligen har emellertid Rodhe[189] utvecklat sin ståndpunkt om vad han betecknar som vederlagsfri säkerhet. Stöd för detta tycker han sig finna – på oriktiga grunder – hos Lindskog[190]. Ståndpunkten synes numera utmynna i, att varje stäl-

[189] Se Aktiebolagsrätt, s 129 f.
[190] Se Lindskog, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar, SvJT 1992, s 81, särskilt s 106.

lande av säkerhet för annans gäld från aktiebolagets sida är att se som vederlagsfri redan på grund av säkerhetens funktion: säkerheten tas i anspråk på grund av att huvudgäldenären brister i betalningsförmåga, vilken oförmåga det säkerställande bolaget alltid har att räkna med, d v s redan från säkerställandeögonblicket. Därmed faller emellertid Rodhes resonemang om "affärsmässigt betingade" och "icke affärsmässigt betingade" säkerheter av här ifrågavarande slag. Denna konsekvens återspeglas emellertid icke i Rodhes framställning. Rodhes synsätt står icke i samklang med rättspraxis, ej heller med vad han tidigare i olika sammanhang har anfört i frågan. Något stöd för uppfattningen finns ej heller i övrigt i doktrinen. Skäl att särskilja säkerheter av ifrågavarande slag från andra transaktioner har ej heller påvisats. Sammantaget måste följaktligen synsättet avvisas.

Vad sedan gäller det andra rekvisitet för att ställandet av en säkerhet skall utgöra en olovlig utbetalning, nämligen att säkerheten inkräktar på det säkerställande bolagets bundna kapital, får följande anses vara sammanfattande för rättsläget. Inledningsvis måste skillnad göras mellan tillämpningen av minoritetsskyddsregler och borgenärsskyddsregler i aktiebolagslagen. Är alla aktieägare överens, kan avvikelse ske från de dispositiva minoritetsskyddsreglerna. Samtycke från alla aktieägare kan emellertid icke legitimera brott mot borgenärsskyddsregler. I fråga om gränserna för vederlagsfria utbetalningar i form av säkerheter har sedan tvisteämnet varit, om bedömningen skall ske med utgångspunkt i förhållandena vid ställandet av säkerheten eller vid ianspråktagandet av densamma. Frågan har varit ytterst kontroversiell, men numera synes den lösningen vara utkristalliserad att förhållandena i säkerställandeögonblicket skall vara avgörande, i vart fall när det gäller panter, men sannolikt också borgensförbindelser och garantier. Rättsläget sammanfattas bäst i följande punkter.

1. Ett ställande av säkerhet som utgör ett befogenhetsöverskridande i den meningen, att den står i strid med bolagets vinstsyfte, likhetsgrundsatsen, otillbörlighetsregeln, m m eller på annat sätt innebär ett överträdande av befogenheten, kan vara ogiltigt enligt ABL 8:14 (förutsatt ond tro hos medkontrahenten), om icke alla aktieägare samtyckt härtill, oavsett om bolaget har tillräckligt med disponibla vinst-

medel som täcker upp det lånebelopp för vilken säkerheten ställts.

2. Om samtycke från alla aktieägare inte föreligger, kan ställandet av säkerheten vara ogiltigt enligt ABL 8:14 på grund av att den utgör ett befogenhetsöverskridande. Detta hindrar inte att samma säkerhet kan vara ogiltig enligt ABL 12 kap, på grund av att den innebär ett intrång i aktiebolagets bundna kapital. Det sistnämnda gäller även om ett befogenhetsöverskridande enligt ABL 8:14 icke föreligger.
3. Ett ställande av säkerhet, som är vederlagsfritt i den meningen att dess förmånstagare, gäldenären enligt huvudförbindelsen, är insolvent i det ögonblick då detta äger rum, är ogiltigt om och i den mån täckning för borgensförbindelsen saknas i bolagets disponibla vinstmedel vid tidpunkten i fråga. Ett belopp motsvarande skulden enligt huvudförbindelsen (om pant dock maximalt pantens (bokförda) värde, om beloppsbegränsad borgen – maximalt detta belopp) bör helt enkelt i detta läge upptas som en skuld i balansräkningen. Någon regressfordran kan i denna situation icke upptas i balansräkningen, eftersom en betalning i enlighet med fordringen icke kan påräknas. Till den del det upptagna skuldbeloppet innebär ett intrång i det bundna kapitalet, är följaktligen säkerheten ogiltig, och kan strängt taget icke göras gällande av huvudförbindelsens borgenär. Skulle gäldenären sedermera, d v s efter ställandet av säkerheten, förbättra sin ekonomiska ställning, torde inte den ursprungligen ogiltiga säkerheten därmed utan vidare bli giltig. Ingenting hindrar däremot, att borgensbolaget i detta nya ekonomiska läge ställer ny säkerhet, vilken – förutsatt att vid denna tidpunkt gäldenären är solvent – således kan vara fullt giltig. Säkerställandet kan också redan från början villkoras av – och begränsas till – att det bundna kapitalet ständigt bibehålls.
4. I enlighet med det nyss sagda är en säkerhet till förmån för en *solvent* gäldenär i regel icke vederlagsfri, och därför inte ogiltig, även om disponibla vinstmedel motsvarande det ifrågavarande beloppet saknas. Detta är helt i analogi med de principer som utvecklats i rättspraxis om lån och panter. Utgångspunkten för bedömningen är härvid situationen vid ställandet av säkerheten. Skulle gäldenärens ekonomiska ställning därefter försämras i så hög grad att gäldenären kan betecknas som insolvent, tvingas det säkerhetsställande bolaget att uppta det aktuella skuldbeloppet såsom en skuld i balansräkningen, vilket i sin tur

minskar det utdelningsbara beloppet och givetvis samtidigt det egna kapitalet. Det förändrade ekonomiska läget skall emellertid inte medföra att den ursprungliga säkerheten blir ogiltig, vilket i huvudsak är vad Nial hävdar, om det förutsätts att gäldenärens insolvens leder till att borgensansvaret aktualiseras och borgensbolaget vid detta tillfälle tvingas att ta i anspråk bundna medel. Det är knappast förenligt med rimliga krav på rättssäkerhet och krediträttsliga grundsatser att en säkerhets *giltighet* skall vara avhängigt av framtida, svårförutsägbara omständigheter, som t ex gäldenärens betalningsförmåga och det säkerställande bolagets ekonomiska utveckling; en annan sak är sedan att säkerhetens *värde* för borgenären kan variera beroende på dessa omständigheter. Det kan fastmera starkt ifrågasättas om en säkerhet från ett aktiebolags sida under dylika förhållanden överhuvudtaget kan vara gångbar som säkerhet: ianspråktagandet av en borgen har ju i regel föregåtts av gäldenärens oförmåga att reglera sin skuld enligt huvudförbindelsen och då blir det mer eller mindre tillfälligheterna som avgör huruvida det säkerställande bolaget har täckning i disponibla vinstmedel.

Det är naturligtvis tänkbart att vederlagsfrihetsbedömningen skall ske uteslutande vid en tidpunkt, nämligen vid tidpunkten för ställandet av säkerheten, så att en senare inträffad vederlagsfrihet eller insolvens inte skall påverka säkerhetens giltighet, men att låta prövningen av frågan om huruvida det bundna kapitalet är intakt (förekomsten av disponibla vinstmedel) vara beroende av situationen vid en annan tidpunkt, nämligen infriandetidpunkten. Utfallet härav blir, att endast sådana säkerheter som är vederlagsfria vid utfärdandetidpunkten är att se som ogiltiga, förutsatt att disponibla vinstmedel saknas vid infriandetidpunkten. Om giltigheten av säkerhet i sådant fall enligt Nials modell skall vara beroende av vilka disponibla vinstmedel som finns tillgängliga i det säkerställande bolaget vid infriandetidpunkten, borde det rimligen också sakna betydelse hur det förhåller sig därmed vid utfärdandetidpunkten. Slutsatsen är dock orimlig och knappast avsedd av Nial. Överhuvudtaget synes, särskilt i beaktande av det ondtroskrav som föreligger såvitt avser olovlig vinst utdelning, det dock orimligt att anta, att giltigheten av en säkerhet skulle vara avhängig av andra omständigheter än sådana som har förekommit vid själva stäl-

landet därav.

Laboreras med de tre nu angivna variablerna, nämligen vederlagsfriheten, samt disponibla vinstmedel vid utfärdandetidpunkten respektive infriandetidpunkten, bör rimligen följande resultat bli följden.

a) Är säkerheten icke vederlagsfri vid utfärdandetidpunkten och finns disponibla vinstmedel som täcker skuldbeloppet enligt huvudförbindelsens belopp vid utfärdandetidpunkten och infriandetidpunkten, föreligger en enligt vinstutdelningsprinciperna fullt lovlig disposition. En annan sak är sedan att dispositionen må komma i konflikt med minoritetsskyddsintressena; är icke alla aktieägare överens, och borgensförbindelsen står i strid med verksamhetens föremål eller syfte, likhetsprincipen eller otillbörlighetsregeln, kan ogiltighet enligt ABL 8:14 göras gällande.
b) Är säkerheten icke vederlagsfri vid utfärdandetidpunkten, men saknas motsvarande disponibla vinstmedel vid samma tidpunkt, bör under samma förutsättningar eljest som ovan under a) en fullt lovlig disposition föreligga. Jämför här Nials slutsats (s 22), att en "borgensförbindelse av ifrågavarande slag kan med alla aktieägares samtycke ingås utan vidare, oavsett om vinstmedel finns, förutsatt blott att borgensförbindelsen icke innefattar en sådan aktuell förlustrisk att den måste uppföras utom linjen i balansräkningen". Slutsatsen innefattar två förutsättningar, dels att borgensförbindelsen icke är vederlagsfri såsom situationen gestaltar sig vid utfärdandetidpunkten, dels att det i ett sådant läge saknar betydelse om vinstmedel finns vid samma tidpunkt.
c) Är säkerheten icke vederlagsfri vid utfärdandetidpunkten och ligger den inom ramen för disponibla vinstmedel vid samma tidpunkt, men saknas motsvarande disponibla vinstmedel vid infriandetidpunkten, bör svaret bli som under b) ovan. Det förhållandet att disponibla vinstmedel saknas vid infriandetidpunkten är knappast ägnat att ändra på grundförutsättningen, att transaktionen icke var vederlagsfri vid utfärdandetidpunkten. Under alla förhållanden kan frågan om vederlagsfrihet icke vara avhängig av förekomsten eller avsaknaden av dispo-

nibla medel vid infriandetidpunkten i det bolag som ställde säkerheten.

d) På samma sätt som ovan under a)-c) bör utgången bli densamma, om säkerheten icke är vederlagsfri vid utfärdandetidpunkten och disponibla vinstmedel saknas i det säkerhetsställande bolaget såväl vid utfärdandetidpunkten som vid infriandetidpunkten.

e) Den omständigheten att en vid utfärdandetidpunkten icke vederlagsfri säkerhet skulle kunna betecknas som vederlagsfri vid beaktande av omständigheterna vid infriandetidpunkten, måste hållas för betydelselös. Dylika tankegångar för in på farliga vägar; bl a skulle synsättet få förödande konsekvenser för allehanda transaktioner (leverantörskrediter, lån, säkerställande m m), som i transaktionsögonblicket är fullt affärsmässiga och kommersiellt betingade, men som vid en senare tidpunkt visat sig vara förlustbringande, ex vis p g a medkontrahentens insolvens, varvid förlusterna skulle – med den tillämpningen av synsättet – betecknas som förtäckt vinstutdelning. Att vederlagsfrihetsprövning skall ske med utgångspunkt i situationen vid utfärdandetidpunkten (transaktionsögonblicket) kan därför knappast ifrågasättas; för övrigt tycks rättspraxis fullt stödja denna ståndpunkt (här hänvisas till den rättspraxis som refererats ovan, alltifrån Suecia till Nordanland).

f) Mera svårbedömd är situationen där säkerheten är vederlagsfri vid ställandet därav. Det förhållandet att transaktionen är vederlagsfri, innebär en klar "aktuell förlustrisk" (med Nials terminologi). Finns disponibla vinstmedel motsvarande skuldbeloppet såväl vid utfärdandesom vid infriandetidpunkten, kan dock knappast påstås att transaktionen är olovlig.

g) Ändras förutsättningarna ovan under f) så, att disponibla vinstmedel i tillräcklig utsträckning saknas vid utfärdandetidpunkten, dock att skuldbeloppet har full täckning i disponibla vinstmedel vid infriandetidpunkten, är transaktionen olovlig vid förstnämnda tidpunkt, men lovlig vid infriandet om bolaget därvid redovisar tillräckliga vinstmedel, förutsatt att transaktionen villkoras av att dylika vinstmedel föreligger, eller ny överenskommelse träffats om transaktionen i fråga.

h) Kontroversiellt i detta sammanhang torde främst vara fallet där säkerheten är vederlagsfri vid utfärdandetidpunkten, skuldbeloppet ligger inom ramen för vad som är utdelningsbart vid samma tidpunkt, men

utom ramen för disponibla vinstmedel vid infriandetidpunkten. Förutsatt att säkerheten är vederlagsfri i den mening som gjorts gällande här, d v s att gäldenären enligt huvudförbindelsen saknar betalningsförmåga, kan utan vidare hävdas att det föreligger en "aktuell förlustrisk", vilket förhållande borde föranleda det säkerställande bolaget att föra ut säkerheten i bolagets balansräkning så "att den ända tills den görs gällande fyllt funktionen att minska den utdelningsbara vinsten" (se Nial, s 23). (Alternativet är, såsom Nial föreslår, att bolaget för perioden mellan utfärdandet och infriandet inte delar ut någon vinst.) Under dessa förutsättningar saknar det betydelse att bolaget vid infriandetidpunkten icke har disponibla vinstmedel motsvarande skuldbeloppet. Sker nu icke detta, kan ogiltighet inträda, men uteslutande på grund av omständigheterna vid utfärdandetidpunkten, d v s närmast det förhållandet att dispositionen icke bokförs och redovisas enligt sin reella innebörd. Att en gäldenär i egenskap av tredje man skulle vara i ond tro beträffande ett sådant förhållande, kan knappast tillhöra vanligheterna, varför främst bolagsorganens bristtäckningsansvar istället skulle aktualiseras.

i) I det fallet där säkerheten är vederlagsfri vid utfärdandet, och disponibla vinstmedel saknas såväl vid utfärdande- som vid infriandetidpunkten, föreligger olovlig vinstutdelning på grund av omständigheterna vid utfärdandet.

j) Slutligen kan nämnas det fallet där en säkerhet är vederlagsfri med en tillämpning av ovan nämnda kriterium för vederlagsfrihetsprövningen, och med beaktande av vissa omständigheter som pekar på vederlagsfrihet, men där säkerheten ändå kan anses vara affärsmässig på grund av ytterligare omständigheter. Ovan har nämnts exemplet, där förmånstagaren av säkerheten visserligen saknar återbetalningsförmåga, och säkerheten av det skälet är vederlagsfri, men där beaktandet av andra omständigheter vid en helhetsbedömning ändå leder till slutsatsen, att säkerheten var affärsmässig, se ovan avsnitt 3.5.4 och 3.5.5, *in fine*. Däremot torde det omvända icke kunna gälla, d v s det fall där en utbetalning befinns vara vederlagsfri på andra grunder än de som ovan angivits.

4. Om gränserna för utdelning av sakvärden och tillämpligheten av den s k brutto- och nettometoden i aktiebolag[191]

4.1 Inledning

Enligt ABL 12:1 får, såsom ovan har berörts, utbetalningar till aktieägare icke ske på annat sätt än i enlighet med vinstutdelningsreglerna i lagens 12 kap, nedsättningsreglerna i 6 kap eller i samband med utskiftning vid likvidation enligt regleringen i 13 kap. Stadgandet uttrycker det aktiebolagsrättsliga utbetalningsförbudet. Eftersom fråga är om en borgenärsskyddsregel, kan avvikelse härifrån icke ske ens om samtliga aktieägare är överens härom. Stadgandet betecknas på grund härav såsom en tvingande regel. Skillnad måste göras mellan dylika tvingande regler i aktiebolagslagen i allmänhet (se t ex reglerna om tillskottskapitalet i 2 kap, nedsättningsreglerna i 6 kap, förbudet mot förvärv av egna aktier m m i 7 kap, revisions- och redovisningsbestämmelserna i 10 och 11 kap, vinstutdelningsreglerna och låneförbuden i 12 kap, likvidationsregleringen i 13 kap, fusionsbestämmelserna i 14 kap, skadestånds- och straffsanktionerna i 15 respektive 19 kap), å ena sidan, samt minoritetsskyddsreglerna, vilka ger aktieägarna utrymme för avvikelser, bl a i 8 och 9 kap, å den andra.

Utbetalningsförbudet antas vara tillämpligt på s k vederlagsfria utbetalningar. Huruvida en utbetalning är vederlagsfri eller inte får grundas på en helhetsbedömning av en rad omständigheter som sammanhänger med utbetalningen. Frågan har behandlats ovan i avsnitt 3. Vid en sådan helhetsbedömning kan en prövning komma att ske av t ex diskrepansen mellan aktiebolagets prestation, å ena sidan, och den av mottagaren av utbetalningen eller annan tillhandahållna motprestationen, å den andra. En väsentlig diskrepans mellan prestationerna (procentuellt eller be-

[191] Avsnittet är en omarbetad version av artikeln i SST 1993, s 353.

loppsmässigt) kan tyda på att transaktionen är en s k blandad transaktion, d v s en delvis vederlagsfri transaktion. Säljer ett aktiebolag en tillgång för ett pris väsentligt under marknadsvärdet, får detta utgöra en indikation på att vederlagsfri utbetalning ägt rum. Ytterligare sådana indikationer kan t ex vara det förhållandet att mottagaren av utbetalningen är aktieägare, tillhör bolagsledningen eller är på annat sätt närstående till bolaget eller dess ledning eller aktieägare, att prestationsformen är ovanlig i beaktande av bolagets verksamhet i övrigt, att transaktionen utgör ett led i ett mönster av vederlagsfria utbetalningar till bolagsledning eller aktieägare, etc. Är däremot mottagaren av utbetalningen utanför närståendekretsen, får presumtionen anses vara stark för att utbetalningen grundas på affärsmässighet (t ex sponsoring, mutor, rabatter, särskilda förmåner till återförsäljare och samarbetspartners m m). En närmare reglering av dessa frågor saknas i aktiebolagsrätten, men en försiktig analogi från återvinningsstadgandet i konkurslagens 4:6, med dess förarbeten och samlade praxis, torde ge en viss fingervisning. Huruvida vederlagsfrihetsprövningen sedan slutligt skall ske på grundval av en analogi från konkurslagens återvinningsregler (närmast 4:6) eller aktiebolagsrättens grundsatser om verksamhetens föremål och otillbörliga transaktioner[192] torde härvid sakna praktisk betydelse.

Såvitt sedan gäller *utbetalningsbegreppet* får det i allmänhet tolkas långt vidare än vad begreppets innebörd ger sken av. Såsom utbetalningar i aktiebolagsrättslig mening får betraktas avhändandet av icke bara kontanter, utan också annan fast eller lös egendom, men vidare även rena eftergifter eller ökningar av aktiebolagets skuldbörda. Det hela synes med Stefan Lindskogs terminologi kunna sammanfattas i begreppet kapitalanvändning, d v s alla utbetalningar som påverkar bolagets tillgångar eller skulder och därigenom negativt dess kapital[193].

Utbetalningsadressat kan vara såväl aktieägare som annan. Av lagtexten i ABL 12 kap framgår visserligen, att utbetalningsförbudet avser utbetalningar till aktieägare, men det får numera anses vara klarlagt av förarbeten till 1975 års aktiebolagslag[194] och rättspraxis sedan Suecia-målet

[192] Se om generalklausulen, Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 22 ff.
[193] Se SvJT 1992, s 81, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning, etc.
[194] Se SOU 1971:15, s 310.

(NJA 1951 s 6 I), att förbudet träffar varje mottagare av utbetalningar, även om det får anses vara sällsynt i praktiken, att annan än aktieägare (eller närstående till aktieägare), eller person i bolagsledningen i övrigt, erhåller en vederlagsfri utbetalning.

Såsom *olovlig*, och därför stridande mot utbetalningsförbudet, betecknas en utbetalning eller kapitalanvändning först när utbetalningen överskrider de ramar som fastställts i ABL 12:2–4. I ABL 12:2 specificeras vad som konstituerar s k utdelningsbara medel, eller vad som är disponibelt för utbetalning i vederlagsfria former. I ABL 12:3 stadgas vissa formföreskrifter och minoritetsskyddsregler och i ABL 12:4 om avsättning till respektive nedsättning av reservfond.

I ABL 12:5 ges den primära sanktionen vid överträdelse av utbetalningsförbudet (sekundärt kan utbetalningsförbudet sägas vara sanktionerat av bl a brottsbalkens regler om brott mot borgenär, företrädesvis oredlighetsbrottet). Enligt stadgandets första stycke är mottagare av olovlig utbetalning återbäringsskyldig, om man hade skälig anledning att anta, att utbetalningen utgjorde en överträdelse av utbetalningsförbudet. Enligt andra stycket är var och en som medverkat till beslut om eller verkställande av utbetalningen, eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning, bristtäckningsansvarig. De bristtäckningsansvarigas krets begränsas emellertid av regleringen i ABL 15 kap § 1–4 till bolagsorganen, d v s ledamot av styrelsen, VD, revisor, stiftare, likvidator och aktieägare. Bristtäckningsansvaret är subsidiärt i förhållande till återbäringsskyldigheten, men solidariskt de ansvariga emellan. Bristtäckningsansvaret kan dock utlösas redan om mottagaren av de olovligt utdelade medlen är i god tro (grundat på doktrinen om condictio indebiti). En viss utvidgning av återbäringsskyldigheten synes dessutom ha skett i praxis såtillvida, att varje mottagare av olovlig utbetalning, direkt eller indirekt från aktiebolaget, kan göras återbäringsansvarig. Såväl återbärings- som bristtäckningsansvaret synes ytterst vara att hänföra till den olovliga utbetalningens ogiltighet. Återbäringsansvaret skall avse det som vid en beloppsmässig bestämning frånhänts aktiebolaget (det frånhända värdet i utbetalningsögonblicket) samt ränta enligt räntelagen. Frågan behandlas närmare nedan i avsnitten 6.1 och 6.3.1.

I den följande framställningen skall ett försök till analys göras i första

hand av vinstutdelningsspärren i ABL 12:2, 1 st, vilken analys i viss mån skall inbegripa vissa andra delar av vinstutdelningsregleringen i 12 kap. I centrum för analysen skall emellertid ställas ramarna för vad som förutsätts vara vederlagsfria utbetalningar från ett aktiebolag till aktieägare eller andra. Till utgångspunkt för framställningen tas en frågeställning som kan illustreras med följande inledande exempel.

Antag att ett aktiebolag säljer en tillgång till en aktieägare. Antag vidare att köpeskillingen motsvarar tillgångens bokförda värde, men att tillgångens marknadsvärde vid försäljningen är högre än det bokförda värdet. Antag slutligen att skillnaden mellan marknadsvärdet och det bokförda värdet är så betydande eller väsentlig att fråga är om en vederlagsfri utbetalning motsvarande skillnaden. Den centrala frågan blir härvid, om den vederlagsfria utbetalningen motsvarande skillnaden mellan marknads- och bokfört värde enligt ABL 12:2, 1 st, skall vara täckt av det belopp som enligt bolagets fastställda balansräkning för det senaste räkenskapsåret är utdelningsbart, med iakttagande av försiktighetsregeln i ABL 12:2, 2 st, eller om det är tillfyllest, att den vederlagsfria utbetalningen icke inkräktar på bolagets bundna kapital. (Ett annat, en smula vilseförande sätt att uttrycka saken är följande: Skall diskrepansen mellan marknadsvärde och köpeskillingen eller bokfört värde och köpeskillingen rymmas inom utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret.)

Modifieras exemplet sålunda, att tillgången ifråga avhänds aktiebolaget utan någon som helst motprestation från aktieägarens sida, blir frågeställningen i stället huruvida det är det bokförda värdet eller marknadsvärdet som skall täckas av det belopp som enligt fastställd balansräkning för bolaget för det senaste räkenskapsåret är utdelningsbart, eller om det även här är tillfyllest att det bundna kapitalet är intakt. Skall med andra ord i det senaste exemplet den vederlagsfria utbetalningen anses omfatta tillgången till dess bokförda värde eller till dess marknadsvärde? Av intresse här är således endast utdelning av en sådan tillgång, vars marknadsvärde i vart fall teoretiskt sett kan vara högre än dess bokförda värde. Företeelsen brukar karakteriseras som en utdelning av "sakvärden". Denna nu mycket knapphändigt illustrerade grundläggande frågeställning leder givetvis till ett flertal följdfrågor beträffande vilka avsättningar till reservfonden som måste ske, lovligheten av förtäckt vinstutdelning

över huvud, tillåtligheten av efterutdelning och förskottsutdelning, koncernbidrag m m, vilka frågor i det följande upptas i sitt logiska och sakliga sammanhang. Med den avgränsning som nu skett, faller emellertid vederlagsfrihetsprövningen utanför framställningen. Detsamma gäller till stora delar försiktighetsregeln i ABL 12:2, 2 st, och minoritetsskyddsreglerna samt skattebehandlingen.

4.2 Lagtext och förarbeten

Till frågan om varje vederlagsfri utbetalning måste vara beloppsmässigt täckt av vad som i ett aktiebolag enligt fastställd balansräkning är utdelningsbart, eller om det är tillräckligt att aktiebolagets bundna kapital är intakt efter den vederlagsfria utbetalningen, lämnar lagtexten i ABL 12 inget entydigt besked. I ABL 12:2, 1 st, stadgas följande:

> "Vinstutdelning till aktieägarna får icke överstiga vad som i fastställd balansräkning och, ifråga om moderbolag, i fastställd koncernbalansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som bolagets eller koncernens nettovinst för året, balanserade vinst och fria fonder med avdrag för
>
> 1. redovisad förlust,
> 2. belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital eller, ifråga om moderbolag, belopp som av det fria egna kapitalet i koncernen enligt årsredovisningarna för företag inom denna skall överföras till bundet eget kapital,
> 3. belopp som enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägarna."

Av stadgandet följer, att vad som är utdelningsbart i aktiebolaget är de s k fria fonderna, balanserad vinst och nettovinst för räkenskapsåret. Begreppet nettovinst har icke närmare definierats i lagtexten. Begreppet sammanhänger med vad som betecknas som årsresultat i resultaträkningen enligt bokföringslagens § 18. Till de fria fonderna brukar räknas sådana fonder till vilka avsättning av vinstmedel sker, t ex dispositionsfond, delcrederefond (förekommer numera sällan i praktiken), vinstfördelningsfond eller dylikt. Vad som på så sätt är utdelningsbart skall dock reduceras med redovisad förlust som uppkommit under räkenskapsåret

eller som är balanserad, det som skall avsättas till reservfonden eller annan bunden fond enligt lag eller bolagsordningen samt det som eljest skall användas för annat ändamål än för utdelning enligt bolagsordningen. Till reservfonden skall enligt ABL 12:4 avsättas belopp som motsvarar minst 10 % av den del av nettovinsten för året som ej går åt för att täcka balanserad förlust, förutsatt att reservfonden ej redan uppgår till 20 % av aktiekapitalet, eller det högre belopp som enligt bolagsordningen skall avsättas till reservfonden. Utdelningsbart är följaktligen det belopp som nu angivna reduktion resulterar i.

Vad frågan nu gäller är om det belopp som efter föreskrivna reduktioner är utdelningsbart också skall anses vara ett beloppsmässigt maximum för utdelning av sådana tillgångar, vars marknadsvärde är högre än det bokförda värdet. För kontanter eller i övrigt sådana tillgångar vars bokförda värde typiskt sett är identiskt med deras marknadsvärde är frågan ointressant, enär varje vederlagsfri utbetalning överstigande detta bokförda värde/marknadsvärde med automatik kommer att inkräkta på aktiebolagets bundna kapital, d v s aktiekapitalet och bundna fonder för det fall nu nämnda maximibelopp överskrids. För sådana tillgångar gäller tvivelsutan den i ABL 12:2, 1 st, tvingande regleringen om att vinstutdelning till aktieägarna icke får överstiga vad som i fastställd balansräkning beräknats vara utdelningsbart. Vad som maximalt kan delas ut i form av pengar eller annan tillgång, vars marknadsvärde typiskt sett sammanfaller med det bokförda värdet, till aktieägare eller annan är sålunda det enligt nu angivna grunder framräknade utdelningsbara beloppet (högsta tillåtna belopp för utdelning). Hänsyn måste därutöver givetvis tas till försiktighetsregeln i stadgandets andra stycke.

Av intresse är också det intima sambandet mellan reglerna om vinstutdelningsramarna enligt ABL 12:2 och de formella föreskrifterna i ABL 12:3; grunden för all vinstutdelning enligt ABL 12 är den på ordinarie bolagsstämman fastställda balansräkningen. Visserligen förutses i förarbetena till 1975 års aktiebolagslag[195] att överföring av tillgångar till aktieägare eller annan kan ske i annan form än genom utbetalning i pengar, s k maskerade utbetalningar eller förtäckt utdelning. I förarbetena be-

[195] SOU 1971:15, s 310, jfr proposition 1975: 103, s 475 och s 485 f; se även SOU 1971:15, s 320.

tecknas detta som kringgående av vinstutdelningsreglerna, vilket leder till uttalandet, att sanktionsstadgandet i ABL 12:5 även är tillämpligt å sådana kringgående. Denna knapphändiga diskussion som i förarbetena förs om förtäckt vinstutdelning synes dock ej på någon punkt ha påverkat lagtextens utformning, varvid ej heller konsekvenserna av en sådan förtäckt vinstutdelning avseende t ex tillgångar, vars bokförda värde typiskt sett är lägre än marknadsvärdet, har övervägts. De exempel som omnämns i förarbetena är fallet där en aktieägare till aktiebolaget överlåter egendom till överpris, varvid således från aktiebolagets sida utbetalning sker i form av pengar. Vidare nämns[196] exemplet med utbetalning av löner överstigande normala löner, vilket således även det är en utbetalning i form av pengar. I propositionen 1975:103 (s 486) anförs dock det ytterligare exemplet att aktieägare köper en vara från aktiebolaget till underpris. Något vidare resonemang kring detta exempel förs dock ej i förarbetena. Väsentligt är emellertid att dessa exempel på förtäckt vinstutdelning betecknas som kringgåendefall och att de således icke är direkt reglerade i lagtexten.

Stadgandet i ABL 12:2, 1 st, om gränserna för vinstutdelning från aktiebolag har med all säkerhet utformats uteslutande med sikte på den typiska vinstutdelningssituationen, nämligen där utdelning sker i form av kontanter, eller med kontanter jämförbara tillgångar, efter det att beslut om vinstutdelning tagits på ordinarie bolagsstämma på grundval av förslag av styrelse m m. Över huvud taget synes grunden för vinstutdelningsregleringen i ABL 12:1–5 vara föreställningen om denna reguljära vinstutdelning på grundval av årsbokslut, fastställd balansräkning m m på ordinarie bolagsstämma etc. Till stöd för denna tes kan åberopas först och främst lagtextens utformning, enligt vilken begreppet vinstutdelning definieras snävt, regleringen enligt ordalydelsen endast avser vinstutdelning till aktieägare, och vinstutdelningen genomgående föreställs vara en utdelning av ett visst belopp. Även uttalanden i propositionen (1975:103, s 486) kan åberopas till stöd härför.

Att lagstiftaren endast haft denna reguljära vinstutdelningsform för ögonen, framgår också av förarbetena liksom motsvarande stadganden i äldre aktiebolagsrättslig lagstiftning och dess förarbeten. Det allt över-

[196] SOU 1971:15, s 321.

skuggande syftet med vinstutdelningsspärren i ABL 12:2, 1 st, liksom dess äldre motsvarigheter i aktiebolagslagar från 1800-talet och därefter (1910 års och 1944 års aktiebolagslagar) är och har varit att skydda aktiebolagets bundna kapital. Saken formuleras i förarbetena till 1944 års aktiebolagslag[197] och förarbetena till 1975 års aktiebolagslag[198] så, att stadgandet ger uttryck för den centrala aktiebolagsrättsliga principen om det bundna kapitalets skyddande mot minskning genom vinstutdelning till aktieägarna och att bolagets bundna tillgångar (bundna kapital) är undandragna aktieägarnas dispositionsrätt.

Vidare anges allmänt i förarbetena, att stadgandet markerar den gräns som ej får överskridas vid utdelning till aktieägarna. Det genomgående intrycket av studiet av förarbetena till aktiebolagslagarna är, att (med bortseende av försiktighetsregeln) någon överträdelse av vinstutdelningsreglerna ej kan komma ifråga, så länge det bundna kapitalet i aktiebolaget lämnas intakt. Den tvingande regleringen till skydd för borgenärerna är med andra ord begränsad till skyddet av det bundna kapitalet; så länge detta kapital lämnas orört (återigen med bortseende från försiktighetsregeln) disponerar aktieägarna (och i viss mån styrelsen) över bolagets medel och de vederlagsfria utbetalningarna. Gränsen markerar brytpunkten mellan tvingande borgenärsskyddsregler och dispositiva minoritetsskyddsregler. Å andra sidan måste medges, att i lagförarbetena saknas ett explicit ställningstagande till den i förevarande framställning centrala frågan om utdelning av sakvärden.

Viss vägledning ger dock förarbetena till 1975 års aktiebolagslag, se främst Aktiebolagsutredningens förslag till aktiebolagslag m m, SOU 1971:15. (Av icke helt underordnat intresse är i sammanhanget den omständigheten, att utredningsman som bekant var professor Håkan Nial.) Utredningen föreslog (115 §), att vissa aktiebolags penninglån och säkerställanden skulle förbjudas. Förbudet skulle träffa särskilt sådana lån och säkerheter som lämnades av aktiebolag utan betryggande motsäkerhet, dock att undantagna skulle vara lån eller säkerheter till förmån för moderbolag eller mycket små aktieägare i bolaget. Förslaget till förbudsstadgande utformades emellertid så, att det fick en utpräglad borgenärs-

[197] SOU 1941:8–9, s 281.
[198] SOU 1971:15, s 310; jfr proposition 1975:103, s 475.

skyddskaraktär, i det att avsikten endast var att skydda det bundna kapitalet. I anledning härav gällde förbudet ej såvitt fastställd balansräkning för det sist förflutna räkenskapsåret utvisade, att bolagets fria egna kapital, minskat med utdelning enligt bolagsstämmans beslut, täckte sammanlagda beloppet av sådana lån och säkerheter.

Vid remissomgången[199] kritiserades förslaget bl a för dess otillräcklighet. Det låneförbud, som numera återfinns i ABL 12:7, och som sedermera infördes (1973), var ett resultat bl a av remisskritiken och de ändringsförslag som framfördes i remissyttrandena, men framför allt av tillkommande skattemässiga överväganden. Oberörd av såväl remisskritiken som senare överväganden var emellertid själva motiveringen till det ursprungliga förslaget av aktiebolagsutredningen och det resonemang som förs däri. Det är just denna motivering som är av intresse i förevarande sammanhang, se SOU 1971:15, s 322 ff. (På samma sätt som nuvarande förbud, föreslogs att förbudet skulle vara straffsanktionerat, se 173 § p 8.)

Syftet med aktiebolagsutredningens förslag till förbud var uppenbarligen att hindra, att det bundna kapitalets verkan såsom borgenärsskydd skulle sättas ur spel genom lån och säkerheter från aktiebolag (se SOU 1971:15, s 323). Borgenärsskyddet skulle, såsom utredningen såg saken, kunna upprätthållas genom att lån gavs mot betryggande säkerhet. Vidare utgick förslaget ifrån den uppfattningen, att om lånen och säkerheterna ställs inom ramen för bolagets fria kapital, som kunde disponeras för vinstutdelning, så kunde lånen eller säkerheterna ej anses inkräkta på lagens borgenärsskyddssystem. I den utsträckning som lån och säkerheter, in toto, till eller till förmån för aktieägare eller styrelseledamöter (i bolaget eller dess moderbolag) rymdes inom ramen för disponibla vinstmedel – reducerad med vad som utdelats eller skulle komma att utdelas på grund av bolagsstämmans beslut – bedömde således aktiebolagsutredningen, att borgenärsskyddsintresset i att aktiebolagets bundna kapital var intakt tillgodosetts. Lån eller säkerhet som inkräktade på det bundna kapitalet förutsatte emellertid, såsom redan angivits, att betryggande säkerhet ställdes. I så måtto innebar sålunda förslaget en utvidgning av den s k sueciaprincipen, som utkristalliserades i NJA 1951 s 6 I, att icke endast

[199] Se härom proposition 1973:93, s 60 ff.

lån till gäldenärer som i låneögonblicket saknade återbetalningsförmåga, utan också lån eller säkerheter utan betryggande motsäkerhet härigenom skulle stävjas. (Märk dock att det föreslagna förbudet i första hand skulle vara straffsanktionerat; om giltigheten av lån eller säkerheter i strid med förbudet sägs ingenting i motiveringen.)

Av omedelbar betydelse för den föreliggande framställningen är sedan följande uttalande i förslagsmotiven (se SOU 1971:15, s 323):

> "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 p g a 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 e dyl, 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." (Kursivering här).

Tydligen skall enligt utredningen bedömningen av om en viss säkerhet, som avser sakvärden, ligger inom ramen för utdelningsbara medel, egendomens bokförda värde vara avgörande, och icke dess marknadsvärde, d v s här förespråkas vad som senare givits beteckningen nettometoden.

Trots förarbetenas starka koppling till principen om det bundna kapitalets orubblighet och lagtextens starka samband med de formella reglerna för en reguljär vinstutdelning tvingas man således konstatera, att varken lag eller förarbeten lämnar otvetydiga besked i avgörande frågor om ramarna för förtäckt vinstutdelning.

Den pågående anpassningen av svensk aktiebolagsrätt till EG-rätten innebär på nuvarande stadium inga ändringar i vad avser bestämmelserna i ABL 12:1-4, utan endast en viss redaktionell (och möjligen materiell) justering av ondtrosrekvisitet i ABL 12:5 (varom mera nedan). Det hittillsvarande resultatet av anpassningsarbetet ger intryck av, att aktiebolagskommittén utgår ifrån, att vinstutdelningsreglerna i ABL 12:1–4 överensstämmer med motsvarande regel i art 15 i kapitaldirektivet (77/91/EEG). Av intresse i förevarande sammanhang är följande delar av artikel 15:

"1a) 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."

"1c) De 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."

Förskottsutdelning skall enligt punkten 2 i sagda artikel kunna vara möjlig under följande betingelser:

"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 har 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."

Bestämmelserna är inte alldeles lättolkade, låt vara att aktiebolagskommittén i betänkandet Aktiebolagslagen och EG (SOU 1992:83, s 261 ff) inte tycks ha mötts av några större svårigheter. *A prima vista* synes en motsättning föreligga mellan artikel 15, punkten 1a), å ena sidan, och artikel 15, punkterna c) och 2b), å den andra. Punkten 1a) kan i förstone tyckas ge stöd för nettometodanhängarnas grundlinje, nämligen att avgörande är huruvida ett intrång har skett i det bundna kapitalet eller inte. Punkterna 1c) och 2b) tycks på samma gång vara mest förenlig med de för bruttometoden grundläggande, vars motsvarighet såvitt gäller ordalydelsen återfinns i ABL 12:2 ("inte överstiga", etc). Motsättningen är emellertid, enligt min mening, endast skenbar. Skälet härtill är, att punkten 1c) och 2b) måste läsas mot bakgrund av det som redovisats som vinst, balanserad vinst, fria fonder m m, och att således orealiserad vinst motsvarande s k dolda reserver icke regleras av bestämmelserna i artikel 15. Detta är också vad anhängarna av nettometoden har anfört beträffande tolkningen av ABL 12:2, företrädesvis i konstaterandet, att det endast är den redovisningsmässiga effekten av den ena eller andra transaktionen som skall beaktas. Noteras bör också aktiebolagskommitténs tolkning av

ABL 12:2 (SOU 1992:83, s 264): "Bestämmelsen innebär att utdelning av vinst inte i något fall får inkräkta på bolagets bundna egna kapital."

4.3 Om lovligheten (giltigheten) av förtäckt vinstutdelning

Traditionellt har, såsom beskrivits ovan, en gräns dragits mellan s k förtäckt lovlig vinstutdelning och förtäckt olovlig vinstutdelning. Innebörden härav är, att förtäckt vinstutdelning är lovlig så länge den sker inom ramarna för ABL 12:2. Därmed accepteras, att avvikelse sker från de i ABL 12:3 förskrivna formerna för vinstutdelningen (beslut av aktieägarna – efter förslag eller godkännande från styrelsens sida – på ordinarie bolagsstämma sedan resultat- och balansräkning fastställts utvisande disponibelt belopp för utdelning, samt revisors medverkan enligt bl a ABL 10:10). Enligt detta synsätt är avvikelsen möjlig med hänsyn till att formreglerna är att beteckna som dispositiva minoritetsskyddsregler, till skillnad från den materiella spärregeln i ABL 12:2, som är en tvingande borgenärsskyddsregel. Så länge samtliga aktieägare är överens, kan således vinstutdelning ske i alla former, även i förtäckt form, utan iakttagande av de formella reglerna i ABL 12:3 avseende beslutsfattande från aktieägarnas sida på ordinarie bolagsstämma på grundval av förslag av styrelsen, fastställd balansräkning m m.

Huruvida formreglerna i ABL 12:3 är dispositiva eller tvingande framgår icke direkt av lagtexten. Däri stadgas endast, att "beslut om vinstutdelning fattas av bolagsstämma", samt att stämman inte får bestämma om större utdelning än vad som godkänts eller föreslagits av styrelsen. En grundläggande fråga är här inledningsvis om beslut om vinstutdelning även kan tas på *extra bolagsstämma*, vilken fråga icke är fullt klarlagd.

Frågan har varit föremål för viss diskussion i doktrinen, särskilt under 1950-talet och nu senast (1990) av Johansson[200]. Oklarheten har sitt ursprung i avsaknaden av stringens i själva lagtexten. I den ovan berörda portalbestämmelsen i ABL 12:3 anges endast – uppenbarligen i syfte endast att fastställa kompetensfrågan – att beslut om vinstutdelning fattas

[200] Bolagsstämma, s 170 ff. Beträffande övrig litteratur lämnas hänvisningar nedan.

av bolagsstämma. Lagstadgandets andra stycke, som reglerar minoritetens rätt till vinstutdelning, har emellertid formulerats så, att yrkande om viss minimiutdelning till aktieägarna av minoriteten skall framställas – på ordinarie stämma – innan beslut om användning av vinsten fattas. Sammanläggs nu nämnda bestämmelse med stadgandet i 9 kap 5 § om vad aktieägarna har att fatta beslut om på ordinarie bolagsstämma (andra punkten om dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust enligt den fastställda balansräkningen), synes med utgångspunkt i lagtexten mycket tala för ståndpunkten, att beslut om vinstutdelning endast kan tas på ordinarie bolagsstämma. Läggs därtill uttalandet av föredragande departementschef i förarbetena till 1975 års aktiebolagslag[201], att endast ordinarie bolagsstämma kan besluta om vinstutdelning, samt det förhållandet att det beträffande extra bolagsstämma saknas bestämmelser av t ex den karaktär som avser beslut av fondemission om vilken dokumentation (redogörelse för viktiga händelser som inträffat efter den ordinarie stämman, revisorernas yttrande m m, jfr ABL 4:16, 2 st, och 4:4, 1 st, sista meningen) som skall ligga till grund för vinstutdelningsbeslut på extra bolagsstämma, tycks frågan vara avgjord[202]. Otydligheten i lagtexten kvarstår emellertid och klarläggs icke helt av förarbetsuttalandet. (Förarbetsuttalandet, proposition 1975:103, s 478, är dels mycket knapphändigt, dels synes det bygga på ett missförstånd av Advokatsamfundets i lagstiftningsprocessen ingivna yttrande. Jämförelsen i uttalandet med ABL 9:5 är, såsom skall framgå nedan, ej heller ägnad att förstärka uttalandet, snarare tvärtom.) Om lagstiftaren avsett att ge ordinarie bolagsstämma exklusiv kompetens i denna fråga, borde saken ha kommit till klarare uttryck i lagtext. Vad som stadgas i ABL 9:5 om vilka beslut som skall tas på ordinarie bolagsstämma ger inget besked om efterutdelningar eller utdelningar utöver de som beslutats på sådan stämma.

Att ordinarie bolagsstämma skall fatta beslut i anledning av bolagets vinst eller förlust enligt den fastställda balansräkningen innebär enligt Penser[203] endast att vinstutdelning icke kan äga rum förrän den balansräkning, i vilken vinsten fixerats, har blivit fastställd; därmed synes emel-

[201] Se proposition 1975:103, s 478.
[202] Se härom Johansson, *op. cit.*, s 171 ff.
[203] Jfr Penser, Kan utdelning å aktier beslutas å annan än ordinarie bolagsstämma eller fortsatt stämma?, SvJT 1953, s 278.

lertid icke vara utsagt, att utdelning icke må beslutas å extra stämma inom ramen för vad som är tillåtet enligt i övrigt tillämpliga bestämmelser i aktiebolagslagen. Några hinder mot att extra bolagsstämma beslutar om utdelning av utdelningsbar årsvinst, sedan den ordinarie bolagsstämman tagit ståndpunkt enligt nu angivna regler, finns således inte. Penser nämner exemplet att å ordinarie bolagsstämma beslutas om utdelning av 5 %, varutöver å vinst/förlusträkningen balanseras årsvinst som motiverar utdelning med ytterligare 3 %, men med hänsyn till att ett visst faktum, ägnat att försvaga bolagets ställning, väntas inträffa under året, har utdelningen inskränkts till 5 %. Om senare under året nämnda faktum inträffar, som emellertid med hänsyn till andra inträffade omständigheter medför, att bolagets ställning blir stärkt i stället för försvagad, bör enligt Penser å extra bolagsstämma kunna beslutas om ytterligare utdelning av 3 %. Att såsom föreskrivs i ABL 12:3, 1 st, beslut om vinstutdelning skall fattas av bolagsstämma, men minoritetsyrkande om utdelning skall framställas på ordinarie bolagsstämma enligt stadgandets andra stycke, behöver inte nödvändigtvis innebära en motsägelse, oavsett om med "bolagsstämma" menas explicit den ordinarie bolagsstämman eller även extra bolagsstämma. Minoritetsregeln utgör ett skydd mot för liten utdelning och har således ingen funktion vid en enligt minoritetens uppfattning för stor utdelning, eller utdelningar i flera omgångar.

En *e contrario-tolkning* av begreppet "bolagsstämma" leder emellertid närmast till resultatet, att det innefattar såväl ordinarie som extra stämma[204]. Något nämnvärt stöd för tolkningen att med bolagsstämma avses även extra bolagsstämma utgör emellertid inte detta förhållande[205].

Även om således övervägande skäl talar för ståndpunkten, att beslut om vinstutdelning *endast* kan ske å ordinarie bolagsstämma, är frågan därmed inte definitivt avgjord. Några tungt vägande skäl för att inte låta aktieägarna å extra bolagsstämma åtminstone besluta om ytterligare viss

[204] Jfr Penser *op. cit.*, s 280, fotnot 1.

[205] Se Birke, Kan utdelning å aktier beslutas å annan än ordinarie bolagsstämma eller fortsatt stämma?, SvJT 1956, s 652. Jfr även Bomgren, Fondskatteförordningen och aktiebolagslagen, SvJT 1955, s 62, s 63 fotnot 2, vari uttalas, att den av Penser förfäktade meningen, att man på en extra stämma skulle kunna besluta utdelning av viss del av den enligt senast fastställda balansräkning kvarstående vinsten "trots de av författaren anförda beaktansvärda skälen icke [torde] kunna upprätthållas". Uttalandet hänför sig till 1944 års aktiebolagslag, men torde även ha betydelse för 1975 års lag.

utdelning utöver den som beslutats å ordinarie stämma har knappast framförts. De ändamålssynpunkter som ligger till grund för bestämmelsen i ABL 9:5 om att aktieägarna å ordinarie bolagsstämma skall fatta beslut om dispositioner beträffande bolagets vinst eller förlust enligt den fastställda balansräkningen, vilka upptas till stöd såväl för den ena som den andra uppfattningen, talar visserligen för att vinstutdelningsfrågan först skall behandlas och beslutas å ordinarie stämma, men synes ej utesluta ytterligare utdelning å extra stämma[206].

Så långt gör sig emellertid dessa ändamålssynpunkter även gällande beträffande efterutdelningar vid extra bolagsstämma, att också här föreligger ett skyddsbehov för bolagets existerande och potentiella borgenärer och framtida aktieägare. Eftersom det för närvarande saknas regler i aktiebolagslagen som tar sikte på dessa gruppers informationsbehov i händelse av att efterutdelning sker å extra bolagsstämma, kan det antagas att lagstiftaren icke förutsett utdelning vid sådan[207].

I ett äldre rättsfall, NJA 1922 s 122, har frågan avgjorts till förmån för ståndpunkten, att beslut om vinstutdelning å extra bolagsstämma kan upphävas, enär ett sådant måste anses innefatta utdelning av bolagets vinstmedel åt aktieägare i annan ordning än med lag och bolagsordningens bestämmelser därutinnan är förenligt (se NJA 1922 s 127). Däremot

[206] Beträffande dessa ändamålssynpunkter, se uttalande av lagberedningen till 1944 års aktiebolagslag, NJA II 1946 s 27, vilket uttalande återfinns i Stenbeck m fl, s 355. Se även Pensers ovan nämnda artikel, s 279 och Johanssons arbete, *op. cit.*, s 172 f. Uttalandet lyder:

> Så gott som undantagslöst behandlas frågor om vinstutdelning omedelbart efter beslut om fastställelse av balansräkning och om ansvarsfrihet för styrelsen. Jämlikt 103 § skall i förvaltningsberättelsen av styrelsen och verkställande direktör förslag framställas i anledning av bolagets vinst eller förlust enligt balansräkningen. I 113 § stadgas, att revisorerna skola i revisionsberättelsen uttala sig angående förslaget. Att detta förslag bör behandlas i samband med balansräkningens fastställande synes tydligt. För såväl aktieägare som andra av bolagets ekonomiska ställning intresserade personer skulle en längre tids ovisshet om i vilken utsträckning bolaget vill begagna sin rätt att utdela vinsten vara olaglig. En avsevärt senare behandling av själva vinstutdelningsfrågan skulle ock nödvändiggöra särskilda bestämmelser om yttranden från styrelsen och verkställande direktör samt från revisorerna om inträffade förändringar i bolagets ställning under tiden efter balansräkningens fastställande. Uttrycklig bestämmelse har därför upptagits därom, att på den stämma som avses i 121 § beslut skall fattas i anledning av bolagets vinst eller förlust enligt den fastställda balansräkningen.

[207] Såsom obligatoriskt ärende på ordinarie bolagsstämma anges även fråga om beviljandet av ansvarsfrihet åt styrelseledamöterna och verkställande direktör; icke desto mindre har ansetts, se NJA 1989 C 100, att beslut i sådana frågor även kan tas på extra bolagsstämma. Se härom Johansson, *op cit.*, s 164 ff och 167 f.

ansågs i fallet några laga hinder ej föreligga att å extra bolagsstämma besluta att utdela medel, vilka kommit att bli tillgängliga för lyftning genom att beslut som tagits av tidigare ordinarie bolagsstämma sedermera ogiltigförklarats.

För den händelse, att beslut om vinstutdelning kan tas på extra bolagsstämma, får således förutsättas att beslutet grundas på en delårsbalansräkning, som granskats av bolagets revisorer, samt att Patent- och Registreringsverket underrättas om beslutet[208].

Sammanfattningsvis synes vid en sammanvägning av resultatet av en tolkning av lagtexten, förarbetsuttalanden, uttalanden i doktrin och, visserligen knapphändig, rättspraxis, övervägande skäl tala för att beslut om vinstutdelning skall fattas av aktieägarna på ordinarie bolagsstämma; beslut om vinstutdelning på extra bolagsstämma är icke förenligt med aktiebolagslagen.

Av intresse i förevarande sammanhang är emellertid främst *effekterna av att ett sådant beslut tas i annan än den i lag föreskrivna ordningen* (d v s rättsföljdsproblematiken). Denna fråga är, såsom framgått ovan, avhängig av om den i aktiebolagslagen föreskrivna ordningen är tillkommen till skydd för aktieägarna (minoritetsskyddsregel) eller borgenärerna (borgenärsskyddsregel), eller möjligen till skydd för båda dessa grupper. Är fråga om en minoritetsskyddsregel, kan aktieägarna, därest enighet föreligger, disponera över regeln och således besluta om vinstutdelning i annan ordning. Föreligger å andra sidan en borgenärsskyddsregel, kan av naturliga skäl aktieägarna inte avvika från den föreskrivna ordningen, eftersom skyddsgruppen utgörs av tredje man; regeln är i så fall tvingande. Det senare borde även gälla för det fall regeln avser att skydda såväl aktieägarna som borgenärerna. Konsekvensen av att en minoritetsskyddsregel icke efterlevs är i allmänhet – när oenighet aktieägarna emellan således föreligger – att beslutet kan klandras.

I ABL 9:17 föreskrivs att talan mot bolagsstämmobeslut, som ej tillkommit i behörig ordning eller eljest strider mot aktiebolagslagen eller bolagsordningen, kan klandras genom talan vid domstol om beslutets

[208] Se Birke, *op cit.*, s 654 och Johansson, *op cit.*, s 174. Johansson förutsätter härvid att lagändring erfordras beträffande underrättelseskyldigheten till Patent- och registreringsverket. Jfr ABL 11:9, 1 st, 11:3, 2 st och 11:12, 2 st, tredje meningen. Se även SOU 1941:9, s 514.

upphävande eller ändring. En förutsättning är att talan väcks inom tre månader från beslutets dag, vid äventyr eljest att klanderpresumtion inträder, varför således rätten till talan går förlorad och beslutet i allmänhet blir gällande (se proposition 1975:103, s 382 och 415). Undantag föreskrives i tre fall, i vilka talan kan väckas även efter det att klandertiden gått ut, nämligen:

1. om beslutet är sådant att det står i strid med en borgenärsskyddsregel och ej lagligen kan fattas ens med alla aktieägares samtycke,
2. (enligt bolagsordningen) samtycke till beslutet krävs av alla eller vissa aktieägare och sådant samtycke ej har givits, eller
3. kallelse till stämman ej skett eller de för bolaget gällande bestämmelserna om kallelse väsentligen eftersatts[209].

Innebär emellertid det formella felet ett brott mot en borgenärsskyddsregel, inträder i allmänhet ogiltighet, och, för det fall beslutet om vinstutdelningen verkställs, återbäringsskyldighet. (Detsamma bör uppenbarligen gälla om regeln har det dubbla skyddsföremålet.)

Såvitt kan bedömas, torde beslut om vinstutdelning i annan ordning än på ordinarie bolagsstämma, här främst på extra bolagsstämma, tillhöra kategorin klanderbara beslut, vilka således aktieägarna äger att disponera över. *Är samtliga aktieägare överens, skulle således några hinder ej föreligga mot ett beslut om efterutdelning på extra bolagsstämma.*[210]

För aktiebolag med många aktieägare torde det ofta vara opraktiskt att ta beslut om vinstutdelning på extra bolagsstämma med hänsyn till att envar av aktieägarna kan klandra beslutet och hänvisa till att beslut om vinstutdelning skall tas på den ordinarie bolagsstämman.

Förfaringssättet i sådana situationer bör därför bli, att aktieägarnas samtycke i möjligaste mån inhämtas före stämman (jfr Birke, *op cit.*, s 654 f). Klanderfristen för ett beslut om vinstutdelning på extra bolagsstämma torde vara de i ABL 9:17 föreskrivna tre månaderna och icke den

[209] Särskilt beträffande punkten 2. se Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 18 ff och densamme, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut, s 57 ff.

[210] Jfr Lindskog, Kommentar, s 74. Lindskog framhåller dock att ett utdelningsbeslut vid extra bolagsstämma under den s k förbjudna tiden, d v s tidsintervallet mellan räkenskapsårets utgång och den ordinarie bolagsstämman, inte skulle kunna vara möjliga. Frågan är här varför Lindskog diskvalificerar denna regel från gruppen av formbestämmelser i 12 kap.

längre frist som gäller beträffande vissa beslut. (Se härom strax ovan; vad gäller sådana beslut varom stadgas i ABL 9:17, till vilka samtycke krävs av alla eller vissa aktieägare – se tredje stycket punkt 2 i ABL 9:17 – synes stadgandet icke vara tillämpligt å beslut om vinstutdelning å extra bolagsstämma, även om härför krävs enighet aktieägarna emellan. Lagstiftaren tycks i fråga om denna punkt ha tagit sikte på fallet, där bolagsordningen föreskriver samtycke från alla aktieägares sida, se proposition 1975:103, s 416.)

Om det således står aktieägarna fritt att besluta om efterutdelning på extra bolagsstämma, förutsatt att enighet mellan aktieägarna råder härom, uppkommer frågan om aktieägarna också har frihet att överhuvud hänskjuta frågan om vinstutdelning till extra bolagsstämma och följaktligen underlåta att ta ställning till vinstutdelningsfrågan vid ordinarie bolagsstämma. Sedan väl resultat- och balansräkningen och, i förevarande fall, koncernens resultat- och balansräkning, fastställts bör – under samma förutsättning – logiskt sett även detta vara möjligt. Några rationella skäl som talar häremot har icke anvisats och synes ej heller existera. Den yttre gränsen skall givetvis städse vara, att vinstutdelningsbeslutet i vad avser utdelningens omfattning inte inkräktar på den till skydd för borgenärerna uppställda regeln i aktiebolagslagen 12:2, med andra ord att icke mer vinst delas ut än vad som medges i detta stadgande. Vid bedömningen härav uppkommer dock den besvärliga frågan, om till grund för beräkningen av utdelningsbart belopp skall ligga fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret eller delårsbalansräkning (som eventuellt "bör" upprättas, dock uteslutande i syfte att kontrollera att intrång icke sker i det bundna kapitalet på grund av utdelningen, inbegripet även ett iakttagande av försiktighetsregeln) för innevarande räkenskapsår. Svårigheten gör sig särskilt tydlig när bolaget, efter det att balansräkningen för det senaste räkenskapsåret fastställts, gör stora förluster, varefter på extra bolagsstämma frågan om vinstutdelning skall behandlas. Till denna fråga återkommer framställningen nedan[211].

Johanssons slutsatser i här aktuellt hänseende är emellertid icke tillräckligt stringenta[212]. Följande uttalande återfinns: "Förbudet för extra bolags-

[211] Jfr Birke, *op cit.*, s 655.
[212] Se Johansson, *op cit.*, s 173.

stämma att besluta om vinstutdelning är delvis att betrakta som en borgenärsskyddsregel. Bestämmelsen 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." (Fotnoter är utelämnade.) Den svaga länken i Johanssons resonemang synes utgöras av uttalandet att ordningsregeln beträffande beslut om vinstutdelning "delvis" är att "betrakta som en borgenärsskyddsregel". Stödet för denna slutsats återfinns i ovan citerade förarbetsuttalande, vilket ansluter till regeln i nuvarande aktiebolagslagen 9:5 om vad som skall förekomma på ordinarie bolagsstämma. Samma uttalande återfinns i Stenbeck, Wijnbladh och Nials kommentar till aktiebolagslagen[213]. I förarbets uttalandet ifråga ges ändamålssynpunkter avseende den aktuella regeln. Häribland förekommer, såsom ovan angivits, synpunkten att för "såväl aktieägare som andra av bolagets ekonomiska ställning intresserade personer" en längre tids ovisshet om i vilken utsträckning bolaget vill begagna sig av rätt att utdela vinsten skulle vara oläglig. Uttalandet torde emellertid inte ge tillräckligt stöd för antagandet, att ordningsregeln är en borgenärsskyddsregel, låt vara att borgenärerna i vart fall indirekt erhåller ett visst skydd. Spörsmålet tangerar ett annat problem, nämligen, som ovan berörts, vad som skall gälla när en regel avser att skydda såväl aktieägare som borgenärer. Lösningen synes ligga i den av Nial måhända tentativt utförda gränsdragningen mellan beslut som är klanderbara på grund av formfel, å ena sidan, och beslut som är ogiltiga på grund av sitt rättsstridiga innehåll, å den andra[214]. Även här måste emellertid medges att distinktionen mellan form och innehåll i många fall kan bli nog så otydlig. Detta torde i allmänhet emellertid inte gälla den i förevarande sammanhang aktuella ordningsregeln. Otydligheten i gränsdragningen mellan borgenärsskyddsregler och minoritetsskyddsregler återkommer för övrigt i ett annat uttalande av Johansson (s 171): "Utbetalningsförbudet gäller både storleken av det belopp som kan utdelas och utdelning i annan ordning än den i aktiebolagslagen angivna". (Fotnot utlämnad)[215].

Frågan är emellertid om vinstutdelningen kan ske *helt utanför den ordning som föreskrivs beträffande bolagsstämma*. Betecknas denna formregel som dispositiv, ges aktieägarna full frihet beträffande formerna för vinstutdelningen. Avvikelse från de stadgade formerna förutsätter dock enighet aktieägarna emellan. En förtäckt vinstutdelning utan dylik enighet utgör ett befogenhetsöverskridande och kan med tillämpning av ABL 12:5 alternativt ABL 8:14 leda till återbäringsskyldighet i fall av ond tro. Betecknas å andra sidan formreglerna som tvingande borgenärsskydds-

[213] Se SOU 1941:9, s 514 och sistnämnda kommentar under § 126 till 1944 års lag.
[214] Se Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut, s 69 f.
[215] Jfr Kedner/Roos, II, s 189 f. Uttalandets ursprung synes dock vara ett motsvarande uttalande i SOU 1971:5, s 310. Jfr proposition 1975: 103, s 475. Uttalandet är ej underbyggt och utvecklas ej heller i något av de nu nämnda sammanhangen.

regler, innebär varje avvikelse ett befogenhetsöverskridande, vilket leder till återbäringsskyldighet. Såsom konstaterats, ger emellertid lagtexten inget klart besked i frågan; lagstiftaren synes vid utformningen av lagtexten endast ha tagit sikte på de reguljära utdelningsformerna.

I lagens förarbeten görs emellertid vissa uttalanden om förtäckt vinstutdelning. Ett i detta sammanhang i högsta grad noterbart uttalande återfinns i SOU 1971:15, s 310 (jfr proposition 1975:103, s 475):

> "Utbetalningsförbudet riktar sig endast mot aktieägare. Det kan emellertid påpekas att en transaktion mellan bolaget och tredje man, 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 114 § är ogiltig enligt 62 och 63 §§. Men den kan bli giltig om alla aktieägare samtycker till denna. Sådant samtycke har dock verkan endast inom ramen för aktieägarnas dispositionsrätt över bolagets tillgångar, d v s endast om transaktionen ej tar i anspråk andra medel än sådana som bolaget kan utdela såsom vinst." (Paragrafhänvisningen avser ABL 12:6 och ABL 8:13 och 14. Ett identiskt uttalande utom i vad avser paragrafhänvisningarna återfinns i propositionen till aktiebolagslagen 1975:103, s 475 f.)

Beträffande uttalandet kan först antecknas, att stadgandet om s k allmännyttiga gåvor i ABL 12:6 utformats så, att styrelsen givits viss begränsad befogenhet att såsom gåva avhända bolaget egendom, och att en absolut majoritet av aktieägarna på bolagsstämma har en utökad sådan befogenhet (om gåvan med hänsyn till ändamålets beskaffenhet, bolagets ställning och omständigheterna i övrigt får anses skälig). Gåvor – eller vederlagsfria utbetalningar – i större omfattning än vad som stadgas i ABL 12:6, kan vara ogiltiga enligt ABL 8:13–14 i händelse av ond tro hos gåvomottagaren eller enligt ABL 12:5. Ovan citerade uttalande ger emellertid vid handen, att – förutsatt att alla aktieägare är överens – alla vederlagsfria utbetalningar, oavsett storlek och ändamål, är giltiga, så länge endast bolagets utdelningsbara medel tas i anspråk. Såvitt gäller vederlagsfria utbetalningar till tredje man, skall – när alla aktieägare samtyckt härtill – den enda spärren vara den, att det bundna kapitalet lämnas orört. Det kan tilläggas att det citerade uttalandet gjorts i specialmotiveringen till utbetalningsförbudet i ABL 12:1 och således i själva inledningen till kapitlet om vinstutdelningsreglerna.

Ett vid första påseendet motsägelsefullt uttalande återfinns emellertid

i specialmotiveringen till ABL 12:5[216].

> "Godtrosregeln i första stycket omfattar alla fall då belopp utbetalats såsom vinstutdelning utan att lagens regler därom iakttagits, t ex om bolagsstämman beslutat större utdelning än styrelsen föreslagit eller godkänt eller då utdelning skett utan att bolagsstämman fattat beslut därom, eller då stämmans beslut om utdelning av formella skäl är ogiltigt eller undanröjs efter klander."

Det intryck som uttalandet i förstone ger är, att den sanktionsregel som upprätthåller utbetalningsförbudet även träffar avvikelse från formreglerna, d v s att formreglerna på så sätt är tvingande. Av motiveringen till ABL 12:5 i sin helhet framgår emellertid, att sanktionsregeln är avsedd att tillvarata såväl borgenärernas som aktieägarnas intressen, vid överträdelse icke bara av bestämmelserna i ABL 12 utan också av minoritetsskyddsreglerna i ABL 8. En "utbetalning till aktieägare i strid mot denna lag" kan t ex vara, att viss eller vissa aktieägares rätt kränks, t ex när vinstutdelning sker med större belopp till vissa aktieägare än till andra utan att grund för detta föreligger i bolagsordningen. Återbäringsskyldigheten enligt ABL 12:5 kan, såsom framgår av det citerade uttalandet, också ha orsakats av en överträdelse av de till skydd för aktieägarna uppställda formreglerna i ABL 9. I beaktande av denna sanktionsstadgandets allmängiltiga tillämpning synes det motsägelsefulla i uttalandet således elimineras.

Ytterligare ett uttalande i förarbetena är beaktansvärt[217].

> "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 ifråga 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[218].

[216] Se proposition 1975:103, s 485, jfr SOU 1971:15, s 321.
[217] Se proposition 1975:103, s 485 f., jfr SOU 1971:15, s 321.
[218] Det sistnämnda betecknas i SOU 1971:15, s 321 som förtäckt utdelning.

Också detta uttalandet tar sikte på överträdelser av såväl tvingande borgenärsskyddsregler som dispositiva minoritetsskyddsregler utan att klarlägga karaktären av formreglerna i ABL 12:3. Återbäringsskyldigheten avser således också det fallet att minoritetsskyddsreglerna i ABL 8:13–14 och i ABL 9 överträtts, och utgör på så sätt en förlängning av ogiltighetsregeln i ABL 8:14, eller en specificering härav, med tillämpning på just vederlagsfria utbetalningar till aktieägare.

Att ta fasta på såvitt gäller förarbetena är därmed endast ovan citerade uttalande om att vederlagsfria utbetalningar till tredje man utan iakttagande av formerna för utdelning är lovliga och giltiga, oavsett omfattning, under förutsättning att samtliga aktieägare samtyckt härtill och spärregeln i ABL 12:2 icke överträtts. Formreglerna i ABL 12:3 skulle således icke vara tvingande i vad avser utbetalningar till tredje man. Något rimligt skäl att göra en distinktion mellan sådana utbetalningar och utbetalningar till aktieägare såvitt gäller formreglernas tvingande eller dispositiva natur tycks inte finnas. Borgenärsintresset är lika skyddsvärt i båda fallen. Det kan heller inte hävdas att borgenärsintresset på grund av andra regelsystem (t ex återvinningsreglerna i konkurslagens 4:e kapitel, eller straffbestämmelserna i brottsbalkens 11:e kapitel) motiverar ett avsteg från formkraven i ABL 12:3 med hänsyn till att bestämmelserna ifråga tar till vara borgenärsintresset; nu nämnda regler i konkurslagen och brottsbalken omfattar utbetalningar till såväl tredje man som aktieägare. Dessutom saknas i förarbetena minsta antydan om att formreglernas tvingande eller dispositiva karaktär skulle vara beroende av vem som är utbetalningens adressat. Det ifrågavarande uttalandet ger således stöd för slutsatsen, att formreglerna i ABL 12:3 är dispositiva minoritetsskyddsregler snarare än tvingande borgenärsskyddsregler. Det kan tilläggas, att förarbetena till 1944 års aktiebolagslag och kommentarerna härtill icke ger grund för en annan ståndpunkt i frågan.

Företrädarna för den *aktiebolagsrättsliga doktrinen* synes i huvudsak vara av den uppfattningen, att formreglerna är dispositiva. Rodhe[219] grundar sin ståndpunkt i frågan på rättspraxis, som enligt hans uppfattning berättigar följande slutsats:

"Om den förtäckta vinstutdelningen inte går utöver det belopp, som finns till-

[219] Aktiebolagsrätt, s 109.

gängligt för utdelning, anses den inte strida mot utbetalningsförbudet. I den mån den förtäckta utdelningen går utöver denna gräns, likställes den däremot med vanlig olovlig vinstutdelning och medför samma påföljder som denna."

Kedner och Roos gör i sin kommentar till aktiebolagslagen[220] ett så gott som identiskt uttalande och tillägger, att "i rättspraxis har godtagits att förtäckt vinstutdelning skett inom ramen för utdelningsbara vinstmedel utan något formellt bolagsstämmobeslut".

Liknande uttalanden finns i övrig aktiebolagsrättslig doktrin, varvid modellen härför varit Rodhes slutsatser. Lindskog anför t ex, att såvitt gäller bestämmelserna i ABL 12 kap kan som en allmän princip framhållas, att de regler som tar sikte på formerna för utdelning endast är minoritetsskyddsregler medan de regler som syftar att bevara bolagets bundna kapital är borgenärsskyddsregler[221]. Till stöd för uttalandena åberopas alltsomoftast rättspraxis och aktiebolagslagarnas förarbeten.

Åberopandet av rättspraxis såsom stöd för ståndpunkten, att formreglerna utgör minoritetsskyddsregler, är emellertid missvisande[222]. Såsom Svante Johansson i sin monografi om bolagsstämma funnit (se s 290 f), har nämligen Högsta domstolen hitintills icke i något fall uttryckligen tagit ställning i frågan om lovligheten av förtäckt vinstutdelning från borgenärssynpunkt och således frågan om formreglernas tvingande eller dispositiva natur. Ej heller äldre praxis (NJA 1920 s 231, s 233 och NJA 1922 s 122, s 127) ger något klart besked. Såsom kärandesidans talan har utformats i rättspraxis från Suecia till Nordanland (NJA 1951 s 6 I, NJA 1990 s 343) med yrkande om skadestånd/återbäring endast till den del överträdelse skett av ABL 12:2 och oavsett formerna för vinstutdelning eller utbetalning, har Högsta domstolen helt enkelt icke givits tillfälle att pröva frågan. I de fall som varit uppe till bedömning, vilka fall genomgående varit av dispositiv natur, har fråga varit om s k enmansaktiebolag. Talan har överlag begränsats till belopp utöver vad som varit utdelningsbart i bolagen. Lagligheten av utdelningsbeslut, eller verkställigheten härav, gällande utdelningsbart belopp har icke satts ifråga. Betecknande är utta-

[220] Se s 233.

[221] Jfr uttalandet, att "formerna för hur bolagets dolda reserver lämnar bolaget är inte en borgenärsangelägenhet utan en aktieägarfråga". Se även Lindskog, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar, SvJT 1992, s 81 ff och Kommentar, bl a s 24, 74 f och 78 f.

[222] Se även härvidlag Danielsson, Förtäckt vinstutdelning och eliminering av vinst i aktiebolag, SvJT 1954, s 571, särskilt s 576 och SvJT 1955, s 273, särskilt s 275.

landet i det s k Sveton-målet, NJA 1980 s 311, s 314 av den part som gjorde gällande att olovlig vinstutdelning förelåg, att den förtäckta vinstutdelningen emellertid är lovlig i vad avser den disponibla vinsten enligt balansräkningen, varför det medgavs att utdelning skulle erhållas med det utdelningsbara beloppet.

I ett senare rättsfall, som inte kunnat beaktas av Johansson (Nordanland, NJA 1990 s 343), gjorde kärandesidan i första instans gällande, att vinstutdelningen var olovlig bl a därför att det inte fanns någon fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, trots att utbetalningen skett från ett aktiebolag som i sin helhet var ägt av mottagaren. Motparten invände härvid att den omständigheten att en ordinarie bolagsstämma inte har fastställt balansräkningen inte gör vinstutdelningen olovlig (se härom NJA 1990 s 343, s 344 f). I tingsrätten saknades skäl att ta ställning till frågan. Ehuru det inte framgår av rättsfallsreferatet, synes grunden för talan i detta hänseende ha ändrats i hovrätten till att istället för nu omtalade grund gälla vad som enligt ABL 12:2 icke är utdelningsbart. Hovrätten fastslår nämligen, att det "inte fanns något nämnvärt utrymme för lagenlig vinstutdelning" från bolaget till sitt moderbolag, varför återbäringsskyldighet förelåg. Även Högsta domstolen konstaterar i denna fråga, att bolaget enligt vad som obestritt uppgivits saknade medel för vinstutdelning (se NJA 1990 s 343, s 351). I äldre praxis (NJA 1920 s 231 och NJA 1922 s 122) synes prövningen ske med utgångspunkt från minoritetsskyddet och icke borgenärsintresset.

Något definitivt besked om i vilket hänseende en förtäckt utdelning eller utdelningar i andra irreguljära former är ogiltig, såsom stridande mot en dispositiv regel till skydd för aktieägare eller en tvingande regel till skydd för borgenärerna, eller således huruvida eniga aktieägare kan avvika från den i aktiebolagslagen stadgade ordningen för vinstutdelning, ges således inte i rättspraxis på förevarande område. Såsom Johansson konstaterar, synes "avsaknaden av obiter dicta" i rättspraxis ha tillmätts alltför stor betydelse i doktrinen. (Märk även rättsfallet NJA 1962 s 461, i vilket i vart fall i visst hänseende – nämligen vid tolkningen av testamente – förtäckt vinstutdelning icke alltid kan antagas vara jämställd med vinstutdelning beslutad å bolagsstämma.)

Slutsatsen, att formreglerna i ABL 12 är dispositiva, måste följaktligen utan *uttryckligt* stöd i rättspraxis i första hand vila på lagförarbetena med

tillägg för den i aktiebolagsrätten allmänt gällande rättsgrundsatsen, att de formella reglerna (såväl formaliekrav som ordningsregler) i princip kan åsidosättas när alla aktieägare samtycker härtill[223].

Förtäckt utdelning torde sålunda vara lovlig om samtliga aktieägare samtyckt härtill och ramarna för de i ABL 12:2 definierade utdelningsbara beloppet inte sprängs. Någon särskild form för sådant samtycke är icke förutsatt, varför också ett konkludent godkännande är tillfyllest[224]. Så länge aktieägarna håller sig inom denna yttre, till skydd för borgenärerna uppställda gräns, kan de formella krav och ordningsregler som uppställts beträffande vinstutdelning således åsidosättas. Följande uttalande av Nial sammanfattar väl det nyss sagda: "De för det aktiebolagsrättsliga systemet mycket viktiga reglerna om högsta tillåtna utdelning har i praktiken ibland kringgåtts genom åtgärder som i realiteten inneburit en lagstridig utdelning men klätts i en annan juridisk form, förtäckt vinstutdelning. Ett exempel härpå är att bolaget av en aktieägare köper egendom till ett pris långt över marknadsvärdet. Detta övervärde utgör en förtäckt utdelning till aktieägaren. Om beloppet håller sig inom ramen för utdelningsbar vinst och de övriga aktieägarna godkänner transaktionen, blir den giltig, även om den inte beslutas i den för vinstutdelning föreskrivna formen. Men i den mån transaktionen går utöver utdelningsbar vinst och alltså inkräktar på bolagets bundna kapital, räknas det som en mot tvingande regler stridande utdelning, och följderna blir de i ABL 12:5 angivna."[225]

Vad Johansson, *op cit.*, s 291 anför till stöd för en eventuell motsatt uppfattning (bl a rättsfallen NJA 1920 s 231, s 233 och NJA 1922 s 122, s 127) rör, som Johansson själv påpekar på s 292, uteslutande aktieägarnas rätt. Detsamma torde gälla den tidigare i lag givna möjligheten att undandra beslutanderätten i vinstutdelningsfrågor från bolagsstämman, se 1910 års aktiebolagslag 55 § tredje stycket och 1944 års aktiebolagslag 75 § första stycket, andra meningen, mot bakgrund av det förhållandet att denna möjlighet slopades i och med införandet av 1975 års aktiebolagslag; lagändringen synes ha skett främst med hän-

[223] Se härom Johansson, Bolagsstämma, s 30 ff och s 291. Jfr Birke i SvJT 1956, s 654 och Nial, Svensk associationsrätt, s 84, Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 108 f och Lindskog, Komentar, s 74 f och 78 f.

[224] Jfr Lindskog, Kommentar, s 78 f. Vad nyss sagts innefattar också iakttagandet av formkraven för bolagsstämma.

[225] Se Nial, Svensk associationsrätt, s 84. Jämför med vad Nial skriver i Om aktiebolag (enligt lagen den 14 september 1944) Stockholm 1947, s 51 och 112.

syn till minoritetsaktieägarna. Johansson har emellertid uppenbara svårigheter att ta definitiv ställning i frågan. Se s 291 – 292. Att vinstutdelningsreglerna i vissa delar är att beteckna som borgenärsskyddsregler och att därför utdelning inte, även om alla aktieägare samtycker, kan ske i större *omfattning* än vad som medges enligt ABL 12:2, är obestridligt. "Så länge inga borgenärsintressen är hotade", tillägger Johansson – varvid får förutsättas att han menar samma sak som nyss uttalats, nämligen att utdelningen icke gäller högre belopp än det som är utdelningsbart enligt ABL 12:2 – kan utdelning, "med alla aktieägares samtycke, företas på annat sätt än genom formellt beslut på ordinarie bolagsstämma". Så långt torde således Johanssons uppfattning vara, att form- och ordningsreglerna för vinstutdelning i aktiebolagslagen är dispositiva och kan åsidosättas om alla aktieägare samtycker härtill och ingen klandrar beslut härom. Johansson är emellertid beredd att gå längre än så när han antar att "om minoritetsaktieägarna kompenseras så att de erhåller lika mycket som övriga aktieägare, synes det inte finnas några tyngre skäl som talar för att en förtäckt vinstutdelning bör underkännas ens om den inte godtagits av alla aktieägare".

4.4 Om förskottsutdelning och koncernbidrag

Slutsatsen beträffande förtäckt vinstutdelning har också relevans för frågan om lovligheten av förskottsutdelning (anteciperad utdelning, interimsutdelning etc) och koncernbidrag. Är alla aktieägare eniga om förskottsutdelning eller koncernbidrag, tillvaratas borgenärsintresset uteslutande av spärregeln i ABL 12:2 (inklusive försiktighetsregeln och härtill med iakttagande av avsättningskravet). Visst stöd för denna uppfattning ges i förarbetena.

> "Eftersom utdelning får ske endast av fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för föregående räkenskapsår, kan innan balansräkningen fastställs inte ske någon "förskottsutdelning" såsom laga utdelning. Om sådant förskott utbetalas, är mottagarna principiellt återbäringsskyldiga enligt 5 § intill dess stämman fastställt balansräkning och i vederbörlig ordning beslutat om utdelning, som täcker det utbetalade förskottet."[226]

Uttalandet synes helt vara hänförligt till en fotnot i Stenbecks m fl kommentar till 1944 års aktiebolagslag (s 176, fotnot 1):

[226] Se proposition 1975:103, s 479 f, jämför SOU 1971:15, s 317.

"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 än ett mera betydande belopp i sparade vinstmedel finns enligt den sist fastställda balansräkningen och rörelsen fortfarande är vinstgivande. Skulle nästa balansräkning utvisa förlust, uppkommer återbäringsskyldighet och ansvarighet för brist vid återbäringen."

Det citerade uttalandet står i stark kontrast till det dessförinnan gjorda konstaterandet i kommentaren, vilken återfinns i förarbetena till 1944 års aktiebolag, att utbetalning "av vinstutdelning i förskott före fattat vinstutdelningsbeslut" ej lagligen må äga rum. Härmed åsyftas emellertid med all säkerhet icke lagligheten från borgenärssynpunkt av förskottsutdelningen, utan snarare lagligheten från aktieägar- eller minoritetssynpunkt. Den tolkning av aktiebolagslagen såvitt gäller förskottsutdelning som står bäst i överensstämmelse med de ovan citerade uttalandena är således, att förskottsutdelning icke är olovlig eller ogiltig enkom av det skälet att den innebär en avvikelse från formreglerna i ABL 12, förutsatt återigen att samtliga aktieägare står bakom förskottsutdelningen. Så långt är förskottsutdelningen endast en aktieägarfråga. I borgenärens intresse ligger, att förskottsutdelningen inte spräcker ramarna för vad som är utdelningsbart och gör intrång på det bundna kapitalet eller – alternativt enligt ovan – går utöver utdelningsbart belopp.

Vad som nu anförts om att form- och ordningsreglerna kring vinstutdelning icke är tvingande borgenärsskyddsregler, utan kan åsidosättas av eniga aktieägare, eller i vart fall såvitt ingen aktieägare klandrar beslutet, är emellertid ingalunda helt invändningsfritt. Visserligen gäller i allmänhet beträffande form- och ordningsregler att beslut, som innebär åsidosättande av dessa, gäller såvida beslutet icke klandras[227]. Detta är dock bara en huvudregel. Undantag förekommer, bl a de som stadgas i ABL 9:17, 3 st, p 3, beträffande kallelse till bolagsstämma. I förarbetena förutses även förekomsten av andra undantag[228].

Dessa, i aktiebolagslagen stadgade undantag har emellertid tillkommit i aktieägarens intresse. (Detsamma gäller övriga i förarbetena i anslutning till stadgandet antydda undantagsfall.) Bortsett från dessa i aktieägarnas intresse

[227] Se Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut, s 66 f. Jfr Johansson, *op cit.*, s 291. Det sagda framgår även motsatsvis av bestämmelsen i ABL 9:17, 3 st, p 3, se härom bl a proposition 1975:103, s 416 f.

[228] Se proposition 1975:103, s 417.

tillkomna undantag torde visa form- och ordningsregler ha ett vidare skyddsområde än att uteslutande utgöra ett skydd för aktieägarna. Man kan här tala om regler med dubbelt eller blandat skyddsföremål. Utgångspunkten beträffande dessa regler bör vara, såsom ovan anförts, att de inte kan åsidosättas ens med alla aktieägares samtycke. (Jfr ABL 9:17, 3 st, p 1.) I den mån sådana regler förekommer, torde svårigheten att identifiera dem vara betydande. Varken lagtext eller förarbeten lämnar ledning i frågan utöver följande uttalande av föredragande departementschef i propositionen till gällande aktiebolagslag:

"De centrala regler i aktiebolagsrätten som avser att skydda andra än dessa aktieägare, d v s blivande aktieägare, borgenärer, anställda och andra som har rättigheter mot bolaget, är tvingande så att de inte får åsidosättas ens med enhälligt beslut av samtliga aktieägare. Det gäller framförallt regler som har till syfte att upprätthålla det bundna kapitalet. Hit hör också tvingande regler beträffande bolagets organisation, såsom organens sammansättning samt deras befogenheter och skyldigheter m m. Ett beslut som strider mot dessa regler kan därför inte bli giltigt genom att det inte klandras inom den i lagen angivna klandertiden. *Lagen anger inte närmare vilka regler som på nu angivet sätt är tvingande. Det är en uppgift för rättstillämpning och doktrin.*" (Kursivering här.)

Uttalandet antyder att det finns vissa tvingande regler utöver de regler som avser att skydda det bundna kapitalet i bolaget, men synes inte vara ägnat att belysa frågan om övriga vinstutdelningsreglers karaktär. Av större intresse är ett uttalande i förarbetena till 1944 års lag, nämligen i Lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m m II (SOU 1941:9, s 285). Där sägs att om en balansräkning upprättad i strid med de föreslagna bestämmelserna angående balansräkning i §§ 106 – 107 (om hur balansräkning skall upprättas och till vilket värde tillgångar skall upptas, m m) fastställes, beslutet härom strider mot tvingande, till borgenärernas skydd givna rättsregler; beslutet är därför ogiltigt, även om det lämnas oklandrat. Av sammanhanget framgår även, om man läser uttalandet ifråga mot bakgrund av den lagtekniska utformningen och systematiken i det stadgande till vilket motiv härigenom ges, att inte endast beslut på grund av sådana -oriktiga- balansräkningar utan också beslut i fall där balansräkningen alls ej fastställts eller fastställd balansräkning utvisar förlust enligt förslaget skulle stå i strid med *tvingande* regler. Det föreslagna stadgandet avsåg att reglera i vilken mån återbäringsskyldighet skulle föreligga på grund av beslut som stod i strid med vinstutdelningsreglerna. Systematiken synes ha varit, att återbäringsskyldigheten skulle vara ovillkorlig, om beslutet utgjorde ett brott mot en *tvingande* regel men avhängig av mottagarnas goda eller onda tro i fall av brott mot dispositiva regler. Ett avsteg från denna systematik gjordes emellertid i förslaget beträffande ovan nämnda beslut, varigenom en oriktig balansräkning fastställs. Avsteget motiverades av att det annars skulle verka obilligt (med hänsyn främst till utvecklingen av doktrinen om *condictio indebiti*) mot aktieägare, som i god tro uppburit utdelningen, att återbära denna. Se SOU 1941:9, s 285. De nu nämnda föreslagna reglerna ingick sedermera i 1944 års aktiebolagslag och kom att diskuteras i förarbetena till 1975

års lag. Härvid utgick aktiebolagsutredningen[229] i överensstämmelse med den föreslagna och i 1944 års lag intagna systematiken, ifrån att beslut om utdelning som skett utan att balansräkning fastställts bröt mot en tvingande regel. Detta framgår av att utredningen förutsatte, att en utdelning i enlighet med ett sådant beslut föranledde ovillkorlig återbäringsskyldighet, vilket således enligt systematiken endast skulle gälla beträffande utdelning i strid med tvingande regler (§§ 106–107 sedermera §§ 100–101, jämför Stenbeck m fl, s 176 ff.)

Den helt avgörande frågan, om återbäringsskyldighet och ett bristtäckningsansvar enligt sanktionsstadgandet i ABL 12:5 skulle kunna uppkomma även i fall där det bundna kapitalet enligt senast fastställda balansräkning på grund av förskottsutdelning lämnas intakt (med iakttagande av försiktighetsregeln), d v s att återbäringsskyldigheten grundas uteslutande på formella brister, ger emellertid förarbeten och doktrin inget helt entydigt besked om. Skulle som självständig grund för återbäringsskyldigheten och bristtäckningsansvaret kunna åberopas formella brister, måste detsamma icke bara gälla förskottsutdelning, utan också vinstutdelning i förtäckt form. Såsom ovan har befunnits, ger varken rättspraxis eller doktrin stöd för ett sådant antagande. (I delbetänkande av aktiebolagskommittén, SOU 1992:83, s 261 ff redovisas emellertid svensk rätts inställning till förskottsutdelning lakoniskt enligt följande: *"Förskottsutdelning av vinst är inte tillåten."* I anledning härav saknas enligt kommittén skäl att reformera den svenska aktiebolagslagen i enlighet med regleringen i EG:s andra bolagsdirektiv artikel 15, punkten 2, om förskottsutdelning. Ej heller kommitténs uttalande eller knapphändiga diskussioner i övrigt ger klarhet i frågan om formreglernas tvingande eller dispositiva natur.)

Vad som nu sagts om förskottsutdelning är tillämpligt, *mutatis mutandis*, på *koncernbidrag*.

En koncern föreligger i aktiebolagsrättslig mening (1 kap 2 §) i första hand när ett svenskt aktiebolag äger aktier eller andelar i en svensk eller en utländsk juridisk person (aktiebolag, handelsbolag, kommanditbolag, ekonomisk förening etc) i sådan omfattning att det har mer än hälften av aktierna för samtliga aktier eller andelar i den juridiska personen ifråga. Fråga är i sådant fall om moderbolag och dotterföretag. Är dotterföretaget dessutom moderbolag i förhållande till annat företag, utgör detta företag ett dotterdotterföretag inom samma koncern till moderbolagets moderbolag. Möjligt är även att ett bolag

[229] Se SOU 1971:15, s 321.

genom flera dotterbolag äger aktier motsvarande mer än hälften av rösterna i ett dotterdotterföretag, varigenom således också ett koncernförhållande uppkommer. Emellertid kan ett koncernförhållande också föreligga utan direkt majoritetsägande, t ex genom att ett bolag bl a på grund av aktie- eller andelsinnehav eller avtalsrättsligt förhållande eller i övrigt har ett bestämmande inflytande över en juridisk person och en betydande andel i dennes verksamhet [230]

I vid mening kan begreppet koncernbidrag omfatta olika transaktioner[231]. Bidraget till koncernföretag kan utgöras av t ex en betalning för vara, tjänst eller motsvarande. En sådan betalning är ingenting annat än en kostnad i rörelsen, som är avdragsgill hos "bidragsgivaren", förutsatt givetvis att betalningen är reell och motsvarar "marknadspriset" för mottagarens motprestation. En annan bidragsform koncernföretag emellan kan vara s k *förtäckta vinstöverföringar*, där motprestationen är fiktiv eller värdemässigt understiger bidraget. I det följande skall uteslutande behandlas *koncernbidrag i strikt mening* (egentligt koncernbidrag), nämligen de s k öppna koncernbidragen.

Regler om koncernbidrag ges i skatterätten; det är även där begreppet har sitt ursprung. Den avgörande skatterättsliga frågan är om bidrag koncernföretag emellan är avdragsgilla hos det bidragsgivande företaget. Avdragsrätt för koncernbidragen medges när vissa skatterättsligt ställda förutsättningar är uppfyllda. Beträffande dessa hänvisas till skatterätten[232]. Koncernbidraget är skatterättsligt "giltigt" eller "lovligt" – egentligen "avdragsgillt" – när förutsättningarna för avdragsrätt är uppfyllda. Detta innebär dock inte att transaktionen skulle vara ogiltig eller olovlig för det fall förutsättningarna icke är uppfyllda, utan endast att avdragsrätt icke föreligger[233].

För att ett koncernbidrag skall skatterättsligt betecknas som en avdragsgill kostnad för utgivaren och skattepliktig intäkt för mottagaren, förutsätts bl a att utgivaren och mottagaren ingår i en koncern, där moderföretaget direkt eller indirekt äger mer än 90% av aktierna i dotterföretaget. Skatterättsligt "giltiga" koncernbidrag begränsas således till ett dotterföretags bidrag till moderföretaget, bidrag i motsatt riktning, samt under vissa ytterligare förutsättningar bidrag från ett dotterföretag till ett annat (givetvis kan bidrag lämnas mellan dotterdotterföretag och moderföretag under samma förutsättningar). Aktiebolagsrättsligt och civilrättsligt kan å andra sidan bidrag lämnas och mot-

[230] Beträffande dessa frågor se bl a Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 271 ff och Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar, Lund 1990, s 15 ff.
[231] Se härom Kedner, s 71.
[232] Se bl a Kedner, s 73 ff, med vidare hänvisningar.
[233] Beträffande vinstöverföringar mellan företag i kommissionärsförhållande se Kedner, s 76 f. Se även Grosskopf, Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor, s 121 ff.

tas även om de skatterättsliga förutsättningarna inte är uppfyllda. (Här kan diskuteras om termen koncernbidrag är lämplig för sådana transaktioner koncernbolag och andra bolag emellan, och om inte helt enkelt termen gåva eller bidrag eller motsvarande vore lämpligare, så att termen koncernbidrag förbehålls de skatterättsligt giltiga bidragen.)

För det fall ett koncernbidrag inte är att betrakta som ett vederlag för utförda prestationer från mottagarens sida, är det – oberoende av om koncernbidraget är skatterättsligt "giltigt" eller inte – uppenbart att bidraget är att likställa med en vederlagsfri utbetalning. Lämnas koncernbidrag från ett dotterbolag till moderbolag, rör det sig i själva verket om en vinstutdelning, under det att ett bidrag i motsatt riktning ryms inom det vidare begreppet utbetalning. Oavsett i vilken riktning bidraget ges, är utbetalningsförbudet i princip tillämpligt.

Något annat är sedan hur koncernbidraget skall redovisas. Se härom Johansson och Rodhe, Redovisning av koncernbidrag, Balans 1/1978, s 30. Här anvisas tre alternativa rubriceringsformer i redovisningen i vad avser de "egentliga" koncernbidragen, d v s överföringar mellan koncernbolag, som inte utgör vederlag för utförda prestationer. Fråga kan vara om finansiella intäkter eller kostnader, extraordinära intäkter eller kostnader eller bokslutsdispositioner. Författarna tillägger, att frågan om lämplig rubricering måste bedömas separat för det koncernbidragsgivande bolaget och för det mottagande bolaget. Till allmän ledning skall vidare gälla, att rubriceringen skall vara avhängig av frågan vilken rubricering som ger den bästa informationen om företagets resultat till företagets intressenter. Kravet på en riktig rubricering och information kan dock variera beroende på sammanhanget och adressaternas sammansättning, främst om adressatserna finns i Sverige eller i utlandet, op. cit., s 32. I allmänhet bör enligt författarna även gälla, att koncernbidraget skall manifesteras tydligare när dotterbolaget är bidragsgivare än när bidragsgivaren är moderbolaget. Detta innebär att för dotterbolags koncernbidrag till moderbolag skall rubriken *Bokslutsdispositioner* företrädesvis väljas i stället för *Kostnad av finansiellt eller extraordinärt slag*.

Ur borgenärernas och övriga aktiebolagets intressenters perspektiv är det givetvis av vikt att erhålla en så tydlig och saklig information om koncernbidraget som möjligt. Borgenärerna i ett dotterbolag måste beredas möjlighet att konstatera, att bolaget lämnat eller mottagit koncernbidrag, för att därigenom kunna bedöma hur framgångsrikt rörelsen i bolaget bedrivits. I det fall dotterbolag emottagit koncernbidrag, får transaktionen inte redovisas så att borgenärerna vilseleds om dess rätta natur. Någon utdelning är det ju inte fråga om och ej heller i egentlig mening intäkt i rörelsen. Snarare rör det sig om ett understöd.

Skulle å andra sidan dotterbolaget lämna ett koncernbidrag till moderbolaget, d v s till aktieägaren eller en av dessa, är bidraget närmast att se som en

vinstutdelning. För det fall beslutsordningen för vinstutdelning skulle iakttas strikt, måste beslut härom fattas av bolagsstämma. Emellertid får inte stämman besluta om utdelning avseende större belopp än styrelsen föreslagit eller i vart fall godkänt, se ABL 12:3, 1 st[234]. I praktiken torde emellertid ett koncernbidrag lämnat av dotterbolag till moderbolag redovisas som en bokslutsdisposition i balansräkningen, vilken bolagsstämman har att fastställa. Denna beslutsordning torde vara oantastlig så länge ingen aktieägare har invändningar häremot. Är dotterbolaget helägt av moderbolaget torde således inga praktiska problem uppkomma[235]. Är samtliga aktieägare överens, kan den disponibla vinsten, varom mera nedan, fördelas aktieägarna emellan enligt vad aktieägarna finner för gott. Så snart emellertid en enda aktieägare invänder emot att en annan stor aktieägare, t ex moderbolaget, erhåller koncernbidrag motsvarande vinstutdelning, kan aktieägarna ställa krav på att utdelning av vinst sker i lika mån till honom. Innebörden härav är normalt att de vid sidan av moderbolaget stående aktieägarna erhåller en utdelning av vinst motsvarande det koncernbidrag som moderbolaget erhåller. Vi har med andra ord att göra med en princip om likabehandling av aktieägarna i enlighet med ABL 9 kap 16 §, den s k aktiebolagsrättsliga generalklausulen, vilken upprätthålles strängt i vad avser vinstutdelning för undvikande av otillbörlig fördel för en aktieägare på bekostnad av en annan[236].

Att koncernbidraget redovisningsmässigt behandlas som en bokslutsdisposition medför således icke, av naturliga skäl kan kanske tilläggas, att aktiebolagsrättens regler om utbetalning respektive utdelning kan förbigås. Däremot synes rent redovisningsmässigt den fördelen kunna vinnas, att genom att redovisa utdelning som koncernbidrag, och som en bokslutsdisposition, bidraget är att se som en affärshändelse – icke såsom vid utdelning under det räkenskapsår, då utdelningen beslutas – en affärshändelse under det räkenskapsår som bokslutsdispositionen avser[237].

Mot resonemanget ovan kan knappast anföras, att ett koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag kan anses ha skett mot vederlag, eftersom moderbolaget har ett affärsmässigt ansvar för dotterbolagets ekonomi och förväntas finansiellt understödja dotterbolaget i mån av behov. Från aktieägarens(nas) synpunkt må detta vara en verklighetstrogen utgångspunkt; dotterbolagets borgenärer (liksom möjligen även dess anställda) har emellertid endast en hållpunkt, nämligen att dotterbolagets tillgångar reduceras och dess ekonomi försvagas. Någon juridisk skyldighet att svara för dotterbolagets förpliktelser har icke moderbolaget enligt svensk lagstiftning annat än i undantagsfall, d v s i de fall där utbetalnings- eller låneförbuden blir tillämpliga eller i fall av tillämpning av andra borgenärsskyddsregler i form av sakrättsliga- eller återvinningsregler. Enligt huvudregeln svarar som bekant delägarna i ett aktiebolag ej för bolagets förpliktelser. Vad som nu sagts om dotterbolags koncernbidrag

[234] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 90.

[235] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 90 och Johansson/Rodhe, Redovisning av koncernbidrag, Balans 1/1978, s 30, s 33.

[236] Se härom bl a Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 247, och Pehrson, Generalklausuler i aktiebolagslagen, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987, s 483.

[237] Se härom Johansson/Rodhe, *op. cit.*, s 33.

till moderbolag får anses gälla, *mutatis mutandis*, dotterbolags koncernbidrag till annat dotterbolag inom samma koncern, varvid får förutsättas att det är moderbolaget som föranstaltat om bidragets lämnande och mottagande och står som förmedlare härav.

Blomberg tar i en debattartikel (Nettometoden och koncernbidragen, JT 1993/94 nr 4, s 868) upp en distinktion mellan s k definitiva och anteciperade koncernbidrag. Syftet med att påvisa denna distinktion är att leda i bevis, att förekomsten av koncernbidrag icke utgör ett argument för nettometoden. Å andra sidan skall den ej heller vara ett argument för bruttometoden. Med "definitiva" koncernbidrag menas enligt Blomberg sådana bidrag där kapitalöverföring har verkställts koncernbolag emellan, eller i vart fall koncernbidraget upptagits som en skuld hos givaren och en fordran hos mottagaren. "Anteciperade" koncernbidrag är däremot, enligt Blombergs mening, endast "förslag till bidrag". Visserligen skall enligt redovisningspraxis, såsom Blomberg ser saken, bokföring även ske av "anteciperade" koncernbidrag redan i "förslagsårets" bokslut, "trots att det inte gäller reella affärshändelser". Följaktligen skall enligt Blomberg en avsättning ske för de "anteciperade" koncernbidragen bland skulderna enligt den redovisning som återfinns i den utgående balansräkningen. Skillnaden mellan det "definitiva" koncernbidraget, å ena sidan, och det "anteciperade" koncernbidraget, å den andra, ligger enligt Blomberg i att det senare bidraget är villkorat av att den efterkommande ordinarie bolagsstämman beslutar om vinstutdelningen i fråga och att under tiden dessförinnan bidragsgivaren icke har någon skuld, och bidragsmottagaren följaktligen icke någon fordran. Med distinktionen i fråga nås också den effekten, enligt Blomberg, att det "definitiva" koncernbidraget skall såvitt avser dess förenlighet med vinstutdelningsreglerna hänföras till utdelningsbara medel enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, d v s året före bidragsåret, alltmedan det "anteciperade" koncernbidraget skall jämföras med vad som är utdelningsbart enligt fastställd balansräkning för det räkenskapsår som sammanfaller med "förslagsåret".

Men kan den av Blomberg anvisade distinktionen verkligen upprätthållas? För såväl det definitiva" som det "anteciperade" koncernbidraget gäller, att det bokförs – och härvid bortses från utbetalningssituationen – som en skuld hos bidragsgivaren och en fordran hos mottagaren. I redovisningen kan ingen skillnad förmärkas. Det skulle i så fall möjligen vara att enligt Blombergs uppfattning det "anteciperade" bidraget följs av en not, där det uttalas att bidraget är villkorat av bolagsstämmans beslut. Men även det "definitiva" bidraget kan i sin helhet, eller till den del det överskrider vad som är utdelningsbart enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, vara i så måtto framåtriktande, och således vara villkorat av bolagsstämmans beslut. Huruvida detta uttalas explicit eller icke, torde sakna betydelse. Blomberg synes själv vara inne på den linjen, när han diskuterar redovisningen av det "definitiva" koncernbidraget, se fotnot 12. Avgörande är emellertid att det "anteciperade" koncernbidraget knappast kan ses som något annat än ett "definitivt" koncernbidrag, och vice versa, om bidraget skuldförs och tas upp som fordran hos givare respektive mottagare, varvid får förutsättas att bokföringen icke är ett rent sken utan följer faktiska förhållanden; skulle trots redovisningen, såsom Blomberg ser saken, ingen fordringsrätt uppkomma, äventyras väl, såvitt jag

kan förstå, den skatterättsliga avdragsrätten. Man kan också fråga sig vad som skulle gälla i det i och för sig sällsynta fallet där ägarförhållandet koncernbolagen emellan upplöses efter det att redovisning av det "anteciperade" bidraget skett, men före den bolagsstämma som skall besluta om bidraget slutgiltigt. Kan i en dylik situation verkligen hävdas att någon fordringsrätt aldrig uppkommit eller varit avsedd, oaktat det som redovisningen utvisar?

När Blomberg talar om "definitiva" koncernbidrag, menar han i själva verket efterutdelningar, som karakteriseras av att utdelningen hänför sig till vad som är utdelningsbart enligt fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret. Det är detta som är det karakteristiska för det "definitiva" koncernbidraget. Men denna karakteristik är knappast träffande för de koncernbidrag som allmänt förekommer inom näringslivet och som står i centrum för diskussionen vid argumentationen för och emot brutto- resp. nettometoden. I fokus för denna diskussion står istället vad Blomberg föredrar att beteckna som "anteciperade" koncernbidrag. Och beträffande dessa bidrag gör Blomberg det mycket svårt för sig när han hävdar att de icke ger upphov till någon skuld eller fordran, trots att bokföringen bär tydliga spår härav.

Blombergs försök till distinktion ger således icke något konstruktivt bidrag till den pågående debatten om brutto- och nettometoden (jfr Gometz, Bruttometod och koncernbidrag – ett svar till Gunnar Blomberg, Balans 3/93). Beträffande "anteciperade" bidrag får man ta ställning: Antingen ger man bidrag eller så gör man det icke; antingen har man avdragsrätt för bidrag eller så har man det icke. För det fall bidrag ges (och motsvarande skatterättsligt avdrag medges) uppstår för den för debatten om brutto- resp nettometoden centrala frågan, hur bidraget kan förenas med bruttometodanhängarnas krav på att bidraget skall täckas av vad som är utdelningsbart enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret (jämfört med bidragsåret). Bruttometodens hårda kärna utgörs ju av principen, att varje vederlagsfri utbetalning, ävensom koncernbidrag, som icke täcks beloppsmässigt av vad som på så sätt är utdelningsbart, är olovlig, vilken olovlighet icke kan "läkas" av det på en efterföljande ordinarie bolagsstämma befinns, att det bundna kapitalet är intakt.

När ett moderbolag lämnar koncernbidrag till ett dotterbolag föreligger i princip icke vinstutdelning i egentlig mening. Icke desto mindre är utbetalningsförbudet tillämpligt enligt vad som ovan anförts. Härvid måste dock beaktas, att i denna situation moderbolaget tar från sina egna tillgångar, för över dessa till dotterbolaget, ökar dotterbolagets tillgångar och därigenom berikar dotterbolaget, men att moderbolagets aktier i dotterbolaget också – om icke omedelbart redovisningsmässigt, så i vart fall i reala termer – ökar i värde i motsvarande mån, förutsatt att dotterbolaget är helägt. Dotterbolaget är genom aktierna helt enkelt en tillgång i moderbolaget, och realiter borde inte moderbolagets tillgångar minska genom koncernbidraget. (Redovisningsmässigt anses därför också kon-

cernbidraget kunna betraktas såsom en extraordinär kostnad, bortsett från det fall där bidraget primärt föranletts av en önskan att uppnå en för koncernen som helhet gynnsam skattesituation, varvid bidraget i stället skall redovisas såsom en bokslutsdisposition. Se härom Johansson/-Rodhe, Redovisning av koncernbidrag, Balans 1/1978, s 32, som tillägger följande: "Man synes ... inte bör lägga alltför stor vikt vid rubricering av koncernbidrag till och från moderbolag, eftersom sådana bidrag dock till sist påverkar dotterbolagsaktiernas värde [ehuru kanske inte deras bokföringsvärde] och bidragets effekter alltså återgår till moderbolaget.")

För moderbolagets borgenärer torde det i praktiken icke alltid ha någon större betydelse om koncernbidraget lämnas eller icke, d v s om tillgångarna finns hos moderbolaget eller dotterbolaget. I fall av moderbolagets konkurs tas aktierna i dotterbolaget i anspråk för moderbolagets skulder. Innebär det som nu sagts således att moderbolag genom att lämna koncernbidrag till dotterbolag egentligen aldrig frånhänds tillgångar till skada för bolagets borgenärer? Om så är fallet, skulle moderbolaget vara oförhindrat att lämna hur stort koncernbidrag som helst till dotterbolaget utan att träffas av utbetalningsförbudet? Eller skall även här gälla de generellt stipulerade gränserna för utbetalning, nämligen att utbetalning inte får inkräkta på det bundna egna kapitalet och måste ske med iakttagande av den s k försiktighetsregeln? I undantagsfall – t ex när dotterbolaget är insolvent – bör dock ett koncernbidrag från moderbolaget under vissa förhållanden kunna betecknas som vederlagsfritt. Situationen karakteriseras av att koncernbidraget icke, eller endast delvis, är ägnat att påverka värdet på dotterbolagsaktierna, om koncernbidraget ges utan att det finns utsikter för dotterbolagets överlevnad[238]. Det är givet att den belysta situationen måste tillhöra de verkliga undantagsfallen, t ex där moderbolaget tillskjuter kapital – trots att utsikterna att för dotterbolaget att överleva är mycket små – närmast med sikte på att gynna en dotterbolagets borgenär (jfr mannamån). Det är dock endast aktuellt att tala om vederlagsfri utbetalning om omständigheterna klart ger vid handen, att varje tillskott blir resultatlöst, och dotterbolaget saknar utsikter att överleva.

Såvitt gäller såväl förskottsutdelning som koncernbidrag ger en till-

[238] Jfr Lindskog i JT1992–93, s 82, s 92 fotnot 37 och Kommentar, s 43 f.

lämpning av utbetalningsförbudet sålunda vid handen att, med hänsyn taget till den allmänna försiktighetsregeln, en vederlagsfri utbetalning eller utdelning inte får överskrida det fria egna kapitalet enligt fastställd balansräkning, eller, alternativt, får icke innebära ett intrång i det bundna egna kapitalet, oavsett formerna för utdelning. Eftersom det fria egna kapitalet även kan bestå av balanserad vinst och fria fonder, förutsätts inte att den vinst som delas ut intjänats under det senaste räkenskapsåret. Väsentligt är emellertid att endast det som upptagits i balansräkningen som fritt eget kapital är utdelningsbart, varvid bolagets reella förmögenhetssituation beroende på förekomsten av dolda reserver alltså saknar relevans. Borgenärsskyddet i utbetalningsförbudet bygger således icke på bolagets faktiska förmögenhet och tillgång på dolda reserver utan på vad som framkommer i fastställd balansräkning i fråga om fritt eget kapital. Denna ståndpunkt har allmänt intagits av såväl lagstiftaren som företrädare för doktrinen. I praxis har den kommit till uttryck främst i Sueciamålet, där Högsta domstolen fastställde, att återbäringsskyldighet förelåg "oavsett att Suecias kvarvarande tillgångar må på grund av dolda reserver eller annorledes hava täckt dess dåvarande skulder, inberäknat de bundna fonderna". (NJA 1951 s 6 I, s 25. Jfr vad som i rättsfallsreferatet upptagits av Nials utlåtande, se referatet s 12.) Däremot synes ingenting hindra att dolda reserver "lyfts fram" i balansräkning genom försäljning och omvandling till kontanter eller andra tillgångar, så att den vinst som uppkommer på grund av försäljningen med avdrag för skatt inkluderas i det fria egna kapitalet.

Sammanfattningsvis kan konstateras, att såväl förskottsutdelning som koncernbidrag är att bedöma enligt samma grunder som den förtäckta vinstutdelningen eller utdelning över huvud taget utanför den formella ram som föreskrivits i ABL 12. Med andra ord bör gälla, att om alla aktieägare samtycker härtill, kan utdelning ske från aktiebolag utan iakttagande av de formkrav som stadgas i ABL 12, och att återbäringsskyldigheten under samma förutsättning endast aktualiseras när gränserna för vad som är utdelningsbart belopp enligt ABL 12:2 överskridits.

I avsaknad av utdelningsbara medel enligt senast fastställda balansräkning får förskottsutdelningen inriktas på förväntat utdelningsbart belopp enligt efterföljande, ännu ej upprättad, i vart fall ännu ej fastställd, balansräkning – vad man måhända kan beteckna som förskottsutdelning i

egentlig mening. Saknas utdelningsbara medel enligt fastställd balansräkning, är förskottsutdelningen olovlig i själva utdelningsögonblicket, oavsett förväntat utdelningsunderlag. Utdelningen utlöser en återbäringsskyldighet, som kan aktualiseras t ex i samband med bolagskonkurs (för koncernbidrag gäller detsamma). Konstateras å andra sidan vid den ordinarie bolagsstämma vid vilken den efterföljande balansräkningen fastställs, att det bundna kapitalet är intakt, kan olovligheten sägas ha läkts och återbäringsskyldigheten släckts ut.

4.5 Allmänt om utdelning av sakvärden samt brutto- och nettometoden

Vinstutdelning avser i regel kontanter. Några aktiebolagsrättsliga hinder för ett bolag att istället för kontanter överföra andra former av tillgångar (sakvärden) möter emellertid icke (se proposition 1975:103, s 475; Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 87). Omdiskuterad i samband med spörsmålet om utdelning av sakvärden har särskilt varit frågan, vad som skall gälla om den utdelade tillgångens marknadsvärde, som antas vara större än det bokförda värdet, överskrider det som enligt fastställd balansräkning utgör utdelningsbart belopp. Olika metoder för lösandet av denna fråga har anvisats. Härvid märks främst vad som brukar benämnas nettometoden, varvid tillgångens bokförda värde skall jämföras med utdelningsbart belopp, bruttometoden, varvid tillgångens verkliga värde (marknadsvärde) skall rymmas inom ramen för utdelningsbart belopp, samt anskaffningsvärdemetoden, där det avgörande skall vara huruvida anskaffningsvärdet, med tillägg för eventuell skatt på utdelningen, ligger inom ramen för vad som är utdelningsbart.[239] Vilken av dessa metoder som bäst överens-

[239] Se härom Rodhe, Aktiebolagsrätt, som tidigare förordade bruttometoden, men numera synes förhålla sig avvaktande; Margulies/Roos, Utdelning av dolda reserver, Balans 8/1981, s 26, vilka förordar nettometoden och Kedner, Utdelningsbelopp skall inkludera skatt på utdelad egendom, Balans 9/1983, s 14, som lanserat anskaffningsvärdemetoden; se även Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar, Lund 1985, s 35 ff och andra upplagan av samma arbete, där Kedner överger anskaffningsvärdemetoden till förmån för marknadsvärdemetoden, som närmast liknar bruttometoden, se denna upplaga, 1990, s 38 ff och s 42 ff. Av övriga företrädare för doktrinen synes Sandström vara mest benägen att ansluta till bruttometoden, se Kan dolda reserver utdelas i smyg?, Balans 2/1982, s 25, under det att Posselius, m fl, närmast är böjda att förorda nettometoden, se

stämmer med gällande rätt vid tillämpningen av vinstutdelningsprinciperna är för närvarande oklart. Såsom ovan berörts är frågan ej behandlad i lag eller förarbeten och har – utöver några tingsrättsfall, som skall behandlas nedan – ej bedömts av de rättstillämpande myndigheterna.

Avgörande för valet av metod vid den aktiebolagsrättsliga bedömningen får givetvis inte vara huruvida den ena eller andra metoden *skattemässigt* är förmånligare än någon annan metod. *De lege lata* har inte aktiebolagsrätten, med något undantag (bl a låneförbudet i ABL 12:7), utvecklats med hänsyn till skatteutfallet. Ledstjärnan vid bedömningen bör naturligen istället vara borgenärsintresset (en annan sak är sedan att även borgenärerna i allmänhet, undantaget fiscus, liksom aktieägarna indirekt gynnas av en lägre beskattning).

Diskussionen om vilken metod som mest gagnar borgenärsintresset skulle bäst kunna sammanfattas i frågan om enligt ABL 12:2 det fria egna kapitalet enligt fastställd balansräkning, sedan den allmänna försiktighetsregeln beaktats, är att betrakta såsom ett absolut maximum med hänsyn till den utdelade tillgångens marknadsvärde, bokförda värde eller anskaffningsvärde. Härvid förutsätts att marknadsvärdet är större än såväl det bokförda värdet som anskaffningsvärdet och att motprestationen är noll. Vid motsatt förhållande, d v s där marknadsvärdet understiger det bokförda värdet, uppkommer ingen komplikation, eftersom i vart fall det bokförda värdet respektive anskaffningsvärdet måste rymmas inom ramen för utdelningsbart belopp. Ointressant är också situationen där marknadsvärdet visserligen överstiger det bokförda värdet respektive anskaffningsvärdet men ryms inom ramen för det utdelningsbara beloppet. Frågeställningen spetsas till först när marknadsvärdet på tillgången överstiger det utdelningsbara beloppet, men det bokförda värdet respektive anskaffningsvärdet ryms inom detsamma.

Vid första anblicken synes samtliga metoder ha goda skäl för sig. Måhända tillgodoser bruttometoden bäst borgenärsintresset. Detta skulle följa med nödvändighet av antagandet, som närmast liknar en truism, att ju mindre av reala värden som delas ut till aktieägare eller andra, desto bättre förhåller sig borgenärernas situation.

Skyddet för aktiebolagets egna kapital, s 28 ff, 30 och 101 samt nedan angivna arbeten. Lindskog, Kommentar, s 49 ff, uttalar dock ett klart stöd för nettometoden.

Se beträffande denna argumentation t ex Sandström, *op. cit.*, s 27.

"Syftet med ABL 12:2 får anses vara att peka ut ett absolut maximum för vinstutdelning från aktiebolag. Visserligen utgår 12:2 från en jämförelse med bokförd vinst, men detta betyder inte att egendomsöverföringen från bolaget till ägarna också skall bedömas enligt det värde egendomen åsatts i bokföringen. Hänvisningen till redovisad nettovinst i 12:2 motiveras av att borgenärerna lätt skall kunna se hur mycket vinst som högst kan slussas ut från bolaget till ägarna. Hänvisningen förestavas alltså av borgenärsskyddsintressen. Då 12:2 inte säger något om värderingen av den överförda egendomen ligger det närmast till hands att följa borgenärsskyddslinjen fullt ut och hävda att den överförda egendomen inte skall åsättas det underpris som bokföringen anger (undervärderingen är i sin tur avsedd att skydda borgenärerna) utan upptas till realvärdet, d v s marknadsvärdet. Om 12:2 över huvud taget skall fungera som ett skydd för borgenärerna måste ägarna vara förhindrade att till sig själva (utan vederlag) föra över dolda realvärden utöver den gräns som redovisad vinst anger."

Saken är emellertid inte så enkel. Bestämmelserna i aktiebolagslagen, liksom lagbestämmelser i allmänhet, utgör en produkt av en kompromiss mellan olika, ofta motstående intressen. Vid utformningen av borgenärsskyddsreglerna har en avvägning skett mellan borgenärsintressen och andra intressen, häribland främst aktieägarnas intresse av att fritt kunna styra bolaget och få avkastning på insatt kapital. Det är därmed inte givet att, när varken lag eller förarbeten ger någon närmare anvisning om tillämplig metod, valet av metod skall utfalla till förmån för borgenärerna.

Särskilt beaktansvärt är ej heller det av Sandström anförda andra argumentet för bruttometoden, *op. cit.*, s 27, nämligen att, eftersom marknadsvärdet skall läggas till grund för bedömningen huruvida en utbetalning är vederlagsfri eller inte, det saknas skäl för "att andra och för borgenärerna oförmånligare, värderingsregler skall gälla vid vinstutdelning enligt 12:2". Problemet med argumentationen är, att det ej heller anförs skäl emot att andra värderingsregler skall gälla, mer än att dessa är oförmånligare för borgenärerna. Därmed är argumentet åter att borgenärsskyddsintresset, *in dubio*, alltid skall väga tyngst vid tolkningen av borgenärsskyddsregler, vilket enligt vad som ovan nämnts icke alltid är givet.

Vad som talar emot bruttometoden och för netto- respektive anskaffningsvärdemetoden är möjligen, att en tillämpning av de senare metoderna inte leder till att, såsom det ofta uttryckts i diskussionen kring vinst-

utdelningsprinciperna, intrång sker i det bundna kapitalet. Det senare har enligt den gängse terminologin varit en förutsättning för lovlig vinstutdelning[240]. Uttryckssättet kan emellertid betecknas som en smula vårdslöst, särskilt som det inte helt och fullt ansluter till ordalydelsen i ABL 12:2. Avgörande är istället det för utdelning tillgängliga beloppet, nämligen det fria egna kapitalet enligt definitionen i lagrummet i fråga. I sak torde det inte göra någon skillnad om det ena eller andra uttryckssättet används, med undantag av situationen vid utdelning av sakvärden. Antas t ex att en tillgång är bokförd till 50 men marknadsvärderad till 150, uppkommer tolkningssvårigheten när för utdelning tillgängligt belopp understiger 150, vid utdelning av tillgången till aktieägare eller annan utan motprestation. Uttrycks kravet istället så, att intrång icke får ske på det bundna kapitalet, möter det inga hinder att dela ut tillgången i fråga. Den dolda reserv som utgörs av skillnaden mellan marknadsvärdet, å ena sidan, och det bokförda värdet respektive anskaffningsvärdet, å den andra, är ju en orealiserad vinst, som inte berörs av utdelningsbegränsningen i ABL 12:2. Bokförings- och balansräkningsmässigt synes, så länge det bokförda värdet respektive anskaffningsvärdet understiger för utdelning disponibelt belopp, några invändningar inte kunna göras. Men även här måste medges, att slutsatsen inte betingas av vare sig logiken eller ändamålssynpunkter. Vad som möjligen kan tilläggas betydelse är det irrationella i att enligt bruttometoden begränsa utdelning av tillgångar till bokfört värde, när i stort sett, med bortseende från skattekonsekvenser, samma resultat kan uppnås genom att tillgången först säljs, varvid den dolda reserven i balansräkningen upptecknas som vinst och höjer det utdelningsbara beloppet, varefter utdelning sker av kontanter motsvarande köpeskillingen. Eller är det trots allt ändamålsenligt att bolaget på grund av bruttometoden tvingas att realisera tillgången och lyfta fram det verkliga värdet i bokföringen, istället för att företa en direktutdelning av tillgången, så att därmed borgenärers och andra intressenters, häribland potentiella aktieägares behov av en så fullständig information som möjligt tillgodoses? Den nödvändiga informationen kan emellertid tillhandahållas oavsett vilken metod som tillämpas; hur informationsbehovet tillgodoses är närmast en redovisningsteknisk fråga. Den enda vin-

[240] Se t ex Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 21 ff, särskilt s 22.

naren på en sådan ordning är, såvitt kan förstås, staten på grund av skatteutfallet. Såsom ovan nämnts, skall dock vinstutdelningsreglerna icke tolkas med utgångspunkt i skatteintresset.

I avsaknad av stödpunkter i lag, förarbeten, praxis och doktrin för den ena eller andra metoden nödgas man på grundval av aktiebolagsrättens och anknytande lagstiftnings uppbyggnad i allmänhet och borgenärsskyddets utformning i synnerhet söka fastställa ändamålsenligheten av den ena eller andra metoden. Det problematiska i en sådan undersökningsmetod är emellertid, såsom ovan konstaterats, att bestämmelserna i den ifrågavarande lagstiftningen är produkter av en intresseavvägning, varför – utan anvisningar i lag eller förarbeten – det slutliga utfallet sannolikt reduceras till en utsaga om vad som "bör" vara och inte vad som "är" gällande rätt. Margulies och Roos analys av vissa närliggande regelsystem, såsom t ex uppskrivningsförbudet i bokföringslagen 15 §, fjärde stycket, och ABL 11:4, avsättningsreglerna i ABL 12:4, 1 st, och försiktighetsregeln i ABL 12:2, 2 st, visar också att denna inte lämnar någon vägledning i metodvalsfrågan[241]. Tvärtemot vad författarna hävdar, kan ej heller uttalandet i det s k Suecia-målet om att olovlig vinstutdelning förelåg, oavsett att bolagets kvarvarande tillgångar på grund av dolda reserver täckte dess skulder, innebära ett stöd för nettometoden framför andra metoder[242]. Det förhållandet nämligen, att dolda reserver icke får inkluderas vid beräkningen av utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning, är vid en rimlig tolkning av ABL 12:2, 1 st, ägnat att förstärka borgenärsskyddet, varför ett påstående om att uttalandet stöder nettometoden, som snarast leder till en försvagning av samma skydd, icke är helt motsägelsefritt. Och också om uttalandet är ett uttryck för en aktiebolagsrättslig grundtanke, nämligen att balansräkningen utgör borgenärsskyddets grund, vilket icke bestrides, för varken uttalandet eller grundtanken analysen framåt. (Detsamma gäller hänvisning till ABL 6:1, 2 st, enligt vilken balansräkningens siffror skall vara avgörande vid beräkning av teckning för det bundna kapitalet vid utdelningsliknande nedsättning av aktiekapitalet och dolda reserver inte räknas in, op. cit., s 32.) Denna grundtanke om balansräkningens för borgenärsskyddet centrala

[241] Se Margulies/Roos, Utdelning av dolda reserver, Balans 8/1981, s 26, s 31 ff.
[242] Se NJA 1951 s 6 I s 25 och Margulies/Roos, *op. cit.*, s 32.

position torde ej heller stå i motsatsställning till regeln om att utdelningen skall hålla sig inom en viss ram, som Margulies och Roos antyder; fastmera synes regeln omfattas av grundtanken (ibidem., se t ex Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 87).

I *rättspraxis* har såvitt är bekant frågan hitintills prövats endast av första instans i ett antal domar och i två hovrättsdomar, vilka båda har överklagats till Högsta domstolen (prövningstillstånd har ännu ej meddelats)[243]. Ytterligare tingsrättsdomar – med i sak samma utgång – lär ha tillkommit. Samtliga domar rörde utdelning av sakvärden genom försäljning till aktieägare eller annan av vissa av aktiebolagets tillgångar till ett pris underskridande tillgångarnas marknadsvärde. I samtliga fall fann tingsrätterna att förvärvaren av tillgångarna ifråga vid ond tro är återbäringsskyldig om den vederlagsfria delen av transaktionen – d v s skillnaden mellan marknadsvärdet och den verkliga köpeskillingen – icke varit täckt av utdelningsbart belopp enligt fastställda balansräkning. Representativt för domskälen till ifrågavarande domar är följande uttalande i Malmö tingsrätts dom (s 11 f):

> "Vinstutdelningsreglerna har till syfte att skydda bolagsborgenärerna, aktieägare och andra intressenter i bolaget mot förfaranden varigenom bolagsförmögenheten undandras dem. ...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 balansräkning."

I Huddingedomen utvecklas domskälen enligt följande.

> "Enligt tingsrättens mening måste det antagas vara mest förenligt med skyddsreglernas syfte att utdelning till aktieägare eller till tredje man genom mer eller mindre benefika förfaranden kan betraktas som tillåten endast under förutsättningen att vad som överförs med sitt verkliga värde ryms inom ramen för vad som enligt senast föregående balansräkning står till förfogande som utdelningsbart belopp. Ett annat synsätt skulle lämna utrymme för att under löpande räkenskapsperiod undandra olika intressenter kontrollen över värden,

[243] Se Karlstads tingsrätts dom av den 25 november 1991, DT 601 (T884/90), Stockholms tingsrätts dom, avdelning 6:1, av den 13 december 1991 (T 6/129/91), Malmö tingsrätts dom, avdelning 1:3, av den 17 januari 1992, DT 13 (T 3110/89), samt Huddinge tingsrätts dom av den 8 april 1992, DT 462 (T 482/91.) Se beträffande hovrättsdomarna, dom av hovrätten för Västra Sverige DT 38 av den 16 december 1993 och hovrätten över Skåne och Blekinge, DT 1049, av den 24 mars 1994.

vilka visserligen inte enligt senaste balansräkning utgör del av ett bolags bundna kapital men väl utgör en för kreditprövning och andra bedömanden väsentlig del av bolagets förmögenhet, som inte bör få göras till föremål för förfoganden på annat sätt än som enligt aktiebolagslagen gäller för disposition av vinstmedel i behörig ordning."

I samtliga fall var dessutom fråga om enmansaktiebolag, i vilka aktieägaren till synes stod helt bakom den till föremål för prövningen varande transaktionen.

Det centrala i tingsrätternas domskäl är således antagandet om vad som är mest förenligt med vinstutdelningsreglernas syfte. Bruttometoden har på grund härav också antagits bäst skydda borgenärerna. Någon diskussion om huruvida den ena eller den andra metoden är ägnad att bättre skydda borgenärer eller aktieägare, eller både och, förs över huvud icke. Frågan om de formella reglernas tvingande eller dispositiva karaktär prövas heller ej. Med hänvisning till den knapphändiga motivering som ges i tingsrättsdomarna – och genomgående bristande analys – synes dessa icke kunna tillmätas någon större argumentationsvärde (och knappast ej heller auktoritetsvärde) vid prövningen av brutto- respektive nettometodens tilllämplighet enligt gällande rätt. Tingsrättsdomarna lämnas i anledning härav i huvudsak utanför den följande diskussionen.

Åtminstone två av tingsrättsdomarna har emellertid överklagats. Numera föreligger enligt vad som ovan angivits två hovrättsdomar, en från hovrätten för Västra Sverige och av hovrätten för Skåne och Blekinge. I den förstnämnda domen, som avkunnades den 16 december 1993, förelåg följande omständigheter.

Genom ett köpeavtal dagtecknat den 27 november 1987 överlät Industritjänst i Karlstad Aktiebolag, nedan kallat Industritjänst, till Stig Jonsson Invest Aktiebolag, nedan kallat Invest, Industritjänst samtliga tillhöriga maskiner, fordon, inventarier, konstruktioner, verktyg samt immateriella rättigheter till bokförda värden. Genom ett särskilt köpekontrakt daterat samma dag överlät Industritjänst även bolagets industrifastighet i Karlstads kommun till Invest för bokfört värde, 1.080.000 kr. Ställföreträdare för de båda bolagen var Stig Jonsson, som undertecknade köpehandlingarna för båda bolagens räkning. Efter överlåtelsen återstod i Industritjänst personalen, vissa verktyg samt ett lager. Kort därefter, den 7 december 1987, överlät aktieägarna i Industritjänst samtliga aktier i In-

dustritjänst till Säkerhetsprodukter i Göteborg Aktiebolag för 4.036.000 kr. Ägare till sistnämnda bolag var La Reine Textil och Sport Aktiebolag. Sedermera, den 28 mars 1989, försattes Industritjänst i konkurs. Konkursboet väckte talan mot Invest den 19 november 1990 (Karlstads tingsrätt). (Sedan talan väckts, ändrades Invests firma till Miljö och Industritjänst i Skåre Aktiebolag, nedan kallat Miljö och Industritjänst.) Konkursboet yrkade att Miljö och Industritjänst skulle förpliktigas att till konkursboet betala 773.574 kr jämte ränta. Som grund för talan åberopade konkursboet, att Miljö och Industritjänst var återbäringspliktig på grund av att bolaget emottagit olovligen utdelade medel. Genom att sälja den ovannämnda industrifastigheten, som vid försäljningstillfället hade ett marknadsvärde på minst 2 milj kr, för 1.080.000 kr, hade Industritjänst gjort sig skyldigt till en olovlig utdelning, särskilt som Industritjänsts disponibla vinstmedel vid tillfället uppgick till 146.426 kr. Den olovliga utdelningen utgjordes av mellanskillnaden mellan marknadsvärdet, 2 milj kr, och försäljningspriset, 1.080.000 kr, jämte disponibla vinstmedel, 146.426 kr, således 773.574 kr. Käromålet bestreds; bestridandegrunderna lämnas tills vidare därhän. Tingsrätten fann, uppenbarligen med en tillämpning av bruttometoden, att en olovlig vinstutdelning hade skett enligt de beräkningsgrunder som kärandens yrkande baserades på. (Slutresultatet blev dock något lägre än vad käranden kommit fram till på grund av en annan bedömning av marknadsvärdet av fastigheten.) Domskälen i här aktuell del (att utbetalningsreglerna i ABL 12 kap är i vart fall analogt tillämpliga på utbetalning till tredje man är knappast omstritt) var följande:

> "Med hänsyn till att stadgandets [här uppenbarligen ABL 12:2 eller möjligen ABL 12:5] syfte uppenbart är att skydda främst borgenärernas och övriga aktieägares intresse av att bolagsförmögenheter 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 egendom överlåts till ett pris som understiger det marknadsmässiga värdet."

Det betänkliga i tingsrättens domskäl är icke främst det felaktiga i uttalandet, att en "förtäckt olovlig vinstutdelning" utan vidare skulle föreligga under förevarande omständigheter – vinstutdelningen är måhända

förtäckt men *absolut icke olovlig* uteslutande på den i domskälen angivna grunden; olovligheten måste prövas för sig mot bakgrund av disponibla vinstmedel och bundet kapital (jfr nedan) – utan fastmera det lättvindiga sätt på vilket tingsrätten behandlar en så betydelsefull fråga. Citatet av domskälen, vilka här återgivits *in extenso*, avslöjar också på ett flagrant sätt den bristande insikt med vilken tingsrätten behandlar rättsfrågan.

Hovrätten fastställde tingsrättens domslut. Hovrättens domskäl, som i det stora hela sammanfaller med tingsrättens, men som i vissa delar nyanserats, var följande.

> "Miljö och Industritjänst har som grund för sin talan åberopat att någon vinstutdelning inte ägt rum eftersom fastigheten sålts till det bokförda värdet. Frågan till vilket värde ett bolags egendom får överlåtas utan att överlåtelsen kan komma att betraktas som vinstutdelning bör som tingsrätten angett besvaras med utgångspunkt från de aktuella bestämmelsernas syfte. Detta syfte är att skydda dels aktieägare från olik behandling, dels borgenärer från att bolagets tillgångar skingras. För att skyddet för aktieägare 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."[244]

Härefter gör hovrätten en bedömning av fastighetens marknadsvärde, vilken bedömning sammanfaller med tingsrättens. I anslutning härtill uttalar hovrätten följande.

> "Vid nu angivna förhållanden och då den disponibla vinsten ostridigt uppgick till 146.426 kr har som tingsrätten funnit en olovlig vinstutdelning skett som kan beräknas till mellanskillnaden mellan marknadsvärdet och köpeskillingen jämte den disponibla vinsten eller till 573.574 kr."[245]

I övrigt behandlas i domskälen frågan om ond tro hos mottagaren av den "olovliga" utdelningen och frågan om eventuella skäl till jämkning av återbäringsskyldighet.

[244] Se Hovrätten för Västra Sverige, dom av den 16 december 1993, DT 38, T 616/91, s 3.
[245] Domen s 4.

Karakteristiskt för de båda instansernas domskäl är att de är vaga, knapphändiga och intetsägande. Ehuru bristerna i hovrättens domskäl icke lyser igenom med samma styrka som i tingsrättens, finns de där fullt iakttagbara för den insiktsfulle. Medvetet eller omedvetet har hovrätten dock lyckats att undvika att kvalificera varje förtäckt utdelning som olovlig (jfr tingsrättens domskäl i citatet ovan). Såväl tingsrätten som hovrätten har emellertid missuppfattat det som den klassiska konflikten mellan brutto- respektive nettometoden består i. Missuppfattningen tydliggörs av det förhållandet, att de båda instanserna till grund för hela denne frågeställning tycks lägga 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. Med denna slutsats tror sig de båda domstolarna ha gjort ett val mellan brutto- respektive nettometoden, och valet har fallit på bruttometoden. Det hela är emellertid en pervertering av den ifrågavarande problemställningen.

Såsom ovan anförts, omfattar utbetalningsförbudet alla utbetalningar från ett aktiebolag, oavsett egendomstyp och oberoende av om utbetalningen sker i aktiv eller passiv form; all användning av bolagets tillgångar, ökning av skulder m m kvalificeras som utbetalning i vid mening. Förbudet träffar utbetalningar till såväl aktieägare som tredje man (i det senare fallet i vart fall på grundval av en analogi). En utbetalning kan vara såväl öppen som förtäckt. En öppen utbetalning innebär utdelning i reguljär form i enlighet med 12 kapitlet, d v s vinstutdelning enligt beslut av aktieägarna vid ordinarie bolagsstämma. En förtäckt utbetalning avviker från dessa formregler. Den vedertagna uppfattningen i juridisk doktrin är, att en förtäckt utbetalning i sig icke är förbjuden. Med andra ord skulle formreglerna i ABL 12 kap icke vara att karakterisera som tvingande borgenärsskyddsregler[246]. Följaktligen kan en förtäckt utbetalning/utdelning vara såväl lovlig som olovlig.

Såsom också nämnts, träffar utbetalningsförbudet uteslutande *vederlagsfria* utbetalningar. För utbetalningsförbudets tillämplighet förutsätts dock vidare, att utbetalningen inkräktar på aktiebolagets bundna kapital. Olovligheten eller ogiltigheten av en utbetalning – öppen eller förtäckt – är avhängig av huruvida det bundna kapitalet är bibehållet eller ej.

[246] Se härom Nerep i SST 1993.

Utbetalningsförbudet innehåller således två rekvisit, varav vid den ena förutsätts en vederlagsfrihetsprövning och i den andra en prövning av huruvida aktiebolagets bundna kapital är bibehållet eller icke.

Vederlagsfrihetsprövningen sker med utgångspunkt i ett fastställande av värdet av aktiebolagets utbetalning jämfört med värdet av den motprestation som aktiebolaget erhållit på grundval av utbetalningen t ex vid blandade transaktioner. Det är uppenbart och föga kontroversiellt, att vid denna värdebestämning *marknadsvärdet* av prestationerna i fråga skall vara avgörande. Detta har såvitt kan inses, aldrig ifrågasatts i den juridiska doktrinen eller i något annat sammanhang.[247]

Det fundamentala misstaget i domstolarnas prövning är emellertid inte så mycket att man, genom att utgå från att marknadsvärdet skall gälla, tycker sig ha funnit lösningen på problematiken i det aktuella målet, utan fastmera att hela problemställningen kring brutto- respektive nettometoden formulerats på ett grovt missvisande sätt. Konflikten mellan brutto- respektive nettometoden gäller *icke* om i det första ledet vid tillämpningen av utbetalningsförbudet, nämligen vederlagsfrihetsprövningen, till utgångspunkt för bedömningen skall tas den utdelade tillgångens bokförda värde eller marknadsvärde. I vederlagsfrihetsprövningen skall, såsom ovan fastslagits, utgångspunkten tvivelsutan vara marknadsvärdet av de i transaktionen ingående prestationerna. Striden mellan anhängare av den ena eller andra metoden rör i stället det andra ledet vid tillämpningen av utbetalningsförbudet, nämligen gränserna för det utdelningsbara beloppet. Essensen av hela problemställningen är frågan, huruvida den utbetalning som skett, bedömd efter marknadsvärdet, och i kronor räknat, skall jämställas med det disponibla beloppet enligt fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret, eller om den till skydd för borgenärerna uppställda principen skall vara, att aktiebolagets bundna kapital efter den ifrågavarande utbetalningen skall vara intakt. Tingsrätten och hovrätten i det föregående målet har lagt tonvikten på vederlagsfrihetsprövningen och således på fel fråga.

Vid utdelning av sakvärden innebär bruttometoden, att en lovlig, ve-

[247] Möjligen med undantag av en nyligen publicerad artikel av doktoranden vid Uppsala universitet, Jan Andersson, se SvJT 1993, s 566, Om verkliga värden och aktiebolagsrättsliga värden. Kritiken av Anderssons artikel har emellertid inte låtit vänta på sig, se Lindskog i SvJT 1993, s 927.

derlagsfri och förtäckt utdelning föreligger endast om skillnaden mellan tillgångens marknadsvärde och den i transaktionen avtalade köpeskillingen – förutsatt här att marknadsvärdet är högre än denna köpeskilling – skall inrymmas i det enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret utdelningsbara beloppet. Nettometodens förespråkare hävdar häremot, att det är tillfyllest att bolagets bundna kapital efter utbetalningen i fråga är intakt. Analysen i domstolarna borde följaktligen har fokuserats på tolkningen av ABL 12:2, 1 st, närmare bestämt innebörden av att en vinstutdelning till aktieägare icke får "överstiga vad som i fastställd balansräkning ... för det senaste räkenskapsåret redovisas" som disponibla vinstmedel. Häri ligger den väsentliga bristen i domstolarnas prövning.

Det är möjligt att domstolarna lät sig styras av svarandebolagets (Miljö och Industritjänst) bestridandegrunder i tingsrätten, vilka i huvudsak var följande.

1. Genom att Industritjänst sålt till det bokförda värdet, som endast med 1.000 kronor översteg anskaffningskostnaden, har någon vinstutdelning inte skett.
2. Om i stället marknadsvärdet skall tagas till utgångspunkt, översteg detta inte försäljningspriset, varför någon vinstutdelning inte ägt rum.
3. Om en otillåten vinstutdelning skett, skall återbäring ändock icke ske på grund av att aktieägarna i Stig Jonsson Invest varit i god tro.

Dessa bestridandegrunder, som uppenbarligen också åberopats i hovrätten utan modifikationer, lider också av den svagheten att de tar sikte på fel fråga. Sammantaget bestrids i grunderna att "vinstutdelning" skett, med tillägget att om vinstutdelning skett, mottagarna härav varit i god tro. Det synes ytterst fåfängt och futilt att bestrida, att *vinstutdelning* skett, när överlåtelsen av fastigheten ägt rum till ett pris väsentligt under marknadsvärdet. Det kan över huvud taget inte råda något tvivel om att fråga varit om s k förtäckt vinstutdelning, eftersom varje prövning av vederlagsfriheten i transaktionen borde ge vid handen, att transaktionen till en väsentlig del var vederlagsfri. Bestridandet borde i stället ha gått ut på, att den förtäckta vinstutdelningen icke varit *olovlig,* med hänsyn till att det utdelande bolagets bundna kapital efter utbetalningen bibehållits – i enlighet med nettometoden – samt att avgörande icke skall vara, såsom bruttometodens anhängare hävdar, det disponibla vinstbeloppet enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret.

Måhända har således domstolarna, eftersom fråga är om ett dispositivt mål, känt sig förhindrade att gå utöver de nu nämnda bestridandegrunderna, vilket i så fall skulle förklara domskälen och utgången i målet. Märk härvid att hovrätten, enligt vad som citerats ovan, konstaterar, att den disponibla vinsten "ostridigt" uppgick till 146 426 kronor. Det sagda synes emellertid osannolikt.

I den andra hovrättsdomen avkunnad av Hovrätten för Skåne och Blekinge förelåg följande omständigheter.

Genom köpeavtal av den 28 mars 1988 förvärvade Handelsbolaget Capinova Finans 3, sedermera kommanditbolaget Bastiljen 3, aktierna i Åstorps Intressenter Aktiebolag (nedan "Åstorps") för en köpeskilling om 17.014.000 kr med tillträde av aktierna den 6 april 1988. Enligt avtal av den 8 april 1988 förvärvade aktiebolaget Tågmästaren samtliga aktier i Åstorps för en köpeskilling om 8.467.000 kr med tillträde av aktierna den 12 april 1988. Den 11 april 1988 avyttrade Åstorps en fastighet som sedermera gick under beteckningen Åstorp Vallbo 5 (nedan "Fastigheten") till Handelsbolaget Capinova Finans 4, (sedermera Kommanditbolaget Bastiljen 4) för bokfört värde. Bastiljen 3 och Bastiljen 4 var systerbolag och ägdes av Vävaren Förvaltnings AB. Ställföreträdare och firmatecknare för samtliga bolag var två privatpersoner, vilka efter Bastiljen 3:s förvärv av Åstorps även företrädde det senare bolaget. Den 21 december 1988 sålde Bastiljen 4 Fastigheten vidare till en privatperson för en köpeskilling om 12 milj kr. Enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, den 1 september 1986 – 31 augusti 1987, uppgick de disponibla medlen till 2.293.261 kr.

Åstorps konkursbo väckte talan mot Bastiljen 4 och yrkade, att sistnämnda bolag skulle förpliktigas att till konkursboet återbära 9.387.831 kr jämte ränta. Såsom grund för talan anförde konkursboet, att Fastighetens marknadsvärde vid tidpunkten för försäljningen av fastigheten till Bastiljen 4 avsevärt översteg det bokförda värdet och att en vederlagsfri, olovlig utbetalning skett till ett belopp motsvarande Fastighetens marknadsvärde, med avdrag för försäljningspris och disponibelt utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret.

Såsom ovan nämnts, vann konkursboet i huvudsak bifall för yrkandet i tingsrätten, dock att tingsrätten kom fram till ett lägre marknadsvärde än konkursboet. I domskälen slog hovrätten inledningsvis fast, att fråga varit om en vederlagsfri utbetalning till Bastiljen 4 motsvarande skillnaden mellan köpeskillingen och fastighetens marknadsvärde (8.281.092 kr). Därefter fastställdes, att Åstorps fria egna kapital vid försäljningstidpunkten "ostridigt" enligt dess senast fastställda balansräkning uppgick till 2.293.261 kr. Hovrätten gjorde följande bedömning:

"Frågan om fastighetsöverlåtelsen vid en prövning enligt 12 kap 2 § 1 st aktiebolagslagen (1975:1385) skall anses ha innefattat en otillåten vinstutdelning beror på till vilket värde – marknadsvärdet eller det bokförda värdet – som fastigheten skall anses ha frångått Åstorps. Som tingsrätten anmärkt har frågan vilket värde som i ett sådant fall bör väljas inte berörts i motiven till nuvarande och tidigare lagreglering och inte heller prövats av Högsta domstolen men föranlett en omfattande diskussion inom den juridiska doktrinen.

Goda skäl kan anföras såväl för meningen att fastigheten vid den prövning varom är fråga skall anses ha frångått Åstorps 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 8.821.092 kr. Oavsett till vilket värde fastigheten redovisats i Åstorps bokföring kan inte mot ordalagen i lagrummet anses annat än att vinstutdelningen till beloppet 5.987.831 kr varit otillåten. En sådan tolkning av lagrummet ligger även i linje med den allmänna försiktighetsprincip som skall tillämpas i redovisningssammanhang."

Även i detta avgörande synes en viss sammanblandning ha skett av de två rekvisiten för olovlig utdelning, nämligen att fråga skall vara om vederlagsfri utbetalning och en utbetalning som innebär ett intrång i det bundna kapitalet. Den fråga som hovrätten inledningsvis upptar i det citerade avsnittet, nämligen till vilket värde – marknadsvärdet eller det bokförda värdet – som fastigheten skall anses ha frångått Åstorps, synes vara felformulerad. Med hänsyn till att hovrätten redan fastställt, att fråga är om en vederlagsfri utbetalning till den del fastighetens marknadsvärde överstiger det bokförda värdet, borde frågeställningen istället ha varit huruvida skillnadsbeloppet (marknadsvärdet med avdrag för det bokförda värdet) är en lovlig vederlagsfri utbetalning eller inte. Lovligheten av utbetalningen kan sedan endast prövas mot bakgrund av en tolkning av ABL 12:2 och här närmast huruvida stadgandet är att tolka så, att varje utbetalning som överstiger det i stadgandet aktuella beloppet skall ses som olovlig, eller om prövning istället bör avse, huruvida den vederlagsfria utbetalningen resulterat i ett intrång i det bundna kapitalet. För att kunna avgöra den senare frågan, förutsätts en närmare utredning av det fastighetssäljande bolagets (Åstorps) balansmässiga ställning efter försäljningen eller den redovisningsmässiga effekten av själva fastighetsförsäljningen.

Hovrättens synsätt tycks vara baserat på den vilseledande frågeställningen, huruvida det är marknadsvärdet eller det bokförda värdet som skall rymmas inom ramen för vad som är utdelningsbart enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. I själva verket skall alltså frågeställningen vara en annan, nämligen huruvida den vederlagsfria utbetalningen, marknadsvärdet med avdrag för det bokförda värdet (vilket värde således motsvarade köpeskillingen), skall rymmas inom ramen för samma disponibla belopp, eller huruvida denna utbetalning innebär ett intrång i det bundna kapitalet. Någon utredning om bolagets ställning efter fastighetsförsäljningen, eller den redovisningsmässiga effekten av sagda försäljning, har icke skett. I övrigt kan beträffande hovrättens domskäl antecknas, att de är synnerligen vaga och intetsägande, delvis även motsägelsefulla, särskilt i den senare delen: "Det kan också ifrågasättas huruvida det föreligger en allmän försiktighetsprincip som skall tillämpas i redovisningssammanhang."

4.6 Det för utdelning eller utbetalning tillgängliga beloppet

Vad som ovan anförts kan sammanfattas i slutsatsen, att en förtäckt utdelning, förskottsutdelning, koncernbidrag eller liknande ej är olaglig eller ogiltig endast av den anledningen att den sker i andra former än i den som föreskrivs i ABL 12, så länge samtliga aktieägare är överens härom. Formreglerna är således dispositiva minoritetsskyddsregler. Den kvarstående frågan att behandla är, till vilket belopp utbetalning i denna form får ske. Ovan har frågan formulerats sålunda, huruvida allt inom ett aktiebolag är utdelningsbart, så länge det bundna kapitalet lämnas intakt, eller om endast det är utdelningsbart, som beloppsmässigt är täckt av utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning.

Av väsentligt intresse är inledningsvis tidpunkten för fastställandet av ett intakt bundet kapital eller utdelningsbart belopp. Skall avgörande t ex vara det bundna kapitalet eller utdelningsbara belopp enligt *senast* fastställda balansräkning, eller möjligen vad som är utdelningsbart vid utbetalningstillfället, eller skall bestämmande vara bundet kapital och utdel-

ningsbart belopp enligt nästpåföljande balansräkning (nedan "efterföljande balansräkning"). Av rättspraxis framgår, att Högsta domstolen till utgångspunkt för beräkningen av utdelningsbart belopp tar den senast fastställda balansräkningen[248]. I Sveton-målet (NJA 1980 s 311) synes i förstone Högsta domstolen vid prövningen av utbetalning från aktiebolag i form av säkerställanden gjort en annan bedömning. På frågan om till vilken tidpunkt bedömningen av huruvida och i vilken omfattning utdelningsbart belopp föreligger skall hänföra sig tycks nämligen Högsta domstolen anbefalla lösningen, att säkerställandet blir giltigt i den mån säkerheten (pantsatt egendom) svarar mot vid *tidpunkten för pantsättningen* utdelningsbart belopp. Skulle pantens värde icke vara täckt av vad som är utdelningsbart vid tidpunkten för pantsättningen, blir pantsättningen att beteckna som ogiltig, vilken ogiltighet består även om bolaget senare skulle få ytterligare belopp till förfogande för vinstutdelning. Giltigheten av en pant (möjligen också borgen, ehuru Högsta domstolen, *obiter dictum*, i sagda fall antyder en annan uppfattning) skulle således vara beroende av att det finns disponibla vinstmedel vid tidpunkten för pantsättningen (om den till vars förmån panten ställs vid samma tidpunkt är insolvent). Med "tidpunkten för pantsättningen" avser emellertid Högsta domstolen med all säkerhet pantsättningsögonblicket ställt i relation till senast fastställda balansräkning, icke en fingerad balansräkning för tiden fram till själva pantsättningsögonblicket. Det skall vidare tilläggas, att slutsatsen i detta fall i hög grad vilar på panträttsliga grundsatser, särskilt värdet av att en pantsättnings giltighet får bedömas med utgångspunkt från de förhållanden som föreligger vid pantsättningens fullbordan, och icke skall kunna påverkas av pantsättarens gäldsituation vid en senare tidpunkt.

I den aktiebolagsrättsliga doktrinen ges ingen riktigt entydig bild. Rodhe[249] synes i vissa avseenden utgå ifrån senast fastställda balansräkning, men i andra avseenden ta sikte på den efter utbetalningen ifråga följande balansräkningen. Ett exempel på uttalanden av Rodhe som tyder på det sistnämnda är följande:

[248] Se t ex Suecia-målet, NJA 1951 s 6 I, s 25, det i anslutning till Suecia avgjorda målet NJA 1951 s 30 II, s 37 samt NJA 1976 s 618; ståndpunkten synes vara densamma i NJA 1990 s 343.

[249] Aktiebolagsrätt, s 87 f och 108 f.

> "När utdelning sker i form av kontanter, minskas i motsvarande mån det i nästa balansräkning upptagna fria egna kapitalet. Men det kan hända att denna mekanism inte fungerar vid utdelning av sakvärden." (Se s 87)

I ett annat sammanhang tycks Rodhe delvis upprepa detsamma på följande sätt:

> "Om ett aktiebolag gör en öppen vinstutdelning, vilken verkställes genom utbetalning av kontanter, påverkar detta automatiskt nästa balansräkning. Bolagets nettobehållning kommer att vara minskad med det utdelade beloppet, och den för utdelning tillgängliga vinsten enligt denna balansräkning kommer att vara i motsvarande mån mindre, jämfört med om ingen utdelning skett."(Se s 110)

Även Danielssons uppfattning[250] är oklar, allra helst som han icke gör en tydlig distinktion mellan tvingande och dispositiva regler. Han tycks emellertid i anslutning till Suecia-målet vara närmast benägen att utgå ifrån senast fastställda balansräkning (se dock uttalanden i delvis motsatt riktning i SvJT 1954, s 576, enligt vilka den efterföljande balansräkningen till synes ges en viss retroaktiv effekt under förutsättningen att formkraven upprätthålls).

Till utgångspunkt för sitt ställningstagande tar Danielsson[251] Sueciamålet (NJA 1951 s 6 I). I detta mål utgick nämligen Högsta domstolen från senast fastställda balansräkning vid beräkningen av utdelningsbart belopp. Utdelning av vinst till Suecias aktieägare fick ej överskrida det i den senast fastställda balansräkningen fixerade beloppet (med hänsyn taget till en särskild lag från 1943 med särskilda bestämmelser om begränsning av vinstutdelning från aktiebolag); i den mån uttaget av tillgångar från Suecia omfattat mer än nämnda belopp, var det att beteckna som otillåten vinstutdelning. Huruvida bolaget p g a dolda reserver eller annorledes hade kvar tillgångar som täckte bolagets skulder, inberäknat det bundna kapitalet, saknade betydelse.

Denna tolkning av utbetalningsförbudet menar Danielsson har praktisk betydelse främst beträffande just förtäckt vinstutdelning. Är den tvingande borgenärsskyddsregeln den, att endast av fastställd balansräk-

[250] Aktiekapitalet, s 206 ff.
[251] Se Aktiekapitalet, sid 205 ff.

ning för senaste räkenskapsåret framgående vinst får delas ut, måste enligt Danielsson ytterligare krav upprätthållas för att uttag av tillgångar ur bolaget skall vara lovligt utöver det allmänna kravet, att bolagets bundna kapital skall vara täckt (se Danielsson, SvJT 1954, s 571, s 575. Ett åsidosättande av formerna för vinstutdelningen medför dock, enligt vad som framgår ovan, enligt Danielsson icke att den förtäckta utdelningen är olovlig.) Det krav som Danielsson närmast har i åtanke (se s 576) är, att den förtäckta utdelningen genomfördes så, att den inverkade på de enligt fastställda balansräkningen utdelningsbara vinstmedlen. Det är således främst en fråga om hur dispositionen skall redovisas: Avgörande enligt Danielsson är att den närmast följande balansräkningen inte får visa bättre ställning än om vinstutdelning hade skett öppet. Detta krav uppfylls enligt Danielsson automatiskt, om utbetalningen avser sådan egendom vars bokförda värde sammanfaller med dess marknadsvärde. Däremot är kravet inte uppfyllt, om utbetalningen avser egendom vars marknadsvärde överskrider det bokförda värdet. En sådan transaktion blir enligt Danielsson lovlig endast om "den dolda reserven först tages fram i redovisningen". Detta kan främst ske genom att ett avtal sluts om överlåtelse efter marknadsvärdet, och utdelning därefter sker genom att bolagets fordran enligt avtalet helt eller delvis avskrivs. En annan möjlighet, som dock icke diskuteras av Danielsson, vore att sälja den undervärderade tillgången för marknadsvärdet, och sedan dela ut intäkten eller vinsten. Av avgörande betydelse är emellertid, att i den mån en förtäckt utdelning genomförs i enlighet med nu nämnda riktlinjer – dock utan iakttagande av formerna för vinstutdelning – skall enligt Danielsson utdelningen vara begränsad till den enligt närmast föregående balansräkning utdelningsbara vinsten. Avser avskrivningsbeslutet avseende bolagets fordran respektive utdelningen efter realisationen av tillgången ifråga ett högre belopp än det som framgår av senast fastställda balansräkning, är den förtäckta utdelningen således olovlig. Utdelningen av "överskottet" får i stället ske sedan ny balansräkning fastställts, och därav framgår att ytterligare vinstmedel är tillgängliga för utdelning (se Danielsson, SvJT 1954, s 577). Av Danielssons framställningssätt ges läsaren det tydliga intrycket, att slutsatserna ifråga har stöd i Suecia-målet.

Till belysning av Danielssons resonemang återges här ett av Danielsson angivet exempel[252].

Ett bolag som enligt balansräkningen för räkenskapsåret 1953 har 1.000 kr i utdelningsbar vinst, vill såsom förtäckt vinstutdelning till en aktieägare låta denne köpa värdepapper efter anskaffningspriset 3.000 kr, som också är papperens bokförda värde. Deras verkliga värde är 6.000 kr. Det antages, att avyttringen icke medför att bolaget får skattepliktig intäkt vare sig i rörelse eller såsom skattepliktig realisationsvinst. Om transaktionen genomföres så, att köpeavtal upprättas om köp till verkliga värdet, kan under år 1954 endast 1.000 kr av köpeskillingen efterskänkas utan återbäringsskyldighet. Resten av det belopp, som är avsett att efterskänkas, får kvarstå som fordran mot aktieägaren i balansräkningen för år 1954 och kan utan återbäringsskyldighet efterskänkas år 1955, om och i den mån balansräkningen för 1954 visar utdelningsbar vinst.

Danielssons slutsatser tycks emellertid sakna stöd i domskälen i Sueciamålet[253].

Förvisso uttalade Högsta domstolen, enligt vad som framgått ovan, att all utbetalning till aktieägarna utöver det i den senast fastställda balansräkningen disponibla vinstbeloppet var olovlig, oberoende av omfattningen av dolda reserver. Såvitt kan förstås, hade dock Högsta domstolen icke att ta ställning till frågan hur utdelning av undervärderad egendom skall hanteras i ett sådant sammanhang: De tillgångar som överfördes till säljaren av aktierna i Suecia utgjordes till största delen av sådana vars marknadsvärde sammanföll med det bokförda värdet. Undantaget skulle vara tillgångarna i form av kontorsinventarier, vissa statspapper och en bolagets fraktfordran, beträffande vilka tillgångar det i rättsfallsreferatet icke specifikt anges om de överfördes till bokfört värde eller marknads-

[252] Se Danielsson s 577.

[253] Jfr Nial, Svensk rättspraxis, Bolags- och föreningsrätt 1948–1953, SvJT 1955, s 255, särskilt s 256: "Man kan icke som Danielsson (i SvJT, s 571) antaga, att HD genom sin dom även besvarat frågan om förutsättningarna för en tillåten förtäckt utdelning som sker i den formen att bolaget till aktieägare säljer en tillgång för det pris, som motsvarar det i balansräkningen upptagna värdet å tillgången men uppenbart ligger under dess verkliga värde (något som fått särskild praktisk betydelse genom fondskatteförordningen). En dylik transaktion medför ju ingen förändring i bolagets balansmässiga ställning, och om enligt den senast fastställda balansräkningen (som förutsätts vara lagenlig) bolagets bundna kapital finnes i behåll, synes anledning saknas att av hänsyn till borgenärerna bedöma transaktionen som en otillåten utdelning (i varje fall om reservfonden och skuldregleringsfonden äro vederbörligen fyllda".

värde. För den händelse överföringen skedde till det bokförda värdet, kan hävdas – i den mån tillgångarnas marknadsvärde var högre än det bokförda värdet – att Högsta Domstolen icke beaktat annat än det bokförda värdet vid beräkningen av vad som utgjorde olovlig vinstutdelning. Detta kan emellertid sammanhänga med att frågan överhuvudtaget icke berörts av parterna i målet: Det gjordes ej av konkursboet gällande – i vart fall icke explicit – att skillnaden mellan marknadsvärde och bokförda värde skulle beaktas vid beräkningen av olovlig vinstutdelning.

Överhuvudtaget synes Danielssons benägenhet att dra alltför vittgående slutsatser av domskälet i Suecia-fallet vara stor, vilket inte minst framgår av analysen av fallet i Danielssons doktorsavhandling[254]. Det kan för övrigt anmärkas, att vid en jämförelse av Danielssons avhandling och den senare, ovannämnda artikeln om förtäckt vinstutdelning det framgår, att Danielsson på många punkter avviker från tidigare gjorda slutsatser, vilket han också själv delvis medger[255]. Avvikelserna är olyckligtvis så många och så avgörande, att det sammantaget blir svårt att låta sig övertygas av Danielssons resonemang, vars hållbarhet närmare skall prövas i den följande framställningen, dock utan att därvid specifikt utgå från de av Danielsson anförda ståndpunkterna. Här skall till bemötande av Danielssons argumentation blott några anvisningar ges.

Svagheten i Danielssons resonemang synes, såsom redan antytts ovan, ligga i avsaknanden av en klar distinktion mellan tvingande och dispositiva regler, respektive formella och materiella regler, samt av en precisering av de senares karaktär av tvingande eller dispositiva regler. I ett sammanhang meddelas läsaren av Aktiekapitalet (s 223), att reglerna om vinstutdelning har "delvis karaktären av tvingande formregler". Såsom sådana betecknar Danielsson bl a reglerna avseende fastställande av balansräkning, beslut om vinstutdelning samt reglerna om räkenskapsår. Tesen om vissa formreglers tvingande karaktär är fundamental för Danielssons resonemang. Den precisa innebörden av detta konstaterande och dess konsekvenser utvecklas emellertid inte av Danielsson. I ett annat sammanhang (s 234) slår Danielsson fast, att en utbetalning i den form som ägde rum i Suecia-fallet är att beteckna som olovlig vinstutdelning

[254] Aktiekapitalet, s 215 ff och 232 ff. (Jfr Bramsjö S., Anmälan av avhandlingen i fråga i SvJT 1953, s 241, särskilt s 245 ff).
[255] Se SvJT 1954, s 578, fotnot 2.

av det skälet, att "balansräkning med det i frågavarande innehållet icke blivit fastställd i föreskriven ordning". Återbäringsplikten sägs vara motiverad av denna "stränga formregel" som Högsta Domstolen valde att upprätthålla i Suecia-målet. I den två år senare utarbetade uppsatsen i Svensk Juristtidning om förtäckt vinstutdelning gör å andra sidan Danielsson gällande, att ett "åsidosättande av vinstutdelningsbeslutets form inte medför återbäringsskyldighet"[256]. Sannolikt diskuterar Danielsson här olika formregler; problemet är emellertid att det inte tillräckligt tydligt framgår vilka formregler som avses. De regler som Danielsson åsyftar i de förstnämnda sammanhangen är till yttermera visso förmodligen icke alls formregler, utan fastmer materiella regler, vilka syftar till att utstaka gränserna för vinstutdelningens omfattning snarare än att ange formerna härför.

Danielssons synsätt skall emellertid ses i ljuset av Suecia-fallet. Det är mycket starkt präglat av de specifika omständigheterna i detta fall. Situationen där var ju den, som också konstaterades av underinstanserna, att tillgångarna i bolaget beräknade efter marknadsvärdet var större än skulderna, även efter den ifrågasatta utbetalningen från bolagets sida på ca 1,35 milj kr. Anledning härtill var, att bolaget hade stora dolda reserver bl a i fartyg. Danielssons tanke synes vara den, att skulle avtalsparterna genomfört transaktionen i en annan ordning, dvs först löst upp de dolda reserverna genom försäljning (erläggandet av skatt etc) och sedan delat ut vinsten i föreskriven form på grundval av fastställd balansräkning innefattande de transaktioner som upplösningen av de dolda reserverna givit upphov till, hade denna vinstutdelning icke kunnat sättas ifråga, förutsatt givetvis att den legat inom ramen för utdelningsbart belopp enligt denna fastställda balansräkning. Mot detta finns icke mycket att invända. Tanken är dock poänglös; tyngdpunkten i resonemanget ligger i så stor utsträckning på de formella frågorna att resonemanget kan verka vilseledande. Såsom skall framgå nedan, skall tyngdpunkten i stället ligga på den materiella frågan, nämligen huruvida bolagets bundna kapital efter utbetalningen är intakt eller inte. En annan sak är sedan att vid fastställandet av det bundna kapitalet avgörande är den senast fastställda balans-

[256] Se s 576; jfr s 577: "HD har visserligen gentemot anspråk på återbäring avstått från att kräva formligt beslut om vinstutdelning".

räkningen, och givetvis skall i denna process bortses ifrån de dolda reserverna. I Suecia-fallet reducerades tillgångarna eller ökade skulderna i bolaget pga utbetalningen med ca 1,35 milj kr. Eftersom huvuddelen av de tillgångar som överfördes till aktiesäljaren var bokförda till marknadsvärdet, minskade härmed bolagets egna kapital med motsvarande belopp. Mera intressant hade varit om de överförda tillgångarna hade utgjorts av de undervärderade fartygen, d v s om parterna hade gjort bruk av de dolda reserverna utan att inkräkta på bolagets bundna kapital. Så var emellertid icke fallet. Desto mera uppseendeväckande är därför Danielssons överföring av de i Suecia-fallet uttryckta grundsatserna till det ovan berörda exemplet med utdelning av sakvärden[257].

Lindskog har relativt nyligen i en artikel[258] bl a pläderat för ståndpunkten, att det avgörande är utfallet i en efterföljande balansräkning. Genom att bolaget i den efterföljande balansräkningen har ett konstaterat bevarat intakt bundet kapital har borgenärsskyddsintressena enligt Lindskog tillgodosetts. Oberoende av effekten av en utbetalning på den efterföljande balansräkningen skall dock enligt Lindskog en utbetalning (kapitalanvändning) kunna ses som lovlig om den inte inkräktar på bundet eget kapital enligt senast fastställda balansräkning (dispositionens balansmässiga effekt inte inverkar på det bundna kapitalet, se s 93). En sådan utbetalning (disposition) skulle enligt vad som kan förstås av Lindskogs framställning närmast vara att beteckna som en efterutdelning relaterad till senast fastställda balansräkning.

Lindskogs framställning är icke alltigenom lättillgänglig; han slår stundom alltför täta ackord. Framställningen är mycket rik på uppslag och innovationer; den vittnar i sanning också om hög kompetens. I utgångsläget laborerar Lindskog med vissa nya, självpåfunna (ofta mycket användbara) begrepp: I stället för olovlig vinstutdelning eller olovlig utbetalning inför Lindskog begreppet olovlig kapitalanvändning (utbetalningsförbudet bör därmed inom Lindskogs begreppsvärld rimligtvis översättas till kapitalanvändningsförbudet). Med minimalt bundet kapital (MBK) avser Lindskog i sin framställning aktiekapital jämte "fylld" re-

[257] Se *op. cit.* s 576 f.

[258] Olovlig kapitalanvändning; kommentar med anledning av några tingsrättsdomar, JT 1992–93, s 82 ff, s 91 ff. Se numera i ett större sammanhang Lindskogs kommentar till ABL 12 och 13 kap.

servfond, d v s motsvarigheten till begreppet "bundet eget kapital", med den modifikationen, att reservfonden skall uppgå till den i ABL 12:4 föreskrivna (20 %) delen av aktiekapitalet, d v s när reservfonden nått en sådan nivå att avsättningsskyldighet icke längre föreligger av årets nettovinst. Med "styrande balansräkning" förstår Lindskog den fastställda balansräkningen för det senaste räkenskapsåret. "Utdelningsbart belopp" innebär genomgående – såvitt kan förstås – det belopp som är utdelningsbart enligt ABL 12:2, d v s vad som enligt senast fastställda balansräkning är utdelningsbart med iakttagande av försiktighetsregeln. En "formenlig utdelning" är enligt Lindskog en sådan som föregås av bolagsstämmobeslut och styrelsegodkännande, dvs en utdelning som sker i den reguljära, i ABL 12:3 föreskrivna ordningen. Såsom ovan har befunnits, betraktar Lindskog formreglerna såsom varande dispositiva minoritetsskyddsregler; en icke formenlig utdelning är således icke angripbar om alla aktieägare är överens och de tvingande borgenärsskyddsreglerna icke överträtts. Med en transaktions (t ex en olovlig kapitalanvändning) redovisningsvärde förstår Lindskog den redovisningsmässiga effekt som transaktionen har på balansräkningen, eller "dispositionens redovisade balansmässiga effekt". Med "beloppsspärren" avser slutligen Lindskog den princip i ABL 12:2 som föreskriver vad som är utdelningsbart med tillägg för kravet i ABL 12:4 om avsättning av viss del av årets nettovinst till reservfonden.

Lindskog konstaterar inledningsvis, att det borgenärsskydd som ligger i beloppsspärren tar sikte på det redovisade kapitalet och alltid är tillgodosett så länge bolaget har ett intakt MBK. Därefter drar han slutsatsen, att ett aktiebolags försäljning av tillgångar till underpris icke står i strid med "borgenärsskyddssyftet", även om skillnaden mellan tillgångarnas marknadsvärde och köpeskillingen icke ryms inom utdelningsbart belopp enligt senast fastställda balansräkning, förutsatt blott att i den efterföljande balansräkningen kan konstateras att bolaget har ett intakt MBK. "Genom att bolaget har ett konstaterat bevarat intakt MBK har borgenärsskyddsintressena tillgodosetts". I en fotnot (36) tillägger Lindskog, att en dylik överlåtelse till underpris "lämpligen bör ske som en räkenskapsårets sista disposition, vilken godkänns på den efterföljande ordinarie bolagsstämman sedan det konstaterats att den på stämman fastställda balansräkningen har ett intakt MBK". Beträffande koncernbidrag löses

enligt Lindskog problemet med beloppsspärrprövningen (d v s prövningen av frågan huruvida koncernbidraget ryms inom utdelningsbart belopp enligt senast fastställda balansräkning) genom att aktieägarna vid efterföljande ordinarie bolagsstämma fastställer resultat- och balansräkning (varvid koncernbidraget noteras i resultaträkningen), enligt vilken balansräkning det framgår att MBK är intakt. "Den efterföljande balansräkningen som innehåller ett intakt MBK läker det förhållandet att koncernbidraget inte ryms inom utdelningsbart belopp".

Så långt präglas Lindskogs synpunkter av en viss kluvenhet inför det klassiska valet mellan brutto- och nettometod. Antag t ex ett utdelningsbart belopp enligt senast fastställda balansräkning för ett aktiebolag om 10. Antag sedan att en försäljning sker av bolagets tillgångar till bokfört värde, samt att skillnaden mellan marknadsvärdet – vilket förutses vara högre än det bokförda – och köpeskillingen (d v s det bokförda värdet) är 15. Frågan om tillåtligheten av försäljningen av bolagets tillgångar till underpris skulle kunna angripas på olika sätt. T ex skulle kunna hävdas, att fråga ej alls är om vederlagsfri utbetalning (eller kapitalanvändning). Såvitt har kunnat överblickas, har detta ännu icke gjorts gällande av någon hitintills. Det bör således icke kunna ifrågasättas, att försäljningen till underpris är en vederlagsfri utbetalning (eller kapitalanvändning). Möjligen skulle kunna frågas, om kvalifikationen i detta hänseende förutsätter avsiktlighet från bolagsföreträdarnas sida (jfr Lindskog, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar, SvJT 1992, s 81, särskilt s 83), men denna fråga ber jag att få återkomma till i ett annat sammanhang. I den föregående framställningen och i det följande har förutsatts, att fråga är om vederlagsfri utbetalning. En annan angreppsvinkel, som också har diskuterats ovan, är att ställa frågan, om den på det angivna sättet genomförda, vederlagsfria utbetalningen är relevant från borgenärssynpunkt, eftersom transaktionen ifråga icke medför någon förändring i bolagets balansmässiga ställning. Nettometodens förespråkare hävdar ju att så icke är fallet: Vad som delas ut är en dold reserv, motsvarande en orealiserad vinst; det redovisade bundna kapitalet lämnas intakt. Redan på grund härav är borgenärsintressena tillgodosedda. Att utdelningen, d v s den vederlagsfria utbetalningen, icke sker under iakttagande av de föreskrivna formerna, saknar betydelse vid full enighet mellan aktieägarna, eftersom fråga är om mino-

ritetsskyddsregler. Det är heller icke fråga om efterutdelning i egentlig mening, eftersom utdelningsbart belopp enligt senast fastställda balansräkning icke berörs av den aktuella transaktionen; vad som delas ut är ju s k orealiserad vinst. Det bör därför enligt nettometodens förespråkare vara möjligt att även efter en nu diskuterad utdelning av sakvärden genomföra en utdelning med ianspråktagande av just de i den senast fastställda balansräkningen tillgängliga medlen (dock med iakttagande av försiktighetsregeln). Detta är enligt samma synsätt icke samma vinst som delas ut två gånger, utan snarare olika vinstmedel, dels de synliga vinstmedlen enligt senast fastställda balansräkning, dels de dolda, ännu icke realiserade eller framtagna vinstmedlen. Av det sagda följer, att enligt exemplet ovan skillnaden mellan marknadsvärdet och det bokförda värdet om 15, enligt detta angreppssätt, icke alls skall jämföras med utdelningsbart belopp, nämligen 10; fastmera kan utbetalningen eller kapitalanvändningen avse de 15 i *tillägg till* de 10. Innebörden härav är också, att bolaget kan avhända sig samtliga tillgångar till bokfört värde utan att komma i konflikt med borgenärsintressena. En annan sak är sedan om den senast fastställda balansräkningen uppvisar ett negativt eget kapital. Till denna fråga återkommer framställningen nedan.

En tredje angreppsvinkel, som också anvisats ovan, är att utgå ifrån att försäljningen till underpris är en kapitalanvändning och att fordra att skillnaden mellan marknadsvärdet och köpeskillingen (det bokförda värdet) beloppsmässigt ryms inom utdelningsbart belopp enligt senast fastställda balansräkning. Skillnaden mellan 15 och det utdelningsbara beloppet 10 får i vart fall enligt detta angreppssätt anses vara olovligen utdelade (måhända till och med 15 enligt Lindskog, se vidare nedan). Synsättet tycks vila på antagandet, att fråga är om en slags efterutdelning – även om formerna härför icke i sin helhet följs – som skall ligga inom ramen för den i den senast fastställda balansräkningen angivna disponibla vinsten, nämligen 10. Någon ytterligare utdelning kan därefter icke förekomma, förrän nästpåföljande balansräkning utvisar att ytterligare vinstmedel är disponibla för utdelning. All kapitalanvändning, även som förtäckt vinstutdelning, skall på så sätt fingeras vara en efterutdelning (utan iakttagande av formen härför); den efterutdelning som totalt sett kan ske intill dess ny balansräkning fastställs, är således 10. (Samma tillämpning av principerna för efterutdelning får väl anses gälla även i fall av nettometo-

dens primat, nämligen där tillgångar avhänds bolaget till ett pris under det bokförda värdet.) Understrykas bör också, att en tillämpning av försiktighetsregeln kan komma att ytterligare reducera utrymmet för sådan efterutdelning.

Lindskogs ovan refererade och delvis citerade slutsatser ger läsaren intrycket av att han närmast förespråkar bruttometoden (samtidigt som han i andra sammanhang i samma framställning uppenbarligen uttrycker sitt stöd för nettometoden). Lindskogs första anhalt är ju just vad bruttometodisterna förespråkar, nämligen jämförelsen mellan, å ena sidan, skillnaden mellan marknadsvärdet och köpeskillingen och, å andra sidan, det utdelningsbara beloppet enligt senast fastställda balansräkning. En annan sak är sedan att om denna skillnad inte ryms inom utdelningsbart belopp, kan enligt Lindskog det hela ändå lösas genom att ett "intakt MBK" uppvisas i den efterföljande balansräkningen. Men vad skall gälla intill dess att den efterföljande balansräkningen fastställs? Hur skall det förhållandet att skillnaden mellan marknadsvärdet och köpeskillingen inte ryms inom utdelningsbart belopp, såsom situationen gestaltar sig i dispositionsögonblicket, karakteriseras? Är med andra ord utbetalningen (eller kapitalanvändningen) på grund av detta förhållande olovlig? I denna fråga tillhandahåller Lindskog icke ett uttryckligt svar. Av kontexten framgår emellertid, att det är sannolikt, att Lindskogs uppfattning i denna fråga är, att utbetalningen är olovlig. (Jfr uttalandet om att den efterföljande balansräkningen som innehåller ett intakt MBK "läker det förhållandet att koncernbidraget inte ryms inom utdelningsbart belopp", se s 92. Se också på s 96 där ett liknande uttalande görs: Om årsredovisningen för det år dispositionen gjordes visar ett intakt MBK läks dock ogiltigheten genom ett vederbörligt godkännande från bolaget. Jfr slutsatsen på s 92 om att en disposition, som visserligen innebär att utdelningsbart belopp överskrids, men som godkänns på en efterföljande ordinarie bolagsstämma sedan det konstaterats att den på stämman fastställda balansräkningen har ett intakt MBK, *efter* dessa åtgärder enligt Lindskog måste anses vara lovlig; motsatsvis sålunda, att dispositionen *före* åtgärderna var olovlig. Mot denna bakgrund, d v s den tolkning av Lindskogs ståndpunkt i första ledet som här givits uttryck för, synes Lindskogs polemik mot Danielsson vara tämligen uddlös (se fotnot 36, vari Danielssons ovan behandlade uppfattning om utdelning av sakvär-

den i en uppsats i SvJT 1954, s 576 kritiseras). Danielssons syfte är ju att beskriva hur en förtäckt vinstutdelning skall vara genomförd för att vara lovlig och utan att medföra återbäringsskyldighet, oberoende av efterföljande balansräknings utseende. Danielsson tar icke, såvitt kan inses, ställning till problemet hur en i dispositionsögonblicket olovlig vinstutdelning bäst kan "läkas". En smula krystat blir också uttalandet på s 94 om förskottsutdelning: "Förskottsutdelning i mening av att man vill ta i anspråk ett förväntat utdelningsbart belopp är dock aldrig tillåten". Bör inte slutsatsen beträffande koncernbidrag och hurusom eventuellt olovliga sådana kan "läkas" även vara giltig beträffande förskottsutdelning? Att förskottsutdelning i den citerade meningen "aldrig" är "tillåten" innebär väl ingenting annat än att den är olovlig om den inte kan jämställas med en efterutdelning inom ramen för utdelningsbart belopp, och även denna olovlighet bör kunna överkommas.

I nästa resonemangsled ställer emellertid Lindskog frågan om en transaktion av det förut beskrivna slaget – med resultatet att skillnaden mellan marknadsvärde och köpeskilling ej ryms inom utdelningsbart belopp enligt senast fastställda balansräkning – ändå skulle kunna vara förenlig med utdelningsreglerna i ABL 12:2, d v s om den skulle kunna vara lovlig som sådan utan att behöva "läkas" av en efterföljande balansräkning. I detta sammanhang begåvas läsaren med svaret – helt i linje med grunderna för nettometoden – att om transaktionen inte inkräktar på bolagets bundna kapital (egentligen, enligt Lindskog, MBK), och detta kapital vid transaktionstillfället var intakt, transaktionen är att beteckna som lovlig vinstutdelning (kapitalanvändning). I anslutning till det ovan angivna exemplet med ett utdelningsbart belopp om 10 och en värdediskrepans om 15 skulle således följande gälla: Hela beloppet om 15 kan delas ut, eftersom utbetalningen ej är ägnad att påverka det bundna kapitalet. Säljs å andra sidan tillgångarna för ett pris under det bokförda värdet, måste totaliteten av detta underpris (bokfört värde minus köpeskilling) rymmas inom utdelningsbart belopp; här är fråga om efterutdelning inom den ram som fastställts i senaste balansräkningen. I dessa delar förespråkar Lindskog uppenbarligen nettometoden, låt vara med vissa nyanser (till vilka framställningen återkommer nedan). Skulle bolaget i stället för utdelningsbart belopp om 10 ha ett negativt eget kapital, låt oss säga – 5, måste först detta underskott fyllas (och möjligen viss avsättning ske till reserv-

fonden) innan transaktionen kan genomföras, eller transaktionen genomföras så, att det bundna kapitalet lämnas intakt. Avgörande är således transaktionens redovisningsmässiga effekt: "Det kapitalskyddssyfte som uppbär beloppsspärren måste således ... anses tillgodosett så länge inte dispositionen får en balansmässig effekt som inverkar på det bundna kapitalet"(fotnot utelämnad)[259].

En aning förvillande i sin helhet är emellertid omvägen över diskussionen om hur en efterföljande balansräkning kan "läka" effekterna av en tillämpning av bruttometoden. Möjligen bör man förstå Lindskog på det sättet – i enlighet med nettometoden – att ett avhändande till bokfört värde är lovligt under nu angivna förutsättningar, men att även om förutsättningarna inte är uppfyllda, och transaktionen således är att betrakta som en olovlig vinstutdelning, olovligheten kan "läkas" genom att det bundna kapitalet (egentligen MBK) visar sig vara intakt i den efterföljande balansräkningen. Den eventuella kritik som kan framföras mot Lindskogs framställning så långt reduceras i sådant fall till en dispositionsfråga. (Detta bekräftas numera av Lindskog i Kommentar, s 51, fotnot 95.) Om prövningen av varje utbetalning (kapitalanvändning) enligt den något modifierade nettometod som Lindskog anvisar skall ske mot bakgrund av den senast fastställda balansräkningen, varvid utbetalningen närmast är att beteckna som en icke formenlig efterutdelning, kvarstår emellertid frågan varför enligt Lindskog en överlåtelse av ett bolags tillgångar till bokfört värde (understigande marknadsvärdet) "lämpligen bör ske som en räkenskapsårets sista disposition, vilken godkänns på den efterföljande ordinarie bolagsstämman sedan det konstaterats att den på stämman fastställda balansräkningen har ett intakt MBK". Måhända avser rekommendationen det fallet där senast fastställda balansräkning uppvisar negativt eget kapital. Men här anför ju Lindskog (s 93) att "en försäljning till bokfört värde i detta läge måste ... anses oförenlig med ABL 12:2". Förmodligen skulle då även denna oförenlighet kunna "läkas" om Lindskogs rekommendation (s 92, fotnot 36) följs.

[259] Jfr här med vad Nial anfört redan i 1955 års utgåva av SvJT, s 256: "En dylik transaktion medför ju ingen förändring i bolagets balansmässiga ställning, och om enligt den senast fastställda balansräkningen ... bolagets bundna kapital finnes i behåll, synes anledning saknas att av hänsyn till borgenärerna bedöma transaktionen som en otillåten utdelning (i varje fall om reservfonden och skuldregleringsfonden är vederbörligen fyllda".

Summan av dessa antaganden skulle bli, att enligt Lindskogs uppfattning en överlåtelse till bokfört värde (under marknadsvärdet) är lovlig och förenlig med ABL 12:2 om senast fastställda balansräkning uppvisar ett intakt (positivt) MBK. Är MBK enligt senast fastställda balansräkning (den styrande balansräkningen) icke intakt, eller sker överlåtelsen till under bokfört värde och inkräktar den därigenom på MBK, eller sker koncernbidragsöverföring, eller förskottsutdelning, eller annan kapitalanvänding m m som på så sätt inkräktar på bundet kapital (överskrider utdelningsbart belopp), är utbetalningen visserligen att karakterisera som olovlig, men olovligheten kan "läkas" genom att den efterföljande balansräkningen uppvisar ett intakt MBK. Vid dessa antaganden bör observeras, att när enligt Lindskogs modell fråga är om efterutdelning, Lindskog över huvud icke beaktar försiktighetsregeln. (Vidare skall enligt Lindskogs terminologi MBK icke utan vidare likställas med bundet kapital i traditionell mening, enär MBK förutsätter en till brädden "fylld" reservfond.) Beträffande försiktighetsregeln ("försiktighetsspärren", enligt Lindskogs terminologi) uttalar Lindskog i stort sett endast, att en kapitalanvändning kan bli olovlig om bolaget under det innevarande räkenskapsåret gjort förluster, vilket också skulle gälla en formenlig vinstutdelning (se s 94 f). Denna ståndpunkt bygger emellertid enligt Lindskog på att utdelningsfrågan prövas med utgångspunkt i den *efterföljande* balansräkningen (se s 95, fotnot 43). Men vad skall gälla om utdelningsfrågan prövas med utgångspunkt i den senast fastställda (styrande) balansräkningen? Frågan, huruvida försiktighetsregeln i sådant fall fyller en funktion, berörs icke av Lindskog. Betraktas utbetalningen (kapitalanvändningen) som en icke formenlig efterutdelning, bör väl ändock försiktighetsregeln ha sin givna roll, närhelst under det innevarande räkenskapsåret utbetalningen görs. Har således bolaget under det innevarande räkenskapsåret gjort förluster, t ex intill den grad att bolagets bundna kapital inte längre är intakt, bör vid en tillämpning av försiktighetsregeln, inom ramen för den lösning som Lindskog presenterar, (Lindskogs modifierade nettometod) utbetalningen vara olovlig; något annat är sedan, att olovligheten måhända kan "läkas" på grund av en ändrad ekonomisk situation. Eljest torde en viss motsättning ligga mellan det av Lindskog nu redovisade uttalandet och kravet på att en viss avsättning skall ske till reservfonden vid överföring till bokfört värde, när MBK ej är intakt enligt

den senast fastställda balanräkningen[260].

Sammanfattningsvis skulle beträffande vad som är styrande för beräkningen av utdelningsbart belopp *kunna* anföras följande *alternativa synsätt*.

1. Antages i enlighet med i vart fall tidigare rättspraxis att bestämmande för vad som är utdelningsbart vid utbetalningar under löpande räkenskapsår i reguljära former är den senast fastställda balansräkningen, är fråga genomgående 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 kapital och för vinstutdelning disponibelt belopp. Att bolaget efter det i den fastställda balansräkningen behandlade räkenskapsårets utgång gjort vinster, som skulle möjliggöra ytterligare utdelning, skall enligt detta antagande inte påverka storleken av utdelningsbart belopp. Har bolaget däremot gjort förluster, torde försiktighetsregeln fordra hänsynstagande därtill i samband med efterutdelningen. Frågan om förluster efter fastställandet av den senaste balansräkningen, men före utbetalningstillfället, skall medföra sådan verkan, är osäker, men sannolikt fordrar försiktighetsregeln – under nu gjorda antaganden – detta. Eljest skulle utbetalningen riskera att inkräkta på det bundna kapitalet, med följd att utbetalningen blir olovlig; en annan fråga är sedan om gjorda vinster efter utbetalningstillfället är ägnat att läka denna olovlighet, om det bundna kapitalet i en efterföljande balansräkning återigen är intakt (varom mera nedan). Med det gjorda antagandet avgörs emellertid icke frågan om brutto- eller nettometodens tillämplighet: Båda metoderna är möjliga inom ramen för det nu antagna regelsystemet. Förskottsutdelning eller koncernbidrag hänförliga till genererade vinster under räkenskapsåret

[260] I Lindskogs kommentar till ABL 12 och 13 kap, se Kommentar, s 49 ff, sammanfattar – mer än utvecklar – Lindskog sin ståndpunkt. En nyhet synes dock vara begreppet "kapitalanvändningsvärde", vilket värde enligt Lindskog skall svara mot *den beslutade dispositionens redovisningsmässiga effekter*". I fotnot 95 på s 51 hävdar Lindskog något överraskande med hänvisning till SST 1993, s 390 att jag "blandar in försiktighetsspärren i diskussion rörande spörsmålet netto-bruttometoden". Lindskogs antagande bygger säkerligen på ett missförstånd. Försiktighetsregelns ("spärrens") innehåll och tillämpning saknar i sig betydelse för valet mellan den ena eller andra metoden; snarare utlöses regeln oavsett vilken metod som tillämpas. Något annat har ej heller hävdats av mig.

skulle däremot med detta betraktelsesätt icke utan vidare vara möjlig, eftersom referensramen endast är den senast fastställda balansräkningen. Detsamma skulle givetvis gälla förskottsutdelning i beaktande av förväntade vinster (vilken utdelningsform må betecknas som förskottsutdelning i egentlig mening). Brutto- eller nettometodens tillämplighet är emellertid avhängiga av vad som skall verka bestämmande i den senast fastställda balansräkningen. Bruttometoden förutsätter (vilket skall utvecklas nedan), att bestämmande för vilket belopp som totalt sett kan utdelas är det i den senast fastställda balansräkningen utdelningsbara beloppet (uttryckt i kronor och ören, nedan betecknat som "alternativ 1 A"). Nettometoden förutsätter å andra sidan att det avgörande är huruvida det bundna kapitalet i aktiebolaget är intakt eller inte från tid till annan (nedan "alternativ 1 B").

2. Antages i stället 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 endast, att det bundna kapitalet enligt den efterföljande balansräkningen är intakt (med hänsyn tagen till försiktighetsregeln; här bortses från skatteeffekter och kravet på avsättning till reservfonden). Skulle enligt detta synsätt en förtäckt utbetalning ha den balansmässiga effekten, att det bundna kapitalet icke längre är intakt, är därmed utbetalningen olovlig, i vart fall till den del den gör intrång på det bundna kapitalet. Med hänsyn härtill kan varje förtäckt utbetalning betecknas som "latent" olovlig i beaktande av att bolaget efter utbetalningstillfället kan göra förluster som självfallet påverkar bolagets utbetalningsförmåga i detta hänseende. Även det koncernbidrag som ofta betecknas som räkenskapsårets sista affärshändelse är på detta sätt latent olovligt intill det i enlighet med försiktighetsregeln kan konstateras, att bolaget efter denna affärshändelse fram till den ordinarie bolagsstämman inte gjort förluster som påverkar möjligheten att på önskvärt sätt ge koncernbidrag.
3. En tredje, kanhända avlägsen möjlighet 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. Därest utbetalningen på sådan grund icke inkräktar på det bundna 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. Utgångspunkten enligt detta alternativ blir självfallet ändock den senast fastställda balansräkningen med tillägg för affärshändelser fram till dagen för utbetalningen. Har bolaget gjort förluster under tiden efter det aktuella räkenskapsårets slut, är detta givetvis ägnat att minska utdelningsutrymmet. Har å andra sidan bolaget gjort vinster, ökar i motsvarande grad detta utrymme. Resultatet av detta tredje alternativ ligger 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 kapitalet är intakt eller inte eller med utgångspunkt från det i senast fastställda balansräkningen angivna utdelningsbara beloppet, d v s alternativ 1 A. Skall alternativ 1 tolkas så, att det i det senaste fastställda balansräkningen angivna beloppet för utdelning är den absoluta beloppsmässiga gränsen för varje utbetalning, föreligger en klar skillnad. Skall alternativ 1 i stället tolkas så, att avgörande är om det bundna kapitalet är intakt eller inte, synes alternativ 1 och 3 i stort sett sammanfalla, d v s alternativ 1 B).

Vad nu sagts om tre alternativa synsätt hindrar inte att dessa kombineras eller sammanjämkas till en *helhetssyn* enligt följande. En utbetalning som inkräktar på bundet kapital enligt senast fastställda balansräkning är olovlig, och skall återbäras, men återbäringsskyldigheten kanhända aldrig aktualiseras om vid en efterföljande ordinarie bolagsstämma det befinns, att mellankommande vinster återställt det bundna kapitalet. (Återbäringsskyldigheten är "latent" intill dess att så har skett.) I detta mönster skulle förtäckta utdelningar, förskottsutdelningar, interimsutdelningar, anteciperade utdelningar och koncernbidrag m m kunna inpassas. En utbetalning, som icke inkräktar på bundet kapital enligt senast fastställda balansräkning, men på det bundna kapitalet enligt delårsbokslut vid utbetalningstillfället, torde också vara olovlig, men även här kan återbäringsskyldigheten utsläckas, om en efterföljande balansräkning visar, att

det bundna kapitalet återställts. En utbetalning, slutligen, är lovlig om den icke inkräktar på bundet kapital enligt senast fastställda balansräkning och ej heller på det bundna 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 icke är uteslutet: Har det bundna kapitalet väl återställts, lider borgenärerna ju ingen skada. (En annan sak är sedan att risken för att borgenärerna skadas kan vara tillräcklig för tillämpligheten av vissa straffrättsliga regler.) Mot slutsatsen talar emellertid ett uttalande av Karlgren i Suecia-målet om att återbäringsskyldigheten icke kan bortfalla genom att bolaget visar, att bolaget i verkligheten, på grund av dolda reserver eller eljest vid utdelningstidpunkten haft kvar tillgångar som motsvarar dess skulder, inberäknat de bundna fonderna. Uttalandet skall emellertid tolkas som ett påpekande om att det är den balansmässiga effekten av en utbetalning som är avgörande för dess lovlighet och giltighet, oberoende av bolagets ekonomiska tillstånd mot bakgrund av tillgångarnas verkliga värde. Tillägget, "eller eljest", bör sålunda inte övertolkas.

Denna nu utvecklade helhetssyn kan emellertid inte upprätthållas om alternativ 1 A ovan ses som mest förenligt med gällande rätt. Detta alternativ utesluter i stort sett alla övriga synsätt, enär alternativet innebär, att utrymmet för utbetalningar är *beloppsmässigt fixerat* till utdelningsbart belopp enligt senast fastställda balansräkning. 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 nämligen sakna betydelse om det vid fastställandet av en efterföljande balansräkning kunde konstateras, att det bundna kapitalet är intakt; någon "läkning" av "latent olovliga" utbetalningar kan därvid icke komma ifråga[261].

[261] Se t ex som uttryck för denna inställning, Danielsson, Aktiekapitalet, s 234: "Här måste ett val göras mellan att bortse från en formregel och att låta dess överträdande från de enskildas sida medföra t ex tillbakaföring av miljonbelopp inemot tio år efter det felet begåtts. Högsta domstolen valde i 1951 års fall att upprätthålla formregeln". Denna "stränga" formregel är enligt Danielsson tvingande, se s 223 och 234.

Endast s k formenliga efterutdelningar inom ramen för det fastställda beloppet är under dylika förhållanden möjliga, såvida inte en tillämpning av försiktighetsregeln ytterligare reducerar beloppet ifråga. Härvid måste man åter erinra sig vad debatten om brutto- resp nettometoden egentligen gäller. Typsituationen är nämligen, att sakvärden delas ut från ett aktiebolag och att marknadsvärdet av dessa överstiger det bokförda värdet. Grundexemplet är, att en fastighet marknadsvärderad till 500 men bokförd till 200 säljs för det bokförda värdet (t ex inom ramen för en omorganisation av en koncern). Till detta läggs sedan förutsättningen, att utdelningsbara vinstmedel enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret är t ex 100. Enligt det synsätt som anhängarna av bruttometoden och alternativ 1 A ovan uttrycker konstituerar den genomförda transaktionen en förtäckt vinstutdelning till 300 (marknadsvärdet med avdrag för köpeskillingen) – vilket i och för sig icke kan förnekas – varför enligt en bokstavstolkning av den ifrågavarande bestämmelsen i aktiebolagslagen en olovlig vinstutdelning har skett med vad som överskrider 100 enligt fastställd balansräkning, d v s 200. Enligt nettometoden, som utgår ifrån att principen att det bundna kapitalet skall vara intakt, föreligger det visserligen en förtäckt vinstutdelning till 300, men icke en olovlig sådan, eftersom det bundna kapitalet är intakt även efter transaktionen. Grundläggande för bruttometoden är å andra sidan, att frågan huruvida det bundna kapitalet är intakt vid transaktionstillfället eller på av vad en fastställd balansräkning utvisar vid den efterföljande (ordinarie) bolagsstämma är helt irrelevant för bedömningen av lovligheten av den förtäckta vinstutdelningen. Den exklusiva ledstjärnan för anhängarna av bruttometoden är istället den beloppsfixerade ramen som framgår av fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, d v s året före utdelningsåret. I detta måste enligt förespråkarna för bruttometoden ligga, att varje överskridande av denna ram utgör olovlig vinstutdelning, helt oberoende av det bundna kapitalet sedermera är intakt – allt annat vore ju att förespråka nettometoden. Bruttometoden är således strikt i den meningen, att vad som en gång är olovlig vinstutdelning förblir olovlig och att denna olovlighetsstämpel icke kan suddas ut av nygenererade vinster eller senare påvisat intakt bundet kapital. Varje påstående om att den olovlighet som ett överskridande av den beloppsfixerade ramen innebär kan "läkas" är följaktligen ett förespråkande av nettometoden enligt den

"helhetssyn" som här redovisas. Såvitt gäller utdelning av sakvärden innebär ett sådant påstående nämligen, att olovligheten "läks" i samma ögonblick som transaktionen äger rum, eftersom det bundna kapitalet ju förblir intakt genom och även efter transaktionen. Varje tal om olovlighet på grund av överskridande av den beloppsfixerade gränsen blir därmed rättsligt innehållslöst. En ortodox bruttometodism måste helt enkelt förespråka, att olovligheten består just på grund av att den beloppsfixerade ramen överskridits. Men den måste dessutom gå ett steg längre: Den måste göra gällande att formkraven såvitt gäller vinstutdelning på bolagsstämma enligt den reguljära tekniken är ett tvingande borgenärsskydd. Den måste specifikt hävda, att – i det ovan givna exemplet – hela den förtäckta vinstutdelningen om 300 är olovlig, oavsett att 100 enligt fastställd balansräkning fanns tillgängliga för utdelning, eftersom dessa 100 icke tagits i anspråk enligt vad som framgår av redovisningen. Därför måste helt följdriktigt enligt den ortodoxa bruttometodismen varje utdelning ske i efterutdelningens form, enligt de formkrav som uppställts, eljest blir det 100, som skulle kunna ha varit en lovlig utdelning, tillsammans med de övriga 200, som uteslutande underordnas efterföljande bolagsstämma och därvid fastställd balansräkning. Ges inte formkraven tvingande prägel – med undantag av möjligheten att besluta om vinstutdelning vid extra bolagsstämma – blir varje förtäckt vinstutdelning framåtsyftande, varför också bruttometodens beloppsfixering blir föga meningsfull. Av synnerlig vikt är härutöver, att den bärande tanken, och själva ändamålet, med bruttometodens beloppsfixering är, att därigenom ges en tydlig information till aktiebolagets borgenärskrets om vad som är utdelningsbart under det verksamhetsår som följer efter det räkenskapsår för vilken balansräkningen fastställts. Själva ändamålet med principen skulle förfelas, om formkraven för den reguljära vinstutdelningen icke upprätthölls för efterutdelningar och utdelningar överhuvudtaget under den aktuella tidsperioden.

Effekten av alternativ 1 A är, 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 senast fastställda balansräkning intill dess vid ordinarie bolagsstämma för det löpande räkenskapsåret ny balansräkning fastställs och

där framgår att ytterligare medel är tillgängliga för utdelning[262]. 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 icke att det gör intrång på det bundna kapitalet – vilket problem löses eller läks genom att bundet kapital är intakt i efterföljande balansräkningar – utan fastmer att den i den fastställda balansräkningen fixerade beloppsgränsen överskridits, vilken lagstridighet icke utan vidare kan bli föremål för "läkning" på samma grund. Eftersom bruttometoden vilar på denna formenlighet med hänvisning till fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, kan överhuvudtaget någon "läkning" icke komma ifråga. "Läkningen" är ju avsedd att återställa det bundna kapitalet. Bruttometoden kräver ju, enligt vad som framgått, mer än återställande eller bibehållandet av det bundna kapitalet. (Här bortses från försiktighetsregeln.) Felet, eller "sjukdomen", vid förskottsutdelning, koncernbidrag m m, är ju med en tillämpning av bruttometoden icke att det bundna kapitalet icke riskerar att vara intakt, utan att det disponibla beloppet enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret överskridits. En sådan "sjukdom" kan med en tillämpning av bruttometoden icke "läkas" med ett i nästkommande balansräkning redovisat intakt bundet kapital. Fråga är med andra ord om tvingande formregler, om bruttometoden skall vidmakthållas. Ett rigoröst fasthållande vid alternativ 1 A medför följaktligen, att de formella reglerna i ABL 12 angående vinstutdelning enligt fastställd balansräkning vid ordinarie bolagsstämma får relevans även från borgenärsskyddssynpunkt. I praktiken blir dessa regler tvingande borgenärsskyddsregler. Varje utdelning måste – för undvikandet av olovlighet och ogiltighet – ske i efterutdelningens form, med en redovisning av utdelningen så att det utdelningsbara beloppet minskas med utdelat belopp, etc. Såsom skall utvecklas nedan, bl a med utgångspunkt i vad som nu sagts, *kan emellertid alternativ 1 A icke anses uttrycka gällande rätt.*

[262] Jfr dock Lindskog, JT 1992–93, s 82, s 94 fotnot 41.

Alternativ 1 A enligt den tolkning som här har presenterats närmar sig i själva verket den lösning som utvecklats i tysk rätt beträffande aktiebolag enligt Aktiengesetz (1965). Motsvarigheten i den tyska Aktiengesetz till det svenska utbetalningsförbudet finns förborgad i §§ 57 och 58, punkten 1 i § 57 och punkten 5 i § 58 ("Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewöhrt werden" respektive "Vor Auflüsung der Gesellschaft darf unter die Aktionärenur der Bilanzgewinn verteilt werden.") Föreskrifterna, som härrör från 1800-talet, innebär dels ett förbud mot återbetalning av aktieägares tillskott, dels ock ett förbud att till aktieägare utdela eller utbetala annat än vinst enligt balansräkningen. Det är främst det sistnämnda stadgandet som kan betecknas som det tyska utbetalningsförbudets kärna, alltmedan det förstnämnda stadgandet främst syftar till att skydda aktiebolagets bundna kapital. Såsom punkten 5 i § 58 kommit att tolkas i tysk rättspraxis och doktrin under de senaste decennierna (varvid skall sägas att diskussionen varit mycket livlig och motsättningarna stora), har stadgandet utvecklats till ett utbetalningsförbud på grundval av formkraven: Utdelningsbart är i anledning härav enligt gällande ståndpunkt i Tyskland uteslutande vad som enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisats som vinst, vartill även kommer ett krav på att förfarandereglerna för vinstutdelning iakttas. Utbetalningsförbudet upprätthålls sålunda strikt genom såväl materiella som formella föreskrifter avsedda att skydda *såväl borgenärer som aktieägare*. Det på så sätt utvecklade tyska utbetalningsförbudet utesluter följaktligen också förtäckt vinstutdelning ävensom koncernbidrag och förskottsutdelning. (Se om det tyska utbetalningsförbudet i Aktiengesetz främst Wilhelm, Jan: "Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung", in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, in Gemeinschaft mit *Kurt Ballerstedt* und *F.A. Mann* hrsg v. *Horst Heinrich Jakobs, Brigitte Knobbe-Keuk, Eduard Picker, Jan Wilhelm*, Bd. II, Köln (O. Schmidt) 1978, s 337–397; Tries, H-J, Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht, Köln 1991, s 28 ff och 64 ff, med vidare hänvisningar till en mycket omfattande tysk litteratur.) Denna utveckling av det tyska utbetalningsförbudet, som långtifrån var given med utgångspunkt i lagens ordalydelse, sammanhänger givetvis med den specifika tyska situationen; att med stöd av denna utveckling i tysk rättspraxis och doktrin dra några slutsatser beträffande svensk rätt tillhör säkerligen det mera äventyrliga. Det bör betänkas, att i Tyskland ges två regelsystem för aktiebolags verksamhet, dels den beträffande Aktiengesellschaften, dels regelsystemet beträffande GmbH-bolag. I mycket bjärt kontrast till det strikta utbetalningsförbudet enligt Aktiengesetz står nämligen vinstutdelningsprinciperna för GmbH-bolag, vilka kan sammanfattas i principen om det bundna kapitalets helgd. Så länge det bundna kapitalet är intakt, tillåter den tyska Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung §§ 30–31 såväl förtäckt vinstutdelning som koncernbidrag och förskottsutdelning. Principerna vilar på tanken om den balansmässiga effekten av en utbetalning. På samma sätt skall utdelning av sakvärden och framför allt dolda reserver prövas mot bakgrund av det balansmässiga resultatet. Se härom Tries, *op. cit.* s 36 f. Denna dikotomi i tysk rätt synes återspeglas i den svenska doktrinens diskussion om brutto- och nettometod.

4.7 Tillämplig metod – brutto- eller nettometoden

Såsom framgått av redovisningen ovan innebär bruttometoden, att – vid utdelning av sakvärden – skillnaden mellan tillgångens marknadsvärde och köpeskillingen skall inrymmas i det enligt den senast fastställda balansräkningen utdelningsbara beloppet. Nettometodens förespråkare hävdar häremot, att det är tillfyllest, att bolagets bundna kapital efter utdelningen ifråga är intakt. (I det följande bortses tills vidare från de skattemässiga effekterna av en utdelning av sakvärden.) Bruttometoden förutsätter att utdelningsprinciperna enligt alternativ 1 A ovan gäller. Nettometoden, å andra sidan, kan väl sammanjämkas med den helhetssyn som ovan redovisats. Anses sålunda bruttometoden vara mest förenlig med gällande rätt, kan med tillämpning av de utdelningsprinciper som metoden baseras på, förtäckt vinstutdelning, förskottsutdelning, koncernbidrag m m över huvud taget ej ske – d v s dylika utdelningsformer är olovliga (ogiltiga) – om dessa beloppsmässigt överskrider det utdelningsbara beloppet enligt senast fastställda balansräkning, oberoende av vad den efterföljande balansräkningen utvisar. Dessa utdelningsformer skulle därmed regelmässigt vara olovliga, och medföra återbäringsskyldighet, med för all framtid – eller i vart fall inom ramen för den allmänna preskriptionstiden – bestående verkan om de överskrider på nu angivna grunder utdelningsbart belopp, med iakttagande av försiktighetsregeln[263]. Bruttometoden kan följaktligen icke sammanjämkas med de enligt praxis idag gällande principerna för koncernbidrag (se härom t ex Johansson och Rodhe i en artikel om koncernbidrag i Balans nr 1/1978). Nu nämnda förhållande har också påpekats av Gometz och Huldén i en nyskriven artikel i Balans (12/1992, s 35, Utdelning av sakvärden – bruttometod eller nettometod?) i polemik med en av Rodhe under 1970-talet och början av 1980-talet intagen ståndpunkt[264]. Denna ståndpunkt synes, som ovan omtalats, emellertid Rodhe numera ha övergivit, eller i vart fall revide-

[263] Se t ex ett uttryck för denna inställning, Danielsson, Aktiekapitalet, s 234: "Här måste ett val göras mellan att bortse från en formregel och att låta dess överträdande från de enskildas sida medföra t ex tillbakaföring av miljonbelopp inemot tio år efter det felet begåtts. Högsta domstolen valde i 1951 års fall att upprätthålla formregeln". Denna "stränga" formregel är enligt Danielsson tvingande, se s 223 och 234.

[264] Se t ex den 10:e upplagan av läroboken Aktiebolagsrätt från 1981, s 101 jämfört med s 80, och Johanssons och Rodhes gemensamma artikel i Balans 1/1978, s 30.

rat, vilket framgår av hans väsentligt försiktigare förhållningssätt i de allra senaste upplagorna av Aktiebolagsrätt.

Vad Gometz och Huldéns framställning primärt är ägnad att visa, är emellertid att avgörande för ett koncernbidrags lovlighet icke är utdelningsbart belopp enligt den *efterföljande* balansräkningen, utan huruvida koncernbidraget lämnar det bundna kapitalet intakt eller inte. Frågan om koncernbidragets överensstämmelse med den före utbetalningstillfället *senast fastställda balansräkningen*, och utdelningsbart belopp däri, synes icke vara direkt berörd. Lika övertygande som Gometz och Huldéns argumentation må vara såvitt gäller koncernbidragets effekter på den efterföljande balansräkningen, lika litet vägledning – eller ingen alls – ger argumentationen ifråga om koncernbidragets relation till den senast fastställda balansräkningen. Detsamma gäller i stort sett Margulies och Roos artikel, *Utdelning av dolda reserver*, i Balans 8/1981, s 26, som således också i huvudsak tar sikte på den efterföljande balansräkningen. Det häri, och ofta därefter, till förmån för nettometoden framförda argumentet, att en utdelning av sakvärden innebär en utdelning av orealiserad vinst, som svarar mot den dolda reserv, som finns i tillgången på grund av att tillgångens marknadsvärde överstiger det bokförda värdet, har en uppenbar bärkraft just i förhållande till fastställandet av utdelningsbart belopp enligt den efterföljande balansräkningen.

Vad dessa författare (Margulies, Roos, Gometz, Huldén), som samtliga förespråkar nettometoden, således har visat – och därtill på ett mycket övertygande sätt – är att det utdelningsbara belopp som framkommer i den *efterföljande* balansräkningen icke kan utgöra det maximala utrymmet för utbetalningar i form av koncernbidrag och utdelning av sakvärden under det räkenskapsår som balansräkningen hänför sig till. Motsatsen har enligt dessa författare hävdats av förespråkarna för bruttometoden. Den praxis som under de senaste 30–40 åren utvecklats beträffande koncernbidrag innebär i själva verket en tillämpning av nettometoden. Poängen i författarnas slutsatser är att den "vinst" som delas ut i form av koncernbidrag eller övervärden i tillgångar (dolda reserver), om än ej alltid realiserad och framtagen, skulle ha ökat det utdelningsbara beloppet enligt den efterföljande balansräkningen i motsvarande mån (varvid bortses från beskattningseffekter och eventuella effekter vid tillämpningen av försiktighetsregeln). Eventuellt kan man här tala om en

förskottsutdelning från de kommande utdelningsbara medlen genom resultaträkningen. Författarnas diskussion utmynnar i den väsentliga slutsatsen, att för det fall koncernbidrag godtas inom ramen för aktiebolagsrätten, vilket tydligen har skett i praxis, skall också motsvarande transaktioner i form av utdelning av sakvärden godtas. En anhängare av bruttometoden kan således inte samtidigt acceptera den teknik för koncernbidrag som utvecklats i praxis. Författarna synes också övertygande ha visat – bl a genom parallellen med koncernbidrag men också genom att hävda betydelsen av att dolda reserver på balansräkningens aktivsida motsvaras av orealiserade vinster på dess passivsida – att något behov av att "återställa dolda reserver före nästa vinstutdelning" eller "återskapa den förtäckta utdelningen inom fria medel till nästa balansräkning", vilket under 1970-talet och tidigt 1980-tal hävdades av Rodhe, med en tillämpning av nettometoden icke föreligger (såsom nämnts ovan, synes Rodhe sedermera i viss mån ha reviderat sin ståndpunkt i dessa avseenden).

Rodhes resonemang i Aktiebolagsrätt[265] om verkan av förvärv av egna aktier vid en tillämpning av vinstudelningsprinciperna bör också ses i belysningen av den av Rodhe tidigare hävdade bruttometoden vid utdelning av sakvärden. Ett konsekvent vidhållande av att här omdiskuterade transaktioner, nämligen ett bolags förvärv av egna aktier, är vederlagsfria med hänsyn till att aktierna icke kan tas upp som tillgång med värde i balansräkningen, medför, att ett aktiebolags försäljning av egna aktier till underpris ej heller bör betraktas som en vederlagsfri utbetalning, eftersom försäljningen rör en tillgång utan balansmässigt värde. Resultatet är dock orimligt. Avgörande för prövningen av huruvida en bolagets transaktion är *vederlagsfri eller inte* måste följaktligen vara prestationernas marknadsvärde, och icke deras bokföringsvärde. Detsamma gäller vid utdelning av sakvärden. Anses det redovisningsmässiga värdet avgörande, vilket tydligen är Rodhes slutsats, kan en utdelning av sakvärdet, där köpeskilling motsvarar bokfört värde men ligger klart under marknadsvärdet, icke anses vara en vederlagsfri betalning, varför ej heller fråga kan vara om olovlig vinstutdelning.

Den nu av ovan nämnda författare hävdade ståndpunkten förutsätter emellertid, att bolagets aktieägare vid en efterföljande (ordinarie) bolagsstämma tar beslut om och slutgiltigt godkänner koncernbidraget eller utdelning av sakvärdet, sedan det konstaterats, att utrymme finns härför

[265] S 106 ff och 125 f.

och bolagets bundna kapital är intakt. Därigenom blir koncernbidraget eller utdelningen laglig och giltig. Huruvida själva beslutet om eller verkställandet av koncernbidraget eller utdelningen under det löpande räkenskapsåret är giltigt, ogiltigt eller "latent" ogiltigt berörs emellertid, såvitt kan förstås, inte av författarna ifråga. Med en tillämpning av alternativ 1 A enligt ovan skulle alla sådana koncernbidrag eller utdelningar utöver utdelningsbart belopp enligt *senast* fastställda balansräkning, med eventuell reduktion föranledd av en tillämpning av försiktighetsregeln, vara olovliga, oavsett vilka vinster som har genererats under det löpande räkenskapsåret och oavsett omfattningen av dolda reserver. Trots den således mycket övertygande argumentationen för netto- och mot bruttometoden som förts av den övervägande majoriteten av företrädarna för den aktiebolagsrättsliga doktrinen kvarstår att rasera bruttometodanhängarnas sista fäste, nämligen kopplingen till alternativ 1 A enligt ovan.

Kedner, som i en artikel i Balans (9/83, s 14 ff) förordat den s k anskaffningsvärdemetoden, enligt vilken metod således varken tillgångens bokförda värde eller marknadsvärde skall jämföras med utdelningsbart belopp, utan fastmera tillgångens anskaffningsvärde (vilket visserligen stundom kan sammanfalla med det bokförda värdet eller marknadsvärdet), dock icke den skillnad som i vissa fall kan föreligga mellan marknadsvärde och anskaffningsvärde (den orealiserade vinsten), argumenterar numera för vad han betecknar som marknadsvärdemetoden[266]. Kedner baserar sin ståndpunkt på bokföringslagens värderingsregler, som enligt hans uppfattning ger tillräcklig vägledning såvitt gäller lösningen av problemet med utdelning av sakvärden. Av bokföringslagens värderingsregler följer enligt Kedner, att en förvärvad tillgång "tas in i redovisningen till anskaffningsvärde och avföres ur redovisningen till marknadsvärde". Detta skall enligt Kedner gälla såväl vid försäljning av tillgången som vid utdelning av densamma. Tillgångens marknadsvärde är summan av dess bokförda värde, redovisningsreserv (dold reserv) och på grund av avhändandet "realiserad vinst". Marknadsvärdet är det värde som skall jämföras med utdelningsbart belopp (enligt senast fastställda balansräkning, får det förmodas, även om det icke är riktigt klart vilken fastställd balansräkning som åsyftas). Utdelningsbart belopp skall således enligt Kedners mening minst vara så stort, att det motsvarar de utdelade tillgångarnas marknadsvärden; därtill kommer eventuell skatt på grund av utdelningen. Kedners marknadsvärdemetod synes med andra ord i allt väsentligt sammanfalla med bruttometoden.

Kedners ståndpunkt förefaller emellertid inte vara alltigenom välgrundad. Det bestrids att bokföringslagens värderingsregler skulle tillhandahålla lös-

[266] Se Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar, 1990, 2 uppl, s 38 ff och s 42.

ningen i det förhandenvarande spörsmålet om brutto- eller nettometod. Dessa regler ger endast föreskrifter om det rent bokföringstekniska, men tillför näppeligen något i den materiella frågan om gränserna för vinstutdelning. Substansen i påståendet om bokföringslagens betydelse får väl också anses vara 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 marknadsvärdemetoden. 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* (lika litet som han enligt den av honom tidigare förfäktade metoden, anskaffningsvärdemetoden, lyckades visa varför anskaffningsvärdet skall vara bestämmande). 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. (I ett tidigare skede – Balans 9/1983, s 18 – hävdade Kedner, att "den logiska slutsatsen" av att tillgångar, skulder och eget kapital tillförs balansräkningen på anskaffningsvärdebasis, blir att "poster som utgår ur balansräkningen också räknas av efter samma värderingsgrund"; vid utdelning av tillgångar skall således anskaffningsvärdet vara bestämmande.) Även om – trots den tämligen svaga argumenteringen – Kedners tes om att tillgångar skall avföras ur redovisningen till marknadsvärde (eller anskaffningsvärde) också vid utdelning accepterades, är det därmed inte givet att frågan om vinstutdelningens gränser och valet mellan brutto- respektive nettometod är avgjord. Det förhållandet att en tillgång skall avföras ur redovisningen till marknadsvärdet leder inte med nödvändighet till slutsatsen, att en olovlig vinstutdelning skulle föreligga till den del detta värde överskrider det i den senast fastställda balansräkningen utdelningsbara beloppet. 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.

Såsom ovan angivits, är bruttometoden icke förenlig med de övriga, ovannämnda alternativen 1 B, 2 och 3. Nettometoden däremot harmonierar väl med dessa övriga alternativ. Något tillspetsat skulle man således kunna påstå, att bruttometoden står och faller med alternativ 1 A. I det följande skall argument för och emot bruttometoden respektive alterna-

tiv 1 A diskuteras, varefter följer en slutbedömning.

För bruttometoden och alternativet 1 A enligt ovan talar i huvudsak följande:

1. Bruttometoden och alternativ 1 A står, i vart fall vid ytligt betraktande, i bättre överensstämmelse med ordalydelsen i vinstutdelningsstadgandet i ABL 12:2 än övriga metoder och alternativ.
2. Genom den beloppsmässiga spärren, som begränsningen till vad som är utdelningsbart enligt senast fastställda balansräkning innebär, ges borgenärerna en klart iakttagbar och beloppsmässigt bestämd maximinivå för vinstutdelningar och utbetalningar under det löpande räkenskapsåret intill dess en ny fastställd balansräkning vid en efterföljande ordinarie bolagsstämma utvisar nya beloppsmässiga gränser. All efterutdelning av det som är utdelningsbart enligt den senast fastställda balansräkningen måste dessutom ske under iakttagande av försiktighetsregeln och beslut skall, får det förmodas, tas formenligt på extra bolagsstämma på grundval av delårsbokslut eller motsvarande, revisorsintyg m m. Den totala utdelning som får ske intill nästa ordinarie bolagsstämma skulle således vara det utdelningsbara beloppet med det avdrag som försiktighetsregeln kan nödvändiggöra. All utdelning, förtäckt eller annorledes, koncernbidrag, utdelning av sakvärden m m i strid med dessa regler utöver det utdelningsbara beloppet skulle vara olovlig helt oberoende av vad en efterföljande balansräkning må ge utrymme för.

Mot bruttometoden och alternativ 1 A, och följaktligen för nettometoden (om något tredje icke gives) och övriga alternativ, talar i huvudsak följande.

1. Ordalydelsen i ABL 12:2 utesluter inte en tillämpning av nettometoden. Antages nämligen, vilket är fullt rimligt i beaktande av vad som ovan anförts om lagstiftarens fokusering på den reguljära, formenliga och kontanta vinstutdelningen, att lagstiftaren över huvud icke – vid utformningen av lagtexten – laborerat med utdelning av sakvärden, blir resultatet, att allt kan utdelas så länge det bundna kapitalet är intakt. Med de förutsättningar lagstiftaren sålunda haft, ryms såväl brutto- som nettometoden inom ramen för stadgandets ordalydelse.

En tolkning av lagtexten i enlighet med bruttometodens förutsättningar kan emellertid inte förenas med aktiebolagslagens och stadgandets förarbeten. I förarbetena till såväl 1944 års som 1975 års aktiebolagslagar uttalas genomgående, att syftet med aktiebolagslagens borgenärsskyddsregler i allmänhet, och det ifrågavarande stadgandet i synnerhet, är att skydda aktiebolagets bundna kapital. Detta kapitalskyddssyfte upprepas i samtliga förarbeten och kommentarer till aktiebolagslagarna. Inte i något sammanhang anges uttryckligen, att stadgandet skall tolkas i enlighet med de krav som bruttometoden och alternativ 1 A ställer. Ej heller uttrycks i något sammanhang det ovan, till förmån för bruttometoden anförda publicitetsargumentet. Fastmera ger flera uttalanden i förarbetena, vilka redovisats ovan, stöd för att alternativ 1 A, och således bruttometoden, icke skall upprätthållas (se ovan under avsnitt 2).

2. I den aktiebolagsrättsliga doktrinen har under de senaste sextio åren genom företrädare som Nial, Rodhe, Roos, Danielsson och på senare tid Johansson, Lindskog m fl ständigt gjorts gällande, att – i enlighet med förarbetena – syftet med borgenärsskyddsreglerna ifråga är att skydda aktiebolagets bundna kapital. Så länge detta är intakt, har borgenärernas intresse tillvaratagits. Något ytterligare anspråk på skydd i enlighet med bruttometoden och alternativ 1 A kan därmed borgenärerna inte ha. I samma anda har också så gott som enhälligt (möjligen med undantag av Rodhe) gjorts gällande, att så länge en bolagets transaktion icke negativt påverkar bolagets balans – såsom den kommer till uttryck i balansräkningen – träds inget borgenärsintresse för nära; det avgörande är transaktionens balansmässiga effekt.
3. Med undantag av några tingsrättsdomar, och två mycket svaga hovrättsavgöranden, med i stort sett likalydande – och för övrigt mycket knapphändiga – domskäl, har i rättspraxis ännu icke ställning tagits till den nu aktuella frågan. Detta är i och för sig ingenting som utan vidare talar för nettometoden. Noterbart är emellertid, att Högsta domstolen i Suecia-målet (NJA 1951 s 6 I) icke bedömde den utdelning av sakvärden, som där förmodligen förekom, om än i mycket begränsad omfattning, enligt bruttometoden; detta kan å andra sidan ha berott på att domstolen icke hade att ta uttrycklig ställning till frå-

gan. Det vore dessutom ett sällan skådat fall av slumpens skördar – ett statistiskt unikum – att i trots av näringslivets koncernbidragspraxis under en lång följd av år, och trots den inom företagsvärlden mycket utbredda förtäckta vinstutdelningsformen, samt trots överhuvudtaget alla de utbetalningar som – i strid med bruttometoden – har skett genom åren utöver vad som finns tillgängligt enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, det inte i rättspraxis i något enda fall (förrän under de allra senaste åren då effekterna av bruttometoden tydliggjorts) hävdats att ett koncernbidrag, eller en förtäckt vinstutdelning, förskottsutdelning m m är olovlig på bruttometodens grunder.

4. Bruttometoden och alternativ 1 A förutsätter ett upprätthållande av de formkrav som uppställs i ABL 12:2–3, varvid formkraven i själva verket ges en tvingande prägel. (Skälen härför har redovisats ovan.) Att formkraven skulle vara tvingande talar emellertid emot den uppfattning som till synes samtliga företrädare för den aktiebolagsrättsliga doktrinen uttalat, nämligen att formkraven skall betecknas som dispositiva minoritetsskyddsregler. Ses formkraven helt eller delvis som tvingande borgenärsskyddsregler, måste i princip all förtäckt vinstutdelning betraktas som olovlig. Ett sådant resultat skulle stå i strid med den uppfattning som tillkännagivits av så gott som samtliga företrädare för den aktiebolagsrättsliga doktrinen, nämligen att förtäckt vinstutdelning, beroende på om den inkräktar på bundet kapital eller inte, kan vara såväl olovlig som lovlig. Redogörelsen ovan i avsnitt 3 visar dessutom, att formreglerna icke är tvingande borgenärsskyddsregler, utan snarare dispositiva minoritetsskyddsregler.
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 praxis uppenbarligen har baserats på det grundläggande syftet med vinstutdelningsspärren i ABL 12:2, nämligen skyddet av det bundna kapitalet. Alla koncernbidrag som går utöver vad som beloppsmässigt är utdelningsbart enligt senast fastställda balansräkning skulle med en tillämpning av bruttometoden och alternativ 1 A vara olovliga oberoende av vad en efterföljande balansräkning ger utrymme för. Icke i något sammanhang, vare sig i rättspraxis eller i doktrinen, har hitintills hävdats, att koncernbidrag

enligt praxis skulle vara olovliga transaktioner. Inte ens Rodhe, som tidigare förhöll sig positiv till bruttometoden, men nu synes intagit en avvaktande hållning, har riktat invändningar mot koncernbidragen i dess nuvarnde form. Tvärtom har Rodhe tillsammans med Johansson starkt bidragit till att grundmura koncernbidragspraxis.[267]

6. De argument som Rodhe tidigare anfört till stöd för bruttometoden (under 1970-talet och i början av 1980-talet) synes på ett övertygande sätt ha neutraliserats av bl a Margulies, Roos, Gometz och Huldén, som framhävt, att argumenten icke tar hänsyn till att dolda reserver

[267] Såsom ovan berörts, görs stundom skillnad mellan s k definitiva och anteciperade koncernbidrag (se t ex Blomberg, JT 1993/94 nr 4, Nettometoden och koncernbidragen, s 868-871). Poängen med denna distinktion skulle vara, att neutralisera det nyssnämnda argumentet mot bruttometoden, nämligen att denna metod är oförenlig med koncernbidragspraxis. De "definitiva" koncernbidragen antas här utmärkas av, att de är definitiva utbetalningar, eller definitiva upptaganden av bidraget såsom en skuld resp en fordran, hänförliga till vad som är utdelningsbart enligt fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret. De "anteciperade" koncernbidragen däremot sägs "enbart" utgöra "förslag" till bidrag, som visserligen redovisas som skuld respektive fordran, men som villkoras av bolagsstämmans efterföljande vinstutdelningsbeslut. Före detta bolagsstämmans beslut föreligger enligt samma antagande ingen fordringsrätt och sålunda ingen skuld, trots att koncernbidraget redovisas som såväl skuld som fordran hos bidragsgivaren respektive mottagaren. Frågan är emellertid om inte denna distinktion är lite väl artificiell och om den överhuvudtaget kan upprätthållas. Hur framgår det av redovisningen t ex, att det "definitiva" bidraget endast hänför sig till vad som är utdelningsbart enligt fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret? Skulle det vara så, att det "definitiva" bidraget förutsätter att ett beslut som härigenom verkställs – liksom varje vinstutdelningsbeslut i bruttosynsättets anda – tas vid bolagsstämma, och att det fria egna kapitalet enligt den sålunda fastställda balansräkningen reduceras i motsvarande mån, finns givetvis inga invändningar. Men är detta verkligen en rättvisande bild av koncernbidragspraxis? I själva verket förhåller sig saken så, att såväl det "definitiva" bidraget som det "anteciperade" bidraget på ett eller annat sätt villkoras av att aktieägarna (eller alltsomoftast aktieägaren) vid efterföljande ordinarie bolagsstämma fastställer balansräkning, vari koncernbidragen inkorporerats. Det är också dessa bidrag, oavsett om de betecknas som "definitiva" eller "anteciperade", som det nu framförda argumentet mot bruttometoden avser, d v s den typen av bidrag som t ex Blomberg väljer att beteckna som "anteciperade". Oberoende av om sådana bidrag faktiskt utbetalas, eller endast skuldförs, utgör de vinstutdelning, som så gott som uteslutande är framåtriktande och baserade på det vid bidragstidpunkten aktuella räkenskapsårets genererade vinster. Försöket att särskilja det "anteciperade" koncernbidraget från övriga sådana med hänvisning till att de icke ger upphov till en skuld eller motsvarande fordran, oaktat att det redovisas som sådant synes vara futilt såväl från aktiebolagsrättsliga som skatterättsliga utgångspunkter. Den skatterättsliga avdragsrätten förutsätter väl att en skuld respektive fordran uppkommit? Vad syftar redovisningen till, om den inte avser "reella affärshändelser"? Från aktiebolagsrättslig borgenärssynpunkt föreligger ju redan dessutom risken eller skadan vid bidragstidpunkten; huruvida sedan den – som oftast är fallet – ende aktieägaren väljer att godkänna eller icke godkänna bidraget, är väl i princip en formsak, eller förutsätts möjligen i antagandeprocessen att aktieägaren skall disponera över borgenärsskyddet?

motsvaras av orealiserade vinster. Det kan tilläggas, att med undantag av tingsrätterna i ovannämnda fall och möjligen Sandström, bruttometoden numera synes sakna anhängare inom den rättsvetenskapliga doktrinen. Fastmera synes en övervägande majoritet av företrädarna för doktrinen förfäkta nettometoden (se hänvisningar ovan till bl a Nials uttalanden, Roos, Lindskog, Gometz m fl.

7. Det ofta använda argumentet för bruttometoden (se ovan och domskälen i tingsrättsdomarna), att bruttometoden bättre skyddar bolagets borgenärer än nettometoden, synes bygga på en chimär. 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 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 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. Endast i det fall, som trots antalet konkurser i dessa dagar får ses som teoretiskt, där bolaget – oaktat att dess bundna kapital var intakt vid utbetalningstillfället – går i konkurs nära i tiden efter utbetalningen ifråga, ger en tillämpning av bruttometoden och alternativ 1 A ett – återigen till synes teoretiskt – bättre skydd. De 80 skall ju återbäras till konkursboet. För sådana situationer ligger borgenärsskyddet emellertid primärt i konkurslagens återvinningsregler och brottsbalkens reglering av brott mot borgenärer. Något parallellt, eller vid undantagsfall kompletterande skydd i ABL i detta hänseende synes inte vara nödvändigt och ej heller åsyftat.
8. Såsom angivits ovan, är vinstutdelningsregeln i ABL 12:2 en tvingande borgenärsskyddsregel. Enligt aktiebolagslagens förarbeten är

bestämmelsen direkt tillämplig på den formenliga och reguljära vinstutdelningen, men endast analogt tillämplig på utdelning i andra former, t ex förtäckt vinstutdelning. Detta förhållande, nämligen att fråga är om en analog tillämpning av en tvingande borgenärsskyddsregel, talar för en restriktiv tolkning i enlighet med stadgandets syfte, d v s kapitalskyddssyftet, och följaktligen för nettometoden.

9. Det s k publicitetsargumentet för bruttometoden, som innefattas i ovan anförda argument 2 för bruttometoden, innebärande att befintliga och potentiella borgenärer till aktiebolaget har klart iakttagbara ramar för vinstutdelningen angivna i senast fastställda balansräkning, är heller inte hållbart så till vida som även nettometoden bygger på en utåt sett synlig och fastställd ram, nämligen bolagets bundna kapital. En borgenär har ingen anledning att förlita sig på den ram som bruttometoden och alternativ 1 A ger, om det icke är klarlagt i lag eller rättspraxis att bruttometoden och alternativ 1 A utgör gällande rätt; en försiktig borgenär har i varje fall att utgå ifrån att nettometoden gäller.
10. I NJA 1988 s 620 prövade Högsta domstolen frågan om ansvar för underlåtenhet att upprätta kontrollbalansräkning. Frågan gällde om ansvar inträder redan vid åsidosättande av de formella föreskrifterna eller om det för ansvar också krävdes att kapitalet enligt de lämnade föreskrifterna i ABL 13:2 verkligen understigit den kritiska gränsen. Högsta domstolen fann, att ansvar inträdde först i den senare situationen. Slutsatsen härav torde vara, att det från borgenärssynpunkt essentiella är icke de formella reglernas upprätthållande i sig, utan det materiella skyddssyftet. Så länge inte bolagsorganen materiellt har åsidosatt det borgenärsskyddsbestämmelsen ifråga avser att tillvarata, bör underlåtenheten att iakttaga de formella föreskrifterna således sakna betydelse[268].
11. Från lagsystematiska utgångspunkter synes också nettometoden vara bäst förenlig med aktiebolagslagens regelverk i övrigt. (Detsamma kan sägas om förenligheten av nettometoden med artikel 15 i EG-rättens kapitaldirektiv, 77/91/EEG). Såsom exempel kan nämnas utfallet av en jämförelse av den tolkning av vinstutdelningsreglerna

[268] Jfr Lindskog i JT 1992–93, s 82, s 89 f.

som nettometoden förutsätter med fusionreglerna i ABL 14 kap och nedsättningsreglerna i 6 kap. I sistnämnda hänseende kan särskilt hänvisas till ABL 6:8, enligt vilken nedsättning enligt förbehåll i bolagsordningen enligt 3 st inte får ske om täckning inte finns för det bundna kapitalet, vilket skall beräknas på grundval av fastställd balansräkning för det närmast föregående räkenskapsåret. Motsvarande regel finns i ABL 6:1, 2 st, enligt vilken nedsättning förutsätter full täckning för det bundna egna kapitalet efter nedsättningen. Med full täckning för det bundna kapitalet menas, att detta skall vara täckt av bolagets tillgångar. Det bundna kapitalet skall beräknas på grundval av balansräkning för det närmast föregående räkenskapsåret, om denna balansräkning fastställs på stämman. Fastställs inte någon balansräkning på stämman, skall det bundna kapitalet beräknas på grundval av de handlingar som vid nedsättningsbeslutet skall hållas tillgängliga på stämman när årsredovisning inte skall behandlas. Sker således en utbetalning i annan form än kontanter, d v s i form av sakvärden, är det enda förbehållet, att det bundna kapitalet skall vara intakt efter den utbetalning som följer på nedsättningsbeslutet. En utdelning av orealiserade vinster i form av dolda reserver torde sålunda kunna ske utan hinder av stadgandena ifråga.

Vid en helhetsbedömning framgår, att för bruttometoden endast talar en strikt tolkning av ordalydelsen i ABL 12:2 utan hänsyn tagen till stadgandets syfte och ändamål och till lagstiftarens förutsättningar vid stadgandets tillkomst. Mot bruttometoden, och följaktligen för nettometoden, talar en lång rad mycket beaktansvärda förhållanden. Det är säkerligen mot bakgrund härav som bruttometoden icke vunnit någon anslutning i aktiebolagsrättslig doktrin. De tingsrättsdomar som förekommit, grundas på ett till synes oövervägt antagande om vilken metod som ger borgenären det bästa skyddet. I dessa domar saknas i allt väsentligt en analys av skälen för och emot den ena eller den andra metoden. I beaktande av vad som nu anförts måste sålunda *slutsatsen* bli, att nettometoden är ett uttryck för gällande rätt. (Härvid skall antecknas, vilket dock icke påverkar slutsatsens giltighet, att hänsyn icke tagits till skatteeffekter, ej heller till kravet i ABL 12:4 på avsättning till reservfonden; här hänvisas till framställningen nedan.)

4.8 Slutsatser och sammanfattning

Slutsatsen av framställningen så långt är att nettometoden i princip uttrycker gällande rätt och är förenlig med det i aktiebolagslagens förarbeten uttalade syftet med borgenärsskyddsstadgandet ifråga, nämligen att skydda aktiebolagets bundna kapital. Bruttometoden, som visserligen bäst överensstämmer med en strikt bokstavstolkning av ordalydelsen i ABL 12:2, i vilken hänsyn – som brukligt är i svensk rättstradition – dock icke tas till lagens ändamål och syfte, lagstiftarens förutsättningar m m, synes i allt övrigt vara oförenlig med syftet bakom stadgandet, aktiebolagets uppbyggnad och tillämpning i praxis samt den aktiebolagsrättsliga doktrinens ståndpunkt i skilda hänseenden. Av naturliga skäl synes bruttometoden numera i det närmaste sakna förespråkare, under det att nettometoden uttryckligen och ivrigt förespråkas av en rad företrädare av doktrinen. Framställningen ovan kan i dess väsentligaste delar sammanfattas enligt följande.

1. Lagtext och förarbeten ger inget entydigt besked om vinstutdelningsstadgandet i ABL 12:2 tolkning såvitt gäller brutto- eller nettometoden. Däremot uttalas i förarbetena, liksom i doktrinen, att stadgandets syfte är att tillse, att ett aktiebolags bundna kapital skyddas. Detta kapitalskyddssyfte står bäst i överensstämmelse med nettometoden.
2. Formreglerna i ABL 12 är att beteckna som dispositiva minoritetsskyddsregler, från vilka således avvikelse kan ske när samtliga aktieägare är överens härom. Vinstutdelning i andra former än vad som stadgas i ABL 12, t ex koncernbidrag, utdelning av sakvärden, förskottsutdelning, förtäckt vinstutdelning över huvud etc är icke olovlig endast av det skälet, att den strider mot formreglerna, förutsatt att samtliga aktieägare står bakom utdelningen. Härtill kommer, att regeln om att beslut om vinstutdelning måste tas på ordinarie bolagsstämma, och således icke på extra bolagsstämma, endast är en dispositiv minoritetsskyddsregel som saknar betydelse om samtliga aktieägare är överens om att avvika därifrån. Nu nämnda förhållanden talar för nettometoden och står icke i överensstämmelse med grunderna för bruttometoden.

3. Koncernbidragspraxis bygger på förutsättningen, att nettometoden är tillämplig; den är oförenlig med bruttometodens grunder.
4. Grunderna för bruttometoden, såsom de under 70-talet och början av 80-talet hävdats av Rodhe, är ej hållbara, vilket på ett övertygande sätt visats av flera företrädare för doktrinen. (Rodhe synes dessutom sedermera ha reviderat sin ståndpunkt i frågan, eller i vart fall intagit en avvaktande hållning, i beaktande av att han numera, d v s i de senaste tre, fyra upplagorna av läroboken Aktiebolagsrätt, icke längre explicit uttalar sig för bruttometoden.) Bruttometoden står för närvarande på det hela taget utan förespråkare.
5. De tingsrättsdomar och hovrättsavgöranden, i vilka bruttometoden uppenbarligen tillämpats, kan i sammanhanget icke ges något större argumentations-, käll- eller auktoritetsvärde, i beaktande särskilt av att domskälen är mycket knapphändiga och bygger på ett föga underbyggt antagande om vinstutdelningsprincipernas syfte i allmänhet och bruttometoden borgenärsskyddande effekter i synnerhet.
6. Vid en helhetsbedömning, i vilken framgår att för bruttometoden endast talar en strikt bokstavstolkning av ordalydelsen i ABL 12:2, men för nettometoden flera mycket beaktansvärda förhållanden, blir slutsatsen, att nettometoden bäst står i överensstämmelse med gällande rätt.

4.9 Valet av nettometod

Vad som därmed återstår är att närmare ange beskaffenheten av den nettometod som skall anses vara gällande. Nettometodens bärande princip är, att ett aktiebolags bundna kapital icke får reduceras på grund av vederlagsfria utbetalningar. Å andra sidan gäller också, att så länge det bundna kapitalet är intakt, kan utdelning ske. Utgångspunkten är fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. Av vad som nu sagts följer, att en vederlagsfri utbetalning icke får medföra, att ett aktiebolags bundna kapital enligt senast fastställda balansräkning reduceras. Vid prövningen av frågan om vilka effekter en vederlagsfri betalning får, får hänsyn bl a tas till skattekonsekvenserna av utbetalningen och eventuella

krav på avsättning till reservfonden. Vidare måste beaktas frågan om vad som skall gälla när senast fastställda balansräkning utvisar negativt eget kapital. Till yttermera visso måste prövningen innefatta ett ställningstagande till tillämpligheten av försiktighetsregeln och frågan huruvida förluster gjorda efter fastställandet av balansräkningen för det senaste räkenskapsåret, men före utbetalningstillfället, (och eventuellt förutsägbar försvagning av den ekonomiska situationen *efter* utbetalningstillfället) skall påverka utdelningsramen.

Såvitt först gäller den *skattekostnad* som en vederlagsfri utbetalning medför, kan knappast betvivlas, att principen om det bundna kapitalets okränkbarhet förutsätter att en sådan kostnad beaktas. Skulle en överföring ske till bokfört värde av ett bolags tillgångar och skattekostnaden för bolaget icke rymmas inom utdelningsbart belopp, reduceras i motsvarande mån bolagets bundna kapital. I vart fall till den del skattekostnaden överskrider utdelningsbart belopp enligt den senast fastställda balansräkningen föreligger olovlig vinstutdelning; en annan sak är sedan att olovligheten måhända kan läkas i en efterföljande balansräkning. (Huruvida och i vilken utsträckning en vederlagsfri utbetalning utlöser skatt, lämnas helt utanför denna framställning.)

Vad sedan gäller *avsättning till reservfonden* ges närmare föreskrifter härom i ABL 12:2, 1 st, 2 p, och ABL 12:4. Reservfonden är en del av bolagets bundna kapital. Till reservfonden skall årligen avsättas ett belopp som motsvarar minst 10 % av den del av nettovinsten för året, som inte går åt för att täcka balanserad förlust. Denna avsättning skall ske, så länge reservfonden inte uppgår till 20 % av aktiekapitalet (eller i bolagsordningen föreskrivet högre belopp), oavsett hur denna nivå har uppnåtts. Avsättningsreglerna är tvingande till förmån för bolagets borgenärer (och aktieägare). (Bestämmelsen om tvångsavsättning har i svensk aktiebolagsrätt funnits sedan slutet av 1800-talet, se t ex § 29 i 1895 års aktiebolagslag.)

Vid beräkning av det belopp som skall avsättas till reservfonden skall enligt ABL 12:4, 2 st, nettovinsten ökas med vad som kan ha tillerkänts styrelseledamot, verkställande direktör eller annan som tantiem. Detta tillägg till tvångsavsättningsregeln infördes vid tillkomsten av 1910 års aktiebolagslag och motiverades enligt följande:

"Till förekommande af att bestämmelsen om den obligatoriska afsättningen till reservfonden blir illusorisk i följd af vinstens utdelande i form af tantiem, har stadgats, att vid beräkning af det belopp, som minst skall afsättas till reservfonden, från årsvinsten ej må afdragas tantiem[269]".

Kommentarerna till tillägget har i senare lagförarbeten, lagkommentarer och doktrin varit mycket sparsamma. Kedner/Roos och Rodhe[270] tillför endast, att om denna föreskrift inte funnits, "skulle det särskilt i mindre företag vara möjligt att kringgå reglerna om avsättning genom att man delade ut hela eller större del av vinsten i förtäckt form som tantiem".

Vad som i tvångsavsättningsregeln stadgats beträffande tantiem, skall givetvis gälla andra jämförbara företeelser, oberoende av hur dessa betecknas, t ex bonus, tilläggsarvode, eller annan utbetalning som relateras till bolagets resultat. Syftet med tilläggsföreskriften om tantiem är ju att förhindra kringgåenden, vilket rimligtvis borde innebära, att alla vederlagsfria utbetalningar som påverkar underlag för beräkningen av avsättningen jämställs med tantiem. Till sådana vederlagsfria utbetalningar får med all säkerhet räknas det egentliga koncernbidraget[271]. Såsom vederlagsfri utbetalning är koncernbidraget mera renodlat än tantiemet, som i vissa avseenden kan betraktas som prestationslön. (Över huvud taget föreligger svårigheter att avgöra när lön eller löneförmåner, eller liknande utbetalning, är att beteckna som vederlagsfri utbetalning.) Beräkningen av nettovinsten för året bör sålunda ske med utgångspunkt i vad nettovinsten skulle ha blivit om tantiem, bonus, koncernbidrag m m icke skulle ha utgått. I regel bör hela koncernbidraget ingå i underlaget för beräkningen av avsättningen, varför normalt 10 % av koncernbidraget bör förutses avsättas till reservfonden, om denna icke ännu uppgår till 20 % av aktiekapitalet.

Utöver vad nu sagts bör tvångsavsättningsregeln i viss utsträckning vara tillämplig även vid förtäckt vinstutdelning. Säljer t ex ett dotterbolag till moderbolaget strax före räkenskapsårets utgång en tillgång för en kö-

[269] Se Förslag till lag om aktiebolag, 1908, specialmotiven till § 51, s 41 f.

[270] Se s 249 och Rodhes Aktiebolagsrätt, s 91 vars kommentar för övrigt synes vara identisk.

[271] Detta förutsätts i de flesta fall vara självklart, se t ex Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar, s 49: "Vidare måste koncernbidraget ingå i det vinstbelopp, som utgör underlag för dotterföretagets avsättning till reservfonden". Jfr Johansson/Rodhe, Redovisning av koncernbidrag, Balans 1/1978, s 30, särskilt s 33: Vid beräkningen av hur mycket som skall avsättas till reservfonden "måste man uppenbarligen beakta inte bara den på balansräkningen visade vinsten utan även det överskott, som 'trollats bort' såsom koncernbidrag".

peskilling under det bokförda värdet (vilket får förutsättas också understiger marknadsvärdet) får antas, att den vinst som på så sätt delas ut till moderbolaget måste innefattas i dotterbolagets underlag för beräkning av avsättningen. Vad som i en sådan transaktion skall tillföras underlaget för beräkningen av avsättningen är dock mera osäkert. Margulies och Roos uttalar i denna fråga följande: "Att avsättningen skall beräknas på nettovinsten enligt balansräkningen betyder att dolda reserver överhuvudtaget inte beaktas vid sådana avsättningar. Om utdelning sker av en tillgång med dolt övervärde kommer detta inte att påverka storleken av avsättningen till reservfond." (Margulies/Roos, Utdelning av dolda reserver, Balans 8/1981, s 26, s 33.) Med andra ord bör enligt nu citerade författares mening en försäljning till bokfört värde överhuvudtaget icke utlösa ett avsättningskrav, även om marknadsvärdet överstiger det bokförda värdet. Sker överlåtelsen under bokfört värde, skall emellertid mellanskillnaden tilläggas underlaget för avsättningsberäkningen.

Mot den nu hävdade uppfattningen skall ställas Lindskogs ståndpunkt, vilken berörts ovan. Lindskog förutsätter att avsättning skall ske till reservfonden även vid överlåtelse till bokfört värde. Avsättningen skall dessutom enligt Lindskog vara så stor, att bolaget enligt den senast fastställda balansräkningen uppvisar ett behållet MBK (minimalt bundet kapital), vilket är inbegripet i ett intakt aktiekapital och en "fylld" reservfond (d v s en reservfond uppgående till 20 % av aktiekapitalet).

Margulies/Roos föreställning om avsättningskravet synes vara alltför förenklad. Överförs tillgångar från bolaget till aktieägare eller annan till bokfört värde (eller under bokfört värde) – förutsatt att marknadsvärdet är högre än det bokförda värdet – föreligger, såsom befunnits ovan, en förtäckt vinstutdelning. (Såvitt gäller bedömningen av *denna* fråga, är marknadsvärdet av parternas prestationer bestämmande; den diskrepans som föreligger mellan prestationerna till nackdel för bolaget utgör en förtäckt vinstutdelning under ovan i övrigt angivna förutsättningar.) Mot bakgrund härav, blir frågan om det finns skäl att göra skillnad mellan förtäckt vinstutdelning och öppen vinstutdelning (förskottsvis, eller genom koncernbidrag, tantiem, bonus m m) såvitt gäller beräkningen av underlaget för avsättningen till reservfonden. Något sådant skäl kan ej urskiljas. Sedan må det vara hänt, att det i efterhand kan vara svårt att visa, att en förtäckt vinstutdelning förekommit, och att denna utlöst ett tvångs-

avsättningskrav (redovisning av den förtäckta vinstutdelningen, när avhändandet sker till bokfört värde, lär i praktiken ej alltid förekomma). Kringgåendebestämmelsen angående tantiem bör väl, enligt vad som kan förstås, även fånga upp nu omförmälda utbetalningar. Eljest vore även denna bestämmelse illusorisk.

Vad som bör tillföras underlaget för beräkningen av avsättning till reservfonden (d v s nettovinsten för året) är således den orealiserade vinst som delas ut i förtäckt form. (Visserligen är en försäljning till bokfört värde icke ägnad att reducera nettovinsten för året på samma sätt som tantiemet, koncernbidraget, försäljning under bokfört värde – som ger upphov till förlust – eller andra liknande utbetalningar; under normala förhållanden hade emellertid försäljningen givit upphov till en vinst, som skulle ökat nettovinsten för året.) Det skulle kunna påstås, att det föreligger en motsättning i att, å ena sidan, hävda nettometoden såvitt gäller förtäckt vinstutdelning vid överföring av tillgångar, å andra sidan hävda någon form av bruttometod såvitt gäller beräkningen av underlaget för avsättning till reservfonden. Motsättningen är dock endast skenbar. I det förra fallet avser borgenärsskyddsregeln skyddet av bolagets bundna kapital, vilken regel bäst överensstämmer med nettometoden; i det senare fallet gäller det tolkningen av avsättningsregeln och underlagets beräkning, med tillägg för en kringgåendebestämmelse, vilka regler sammantaget icke med nödvändighet förutsätter en nettoberäkning. Ehuru de båda regelsystemen syftar till att skydda borgenärerna, har de olika utformning och inriktning.

Så långt har diskussionen gällt beräkningen av underlaget för avsättning till reservfonden i samband med upprättandet av resultat- respektive balansräkning för det innevarande räkenskapsåret. Den fråga som nu skall beröras – och som Lindskog i första rummet utvecklar – är den förtäckta vinstutdelningens (i form av överföring till bokfört värde) relation till den senast fastställda balansräkningen. För det fall vad som ovan sagts är korrekt, utlöser varje förtäckt vinstutdelning ett krav på avsättning. Härvid uppkommer många komplikationer. Antages t ex att en tillgång, som är marknadsvärderad till 300, överförs till aktieägarna till bokfört värde om 200, föreligger en förtäckt vinstutdelning om 100. Skall dessa 100 tillföras underlaget för beräkningen av avsättning till reservfonden, bör i princip avsättningen gälla 10 %, d v s 10. Om enligt senast fastställda

balansräkning det bundna kapitalet uppgår till 110 (varav 100 i aktiekapital och 10 i form av reservfonderade medel), bör – allt annat lika – den efterföljande balansräkningen efter avsättning uppvisa ett bundet kapital om 120 (100 + 20). Om avsättning icke har skett, skulle bolagets borgenärer kunna göra gällande att avsättning borde ha skett och kräva återbetalning av så mycket av den förtäckta vinstutdelningen som motsvarar avsättningen. (En annan sak är sedan, att anspråket aldrig aktualiseras på grund av att reservfonden fyllts till sin maximinivå vartefter.) Har avsättning sålunda icke skett, uppvisar den efterföljande balansräkningen icke ett intakt bundet kapital. Tas de för avsättningen avsedda medlen icke från de 100 som förtäckt delats ut (i avsaknad av övriga fria medel för utdelning) blir resultatet härav ett negativt eget kapital och ett inkräktande på det bundna kapitalet. Uppfyllandet av avsättningskravet leder således till ett underskott. Ett försvårande förhållande är emellertid otvivelaktigt, att den förtäckta vinstutdelningen icke inkräktar på redovisat bundet eget kapital enligt senast fastställda balansräkning, d v s 110 (utan således endast på det bundna kapital som blir resultatet av en fingerad avsättning i anslutning till den förtäckta vinstutdelningen). Det är nämligen en ännu icke realiserad vinst som tas i anspråk för utdelningen. Jämförs situationen med en öppen utdelning – med bortseende från skattekonsekvenserna – och förutsätts, att tillgången ifråga säljs för 300, realiseras en vinst om 100 vilken vinst är tillgänglig för utdelning efter avsättning till reservfonden. Lösningen ligger uppenbarligen i att söka fastställa, icke redovisat bundet kapital enligt senast fastställda balansräkning, utan det (ökade) bundna kapital som den ifrågavarande dispositionen föranleder på grund av en fingerad avsättning. I det givna exemplet skall – med utgångspunkt i den senast fastställda balansräkningen – det bundna kapitalet på grund av den förtäckta vinstutdelningen och det avsättningskrav som denna medför uppgå till 120; omfattar den förtäckta vinstutdelningen 100, föreligger således ett underskott med 10 i det bundna kapitalet. Den förtäckta vinstutdelningen blir därigenom olovlig, låt vara att olovligheten kan "läkas" av att det bundna kapitalet konstaterats vara intakt i den efterföljande balansräkningen.

Som framgått ovan, går emellertid Lindskog steget längre med ett krav på ett minimalt bundet kapital (MBK), innefattande aktiekapital jämte en till brädden (20 %) fylld reservfond. Enligt Lindskogs mening skall

därför avsättningskravet omfatta vad som erfordras för att fylla reservfonden, vilket kan bli betydligt mer än det belopp som diskuterats ovan, nämligen maximum 10 % av den förtäckta utdelningen. Antages sålunda ett redovisat bundet kapital enligt senast fastställda balansräkning om 100, utgörande aktiekapital, skulle enligt exemplet ovan avsättningskravet omfatta 20, i stället för 10. Av de 100 som förtäckt delas ut måste 20 reserveras för avsättning till reservfonden. Såsom motiv för att vid utdelning av sakvärden fordra en dylik avsättning anför Lindskog följande:

> "Det skulle kunna diskuteras huruvida det verkligen skall krävas att reservfonden uppgår till den maximala tvångsnivån, d v s 20 % av aktiekapitalet (ABL 12:4, 1 st, 1 p). Det kan ju tyckas att det om aktiekapitalet är intakt borde vara tillräckligt att föreskriven avsättning till reservfonden kommer att ske under det räkenskapsår som dispositionen genomfördes. 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 hade visat att det egna kapitalet var så stort att bolagets MBK var intakt, dispositionen skulle kunna tillåtas. Med hänsyn till bland annat att det kan vara svårt att i efterhand rekonstruera situationen sålunda att ett periodbokslut med någorlunda grad av säkerhet kan fastställas synes dock mest ändamålsenligt att utgå från att den senast 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)[272]".

Är emellertid vinstutdelningen *formenlig*, fordras enligt Lindskog icke att MBK är intakt, utan endast att aktiekapitalet är intakt och att den tioprocentiga avsättningen till reservfonden sker. (Kanhända föreligger här en lapsus i det att "balanserad" reservfond inte inbegrips; vad Lindskog förmodligen avser är, att såväl aktiekapital som reservfond skall vara intakt, och härutöver skall avsättning till reservfonden ske. Se Lindskog, *op. cit.*

[272] Se Lindskog i JT, 1992–93, s 82, s 95, fotnoter utelämnade. Se också Lindskog, Kommentar, s 85 ff, särskilt s 89 f. I sistnämnda arbete uttrycker sig Lindskog på ett sätt (se särskilt fotnot 118-119) som korrigerar, eller i vart fall förtydligar, Lindskogs nu refererade ståndpunkt. Det får i anledning härav antas, att Lindskog icke (längre) är av den meningen att det krävs "att reservfonden uppgår till den maximala tvångsnivån" (jfr ovan citerade avsnitt). Avsättning skall enligt Lindskog (se s 57) ske med minst det belopp som bolaget hade varit skyldigt att avsätta om utbetalningen hade upptagits som vinst i resultaträkningen för året.

s 91, fotnot 35.) Detta tillägg följer direkt av lagtexten och är odiskutabelt. Intressantare är Lindskogs tes om kravet på en fylld reservfond och skälet härtill. På denna punkt övertygar dock inte Lindskog. Vad som fordras med en tillämpning av nettometoden är ju att bundet kapital enligt senast fastställda balansräkning är intakt med tillägg för det avsättningsbelopp som den förtäckta vinstutdelningen medför. Mer än så kan inte fordras, även om företrädarna för bolaget vid beslutstillfället icke vet om "tillräcklig avsättning kommer att ske". Denna avsättning som eventuellt kan komma att utebli, bör ju icke, såvitt gäller den förtäckta vinstutdelningen, kunna överskrida det belopp som kan krävas just på grund av den förtäckta vinstutdelningen. Någon skillnad i vad avser bundet kapital, avsättningskrav m m mellan formenlig vinstutdelning och förtäckt vinstutdelning kan följaktligen icke antas existera.

Av vad som ovan sagts följer också, att om det enligt senast fastställda balansräkning finns disponibla vinstmedel, det belopp som skall avsättas på grund av förtäckt vinstutdelning kan räknas av mot utdelningsbart belopp.

I enlighet med vad som ovan anförts beträffande avsättning till reservfonden bör vid förtäckt vinstutdelning i allmänhet och utdelning av sakvärden till bokfört värde (dolda reserver) i synnerhet hänsyn tas till det fall där senast fastställda balansräkning uppvisar negativt eget kapital, d v s där det egna kapitalet icke täcker det redovisade bundna kapitalet. För det fall t ex att det bundna kapitalet uppgår till 100 (bestående uteslutande av aktiekapital, får det förmodas) och det egna kapitalet till 50, kan vinstutdelning icke ske förrän det bundna kapitalet är intakt (till detta kommer avsättningskravet). Överförs t ex tillgångar marknadsvärderade till 300 och bokförda till 200, omfattar återbäringsskyldigheten 50 (för täckandet av det bunda kapitalet) med tillägg för den avsättning till reservfonden som måste ske avseende den delen av utdelningen som inte åtgår för att täcka det bundna kapitalet (d v s 10 % av de återstående 50). Huruvida detta är en tillämpning av den nettometod som ovan redovisats, kan diskuteras, men är av mindre intresse. I centrum bör i stället ställas den aktiebolagsrättsliga grundsatsen i förevarande borgenärsskyddsperspektiv, nämligen skyddet av aktiebolagets bunda kapital. Nettometoden

är såtillvida tillämplig att *när* det bunda kapitalet är intakt, kan utdelning ske genom överföring till bokfört värde, oaktat att den förtäckta vinstutdelningen beloppsmässigt (skillnaden mellan marknadsvärde och köpeskilling) icke ryms inom utdelningsbart belopp.

5. De straffsanktionerade utlåningsförbuden i aktiebolagslagen

5.1 Allmänt om utlåning

Såsom ovan redovisats omfattar utbetalningsförbudet i princip också ett aktiebolags lån till aktieägare eller annan. Förutsättningarna härför är dels att lånet kan jämställas med en vederlagsfri utbetalning, dels att lånet ges utan hänsyn tagen till försiktighetsregeln dels, slutligen, att lånet inkräktar på bolagets bundna kapital. Såvitt gäller de sistnämnda förutsättningarna och ramarna för en vederlagsfri utbetalning hänvisas till framställningen i föregående avsnitt.

En sammanställning av låne reglerna i ABL 12 kap och rättspraxis ger vid handen att det i princip finns tre i stort sett självständiga utlåningsförbud enligt svensk rätt, nämligen följande.

1. Förbud mot lån från ett aktiebolag till varje annan person om, i enlighet med vad som ovan nämnts, lånet är att jämställa med en vederlagsfri utbetalning samt såväl försiktighetsregeln som principen om det bundna kapitalets okränkbarhet frångås. Här är det således fråga om en tillämpning av utbetalningsförbudet. Frågan, under vilka förhållanden ett lån utgör en vederlagsfri utbetalning, är inte helt klarlagd, men diskuteras närmare ovan. Väsentligt är, att denna tillämpning av utbetalningsförbudet är oberoende av de övriga utlåningsförbudsreglerna i ABL 12 kap 7–9 §§. Det är de för utbetalningsförbudet specifika rekvisiten som skall tillämpas. De nedan närmare berörda rekvisiten i de övriga utlåningsförbuden i ABL 12 kap 7–9 §§ saknar betydelse härvidlag. Detta gäller t ex rekvisitet avseende den förbjudna kretsen av låntagare, det rekvisit som avser syftet med lånet (förvärv av aktier i det långivande bolaget), ävensom rekvisitet om det långivande bolaget. På samma gång saknar de i nyssnämnda bestämmelser medgivna

undantag betydelse för tillämpningen av utbetalningsförbudet. Utbetalningsförbudet är således tillämpligt även om låntagaren är kommun, landstingskommun, koncernbolag, mindre aktieägare, anställd eller om låntagaren driver rörelse och lånet betingas av affärsmässiga skäl samt är avsett uteslutande för låntagarens rörelse. Sanktionerna är också delvis andra. Utbetalningsförbudet sanktionernas främst civilrättsligt: utbetalningen skall återbäras. I vissa fall kan återvinning ske enligt konkurslagens regler. Utbetalningen kan också konstituera brottlig handling, och därmed vara straffrättsligt sanktionerad, p g a bestämmelserna om borgenärsbrott i BrB 11 kap, närmast vårdslöshet eller oredlighet mot borgenärer, mera sällan mannamån.

2. De egentliga utlåningsförbudsreglerna, som tillkommit 1973 och som numera återfinns i ABL 12 kap 7 - 9 §§, utgörs av två självständiga utlåningsförbud, det s k generella utlåningsförbudet (12 kap 7 § första stycket) och det särskilda utlåningsförbudet (12 kap 7 § andra och tredje stycket). Det generella utlåningsförbudet tar sikte på låntagarkretsen, den förbjudna kretsen, och stadgar vissa undantag. Det särskilda utlåningsförbudet gäller oberoende av vem som är låntagare och inriktas istället på syftet med lånet, nämligen om syftet är att förvärva aktier i det långivande bolaget.

Från det generella utlåningsförbudet stadgas i lagtexten uttryckligen fyra olika undantag, under det att det endast stadgas ett undantag från det särskilda utlåningsförbudet. För båda förbuden gäller, att motsvarande tillämpning sker när istället för lån aktiebolaget ställer *säkerhet* för lån av tredje man[273]. Såsom skall framgå nedan, finns också vissa variationer vad gäller sanktionerna de olika utlåningsförbuden emellan.

[273] Beträffande förarbeten till utlåningsförbudet se förslag till aktiebolagslag m m, betänkande avgivet av aktiebolagsutredningen, Stockholm 1971, SOU 1971:15, s 322 ff, proposition med förslag till lag om konvertibla skuldebrev m m, 1973:93, s 58 ff, 90 ff, 103 ff och 145 f, proposition om utlåningsförbud till ABL, 1981/82:95, s 4 ff. Se även Kedner/Roos, Aktiebolagslagen, del II, s 222.

5.2 Det generella utlåningsförbudet

5.2.1 Tillämpningsområdet, allmänt

Det generella utlåningsförbudet, som trädde i kraft den 6 juni 1973, får i högre grad än det nedan behandlade särskilda utlåningsförbudet sägas vara motiverat av en önskan från lagstiftarens sida att förhindra skatteflykt. Av förarbetena till utlåningsförbudet i ABL 12:7 framgår, att bevekelsegrunderna till förbudet huvudsakligen varit av skatterättslig natur. Främst har svårigheterna att p g a det skatterättsliga systemet komma åt aktiebolags lån till ägare m fl för konsumtion, vilka lån realiter ofta är förtäckt lön, satt sin prägel på utformningen av utlåningsförbudet i fråga. Det kan sättas ifråga om det generella utlåningsförbudet överhuvudtaget fyller någon självständig, aktiebolagsrättslig funktion vid sidan av utbetalningsförbudet.

Utlåningsförbud motsvarande dem som finns i aktiebolagslagen saknas i allmänhet för övriga associationer. Så har t ex motsvarande utlåningsförbud icke influtit i lagen om ekonomiska föreningar av 1987 (1987:667) – jfr föreningslagens 10 kap – vilken lag för övrigt i huvudsak bygger på aktiebolagslagen och till stora delar är identisk med denna lag. I konsekvens med det nu sagda saknas också utlåningsförbud i bostadsrättslagen (1991:614) som trädde i kraft den 1 juli 1991 (med ytterligare ändringar i kraft sedan den 1 juli 1992). Ej heller för handelsbolag och enkla bolag gäller förbud mot utlåning, se lag om handelsbolag och enkla bolag (1980:1102). För *kreditmarknadsbolag* stadgas i lag om kreditmarknadsbolag (1992:1610) 3 kap 10 § att istället för bestämmelserna i ABL 12:7 skall gälla i princip samma utlåningsförbud som gäller för banker enligt i bankrörelselagen (1987:617) 2 kap 17 §. I huvudsak gäller således för såväl kreditmarknadsbolag som *banker,* att dylika institut icke får, på andra villkor än det ifrågavarande institutet normalt ställer upp, lämna kredit till vissa i de aktuella bestämmelserna uppräknade fysiska och juridiska personer som står kreditinstituten nära, häribland styrelseledamot, person som ensam eller i förening med annan får avgöra på styrelsen ankommande kreditärenden, anställd som innehar en ledande ställning inom bolaget, annan aktieägare än staten med ett aktieinnehav som motsvarar minst 3% av hela aktiekapitalet, make eller sambo till person som nu nämnts, eller juridisk person i vilken sådan person som nu nämnts har ett väsentligt ekonomiskt intresse i egenskap av delägare eller medlem. Finansinspektionen skall pröva om en anställd har en tillräckligt ledande ställning. Över beviljade krediter skall förteckning föras. I övrigt hänvisas till lagtexten.

För kreditmarknadsbolag och banker gäller följaktligen ett mycket begränsat utlåningsförbud för s k osedvanliga krediter, d v s krediter som beviljas på

andra villkor än sådana som instituten normalt ställer upp. Detta mycket begränsade utlåningsförbud är icke straffsanktionerat, utan tanken är att Finansinspektionen skall ingripa i fall av överträdelse. Skälet till att en motsvarighet till ABL 12:7 icke influtit i den ifrågavarande lagstiftningen för kreditmarknadsbolag och banker lär i huvudsak vara, att kreditgivningen är "ett normalt inslag" i kreditinstitutens verksamhet, varför det "bör vara naturligt att utgå från att erhållande av lån från det egna bolaget är ett fullt legitimt och naturligt utnyttjande av bolagets tjänster". (Se proposition 1992/93:89 angående ändrad lagstiftning för banker och andra kreditinstitut med anledning av EES-avtalet, m m, s 156). Härtill kommer att bolagen har svårt att förebygga att utlåningsförbudet överträds, vilket är följden dels av mängden kreditärenden, dels av den vittomfattande krets som enligt ABL 12:7 är utestängd från lån.

Såvitt gäller *försäkringsbolag* stadgas i försäkringsrörelselagen (1982:713) ett väsentligt mera begränsat utlåningsförbud i 12 kap 12 §. Förbudet omfattar utlåning (eller ställande av säkerhet) till personer (eller deras närstående) i ledande ställning i försäkringsbolag, dock icke utlåning till aktieägare eller garanter. Vidare saknas ett förbud motsvarande det särskilda utlåningsförbudet. Avvikelsen från aktiebolagslagens stränga krav motiveras enligt följande:

"Försäkringsbolagen har en betydande utlåningsverksamhet. Lån ges både till företag och till enskilda personer. För dessa lån ställs betryggande säkerhet. Utlåningsverksamheten granskas också av försäkringsinspektionen [nuvarande Finansinspektionen]. Vad gäller försäkringsbolagens utlåningsverksamhet finns det därför ingen anledning att befara sådan skatteflykt eller urholkning av det bundna kapitalet, som utgjorde underlag för låneförbudet i aktiebolagslagen."

Det för försäkringsbolag gällande utlåningsförbudet är ej heller straffsanktionerat, utan efterlevnaden övervakas av Finansinspektionen, som i och för sig tillhandahållits en relativt långtgående arsenal av remedier.

Ideella föreningar träffas av naturliga skäl icke av utlåningsförbud, med hänsyn till att denna associationsform icke är lagreglerad. Det hindrar givetvis inte att personer i ledande ställning i föreningen som deltagit i beslut eller verkställighet av utlåning kan bli skadeståndsansvariga enligt allmänna sysslomannaprinciper.

För *stiftelser* gäller numera en ny lag, den s k stiftelselagen, som dock inte förväntas träda i kraft förrän den 1 januari 1996. Denna lag innehåller ett relativt omfattande utlåningsförbud det ifrågavarande stadgandet i 2 kap 6 § är till viss del mer omfattande i andra hänseenden åter mera begränsat, än utlåningsförbudet i ABL 12:7. Så t ex finns visserligen en motsvarighet till det generella utlåningsförbudet, men saknas i princip undantag härtill. Å andra sidan stadgas icke en motsvarighet till det särskilda utlåningsförbudet. Stiftelselagens utlåningsförbud är emellertid icke straffsanktionerat, varom mera nedan.

Överhuvudtaget synes vid en jämförelse med andra associationsformer ett straffsanktionerat utlåningsförbud endast finnas i aktiebolagslagen. Vid en komparativ betraktelse visar det sig att sådana förbud är mycket sällsynta, i vart fall utanför Norden. Jfr härvid motsvarande bestämmelser i finska aktiebolagslagen från 1978 (734) 12:7, den norska motsvarigheten (lov om aksjeselskaper) av den 4 juni 1976 (nr 59), § 12–10 och den danska lagen (lov om aktieselskaber) av den 14 juni 1974 (nr 370), §§ 115 och 115a. De utlåningsför-

bud i övriga nordiska länder till vilka nu hänvisats innehåller väldigt stora variationer och kan sägas primärt fungera som borgenärsskyddsregler (och icke skattebestämmelser). Skillnaderna mellan svensk rätt och aktiebolagsrätten i nu nämnda hänseende i övriga nordiska länder är emellertid så stora, att en komparativ studie inte är meningsfull vid analysen av gällande svenska rätt. I den följande framställningen kommer därför endast undantagsvis hänvisning att ske till motsvarande bestämmelser i övriga nordiska länders aktiebolagslagar.

Den nordiska rättslikheten hade givetvis varit väsentligt större om aktiebolagsutredningens förslag i betänkandet SOU 1971:15 (se s 322 ff) till låneregler hade följts. I ett sådant fall hade också utlåningsförbuden kommit att betydligt starkare präglas av typiskt aktiebolagsrättsliga intressen, främst intresset av borgenärsskydd, och icke erhållit – såsom fallet är med det generella utlåningsförbudet – en utpräglat skattemässig utformning. Den alltigenom bärande tanken i utredningsförslaget, liksom i övrig nordisk lagstiftning, är nämligen att förbjuda sådana lån som försvagar skyddet av borgenärerna som kollektiv (och icke endast staten som borgenär). Detta grundläggande ändamål kommer till uttryck i betänkandet på följande sätt:

"[D]et måste anses strida mot aktiebolagslagstiftningens grunder att en person skall kunna driva ett aktiebolag med den därav följande förmånen av frihet från personligt ansvar, trots att bolagets tillgångar till stor del, kanske motsvarande hela aktiekapitalet, består i en fordran mot honom själv. Det innebär en urholkning av den säkerhet som aktiebolagslagen genom reglerna om bundet kapital vill ge inte bara aktieägarna utan även andra såsom borgenärer och anställda. Om bolagets medel även till den del det fordras för att täcka det bundna kapitalet lånas ut till aktieägare kommer det bundna kapitalet inte att ge större säkerhet än som följer av aktieägarens personliga solvens. Den som vill driva ett företag där kreditunderlaget reellt helt eller delvis är hans egen betalningsförmåga bör ej kunna välja aktiebolagsformen utan hänvisas till en juridisk företagsform med personlig ansvarighet" (enkannerligen handelsbolaget).

Förslaget kom följaktligen att utformas uteslutande med detta ändamål i fokus, varför t ex lämnat lån eller ställd säkerhet från ett aktiebolags sida under villkor av betryggande säkerhet, eller lån inom ramen för bolaget fria egna kapital, disponibla för vinstutdelning, ej träffades av det föreslagna förbudet, ej heller lån till verkställande direktör, såsom anställd i bolaget, särskilt med hänsyn till att det ofta kunde vara nödvändigt för bolaget att ge den verkställande direktören eller annan anställd lån, t ex för förvärv av bostad. (Även här finns vissa variationer de nordiska länderna emellan, i det att såväl dansk som norsk lag – beträffande hänvisning till lagrum, som ovan – förbjuder lån till verkställande direktör.) Ett borgenärsskydd på grundval av det bundna kapitalets helgd förutsatte enligt förslaget att varje lån och säkerhet skulle rymmas inom den utdelningsbara vinsten, minskad med vad som utdelats eller skulle utdelats på grund av bolagstämmans beslut, varvid bedömningen skulle ske på grundval av fastställd balansräkning för nästföregående räkenskapsår. Skulle denna visa, att det fria egna kapitalet – minskat med vad som utdelas 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, skulle alltså lånet eller säkerheten enligt förslaget kunna lämnas. (Utgjorde säkerheten däremot fastighetsinteckning, värdepapper o dyl skulle vid beräkningen egendomens värde enligt balansräkningen i första hand vara avgörande. För det fall detta värde översteg den skuld för vilken säkerheten ställts, skulle dock endast skuldens belopp behöva ingå i beräkningen, eftersom säkerheten ej kunde sägas vara ställd för högre belopp.)

I konsekvens med aktiebolagslagens behörighets- respektive befogenhetssystem skulle vidare enligt förslaget gälla – i enlighet medä stadgandet i ABL 8:14 – att förbjudna lån och säkerheter utgjorde ogiltiga rättshandlingar, såvida ej låntagaren eller förmånstagaren av säkerheten var i god tro (vilka fall förutsågs vara begränsade).

Från förbudet föreslogs undantag beträffande koncernlån och lån till mindre aktieägare (detsamma beträffande säkerheter).

Som bekant inflöt icke detta till synes mycket välmotiverade och balanserade förslag i den slutliga lagtexten. I den anslutande propositionen (1973:93, s 90 ff och 133 ff) underströks vikten att komma till rätta med "den form av skatteflykt som tar sig uttryck i att aktieägare m fl tar lån från bolaget för privat konsumtion". Den nu gällande, betydligt strängare formen av det generella utlåningsförbudet är följaktligen främst betingad av intresset att motverka skatteflykt. Visserligen framhålls i den förutnämnda propositionen det allmänna borgenärsskyddsintresset, men detta hade med alla säkerhet kunnat upprätthållas med bibehållande av aktiebolagsutredningens förslag, eventuellt med vissa justeringar. På grund av de fiskala hänsynens dominans reviderades också sanktionssystemet: "med hänsyn till det skyddsintresse som uppbär förbudsreglerna står det .... klart att överträdelser bör vara straffbelagd och att frihetsstraff skall ingå i straffskalan. Revisorerna är givetvis skyldiga att i revisionsberättelsen påtala eventuella överträdelser. En lagstridig låneutbetalning är i skattesammanhang att betrakta som förtäckt lön eller förtäckt utdelning och skall alltså bli föremål för beskattning." Vad som i huvudsak kan karakteriseras som en skatteflyktsregel kom därigenom att inflyta i det generella utlåningsförbudet, varvid en straffsanktion infördes vid sidan av skattesanktionen. Förfaringssättet, att utforma aktiebolagsrättsliga regler på grundval av skattehänsyn, är ytterst ovanligt; lämpligheten härav kan starkt ifrågasättas. (Jfr proposition 1975:103 s 491.)

Den generella utlåningsförbudet har i anledning härav främst en skattefunktion. Vid en tolkning av stadgandet mot bakgrund av dess ändamål får emellertid även det grundläggande borgenärsskyddsintresset beaktas. Att såsom Lindskog (se Kommentar, s 131) göra gällande att förbudets "egentliga funktion" skulle vara att skydda borgenärerna i allmänhet, vilket uttalande visserligen hänför sig till såväl det generella som det särskilda utlåningsförbudet, och att detta förhållande bör tillmätas "stor betydelse vid *tolkningen*" av stadgandet, synes inte vara helt övertygande, eftersom det generella utlåningsförbudet gäller oberoende av vilken säkerhet som bolaget erhåller för lånet, vilken kreditvärdighetsprövning som sker av bolaget, och oberoende av om lånebeloppet täcks av disponibla vinstmedel eller inte eller om låntagaren har en stark betalningsförmåga; ett lån mot fullgod säkerhet till en högst kreditvärdig låntagare träffas av förbudet och straffsanktionen i lika mån som ett lån till en insolvent huvudaktieägare, som ej erbjuder säkerhet (och som ej är moderbo-

lag eller kommun, eller fråga ej är om s k kommersiellt lån). Om borgenärsintresset skulle vara styrande för tolkningen i fråga om de "goda" lånen, borde resultatet bli att – eftersom borgenärsintresset inte träds förnär – lånen kan godtas. Så är emellertid uppenbarligen inte fallet. Till och med i det fallet där en bolagets fordran på grund av ett lån i strid med det generella utlåningsförbudet nedsätts till noll – utan att det bundna kapitalet rörs härav – och bolagets disponibla vinstmedel minskar i motsvarande mån (sålunda med lånebeloppet) i samma skede eller i nära anslutning till att lånet utbetalas, varvid dispositionen kommer vinstutdelningen mycket nära, får förfarandet anses vara straffbart, helt enkelt därför att lånet formaliserats (och bokförts) som sådant. Huruvida ett lån eller en säkerhet skadar eller är ägnad att skada borgenärskretsen är således av sekundär betydelse. Lindskog nämner själv exemplet med aktieägaren som lånar 100 av sitt helägda bolag, i vilket de disponibla vinstmedlen är 150. Hade utdelning skett till 100, skulle transaktionen (givetvis med iakttagande av försiktighetsprincipen och avsättningsregeln) vara fullt lovlig. Eftersom aktieägaren istället väljer att låna 100, är transaktionen straffbar. Vid en utdelning förlorar bolaget oåterkalleligen 100, vid lån uppkommer en fordran, som, förutsatt att aktieägaren är återbetalningsduglig, icke påverkar bolagets bundna eller fria kapital. Lägg härtill omständigheten att aktieägaren lämnar fullgod säkerhet för lånet. Borgenärernas huvudintresse är, att det bundna kapitalet hålles intakt. Lånet i detta fall rör inte det fria kapitalet. Vad kan man här säga om borgenärsintresset som tolkningsdata vid tillämpningen av det generella utlåningsförbudet? Tolkningsunderlaget synes inskränka sig till lagstiftarens önskan att hindra skatteflykt. En annan sak är sedan att lån till icke återbetalningsdugliga låntagare i vissa fall icke – i motsats till en reguljär utdelning – får fullt genomslag i bolagets balans, såtillvida att bolagets fordran på grund av lånet icke alltid skrivs ned eller av i vederbörlig omfattning. Detta är emellertid en problematik som är gemensam för lån, borgen, garantier och andra säkerheter, liksom för koncernbidrag, förskottsutdelning, anticiperad utdelning m m och som i själva verket bör lösas inom ramen för utbetalningsförbudet. Borgenärsskada uppkommer ju icke i och med detta generösa lån inom ramen för bolagets fria kapital utan först vid en eventuell följande disposition som tillsammans med lånet spränger gränserna för det fria kapitalet. Det är emellertid det förstnämnda lånet som utgör den brottsliga handlingen. Den eventuella underlåtenheten att ned- eller avskriva fordringen i erforderlig utsträckning är i sig ingen straffbar handling enligt det generella utlåningsförbudet (eller ABL 12:7 i övrigt); en annan sak är att underlåtenheten kan medföra ansvar i andra hänseenden. Lindskog har härvidlag till synes en annan uppfattning, när han hävdar att "[d]et borgenärsskyddssyfte som ligger bakom låne- och säkerhetsförbuden bör i vilket fall föranleda, att fordring på grund av ett (eljest) förbjudet lån skrivs ned till noll för att sålunda en erforderlig reduktion av ett eventuellt fribelopp skall ske." (Fotnot utelämnad.) Är lånet däremot i själva verket en vinstutdelning, får det behandlas som sådant, varvid givetvis vissa gränsdragningssvårigheter kan uppkomma.

Enligt det första stycket i ABL 12 kap 7 §, som reglerar det generella utlå-

ningsförbudet, får ett aktiebolag icke lämna lån till aktieägare, styrelseledamot, styrelsesuppleant, verkställande direktör, eller vice verkställande direktör i det långivande bolaget eller i annat bolag i den koncern, i vilken det långivande bolaget ingår.

Utvidgningen av kretsen av personer i ledande ställning till att omfatta styrelsesuppleant och vice verkställande direktör framgår icke av ordalydelsen i förbudet, men får anses gälla på grund av klara förarbetsutalanden (se proposition 1973:93, s 95 och s 133). Det anses härvid självklart att dessa organkategorier skall omfattas av förbudet. Enligt propositionen (s 133) följer detta av dåvarande aktiebolags 80 §, 1 st, och nuvarande lags 8 kap, 1 §, 4 st och 3 §, 2 st, att det som gäller beträffande styrelseledamot och verkställande direktör också skall gälla suppleanten. (Jfr proposition 1992/93:89 om ändrad lagstiftning för banker och andra kreditinstitut med anledning av EES-avtalet m m, s 156.) Slutsatsen är emellertid icke alls självklar. Vid tillämpningen av olika ansvarsregler i bl a 12, 13 och 15 kapitlen torde fastmera det normala vara, att suppleantens ansvar aktualiseras först när denne inträder istället för den ordinarie ledamoten eller den verkställande direktören, varvid får förutsättas att detta sker aktivt i det konkreta fallet med den övriga styrelsens medverkan och en motsvarande viljeyttring från suppleantens sida. (Jfr Lindskog, Kommentar, s 137 f.) Med utgångspunkt i den s k legalitetsprincipen, som närmare skall diskuteras nedan, synes extenderingen av personkretsen till suppleanterna illa motiverad, så länge dessa icke fungerar som ordinarie. Å andra sidan synes också kunna hävdas, att de personer som de facto fungerar som styrelseledamöter eller verkställande direktörer, men vilka nominellt intar en ställning utanför den förbjudna kretsen, väl kan träffas av utlåningsförbudet. Här avses främst s k koncernchefer, adjungerade styrelseledamöter, och personer som styr aktiebolag via bulvaner. Huruvida personen ifråga registreras som styrelseledamot eller verkställande direktör skall således vara irrelevant. (Jfr Lindskog, Kommentar, s 137 fotnot 42, vari uttalas, att "den som reellt och fullt ut verkar som styrelseledamot eller VD bör ingå i den [förbjudna] första kretsen, även om en annan nomenklatur har använts."

Begreppet "aktieägare" har icke närmare definierats i lagtexten. För aktieägandet får förutsättas i vart fall en obligationsrättslig äganderätt, sannolikt också en sakrättslig sådan, dock icke att innehavet antecknats i aktieboken. En rätt att förvärva aktie, eller option härtill, kan knappast jämställas med aktieägande. Se vidare i denna fråga avsnitt 5.3.2 nedan.

Det bör uppmärksammas, att med "koncern" genomgående menas vad som närmare definieras i ABL 1:2, den s k koncerndefinitionen. Denna utgår ifrån att ett svenskt aktiebolag utgör moderbolag i koncernen. Visserligen kan den svenska koncerndefinitionen ifrågasättas vara ett brott mot EES-avtalet och därmed vara oförenlig med EES-lagen, men frågan har, såvitt är bekant, ännu ej ställts på sin spets. I det följande får tills vidare anses gälla vad nu har sagts om koncerndefinitionen. På grund härav skall ett lån till en person i ledande ställning i ett utländskt moderbolag *icke* omfattas utlåningsförbudet, alltmedan ett lån till motsvarande personer i ett svenskt aktiebolag skall omfattas

(dock ej till moderstiftelse eller moderförening). Lån från utländska bolag omfattas överhuvudtaget icke av utlåningsförbudet, oavsett vilken ställning låntagaren har i det utländska bolagets svenska dotterbolag. Däremot träffas lån från svenska aktiebolag till dotterbolagets ledning. Den svenska koncerndefinitionen leder följaktligen till en rad inkongruenser och oanade konsekvenser. Se nedan beträffande koncernundantaget, som inte gäller lån från ett svenskt dotterbolag till ett utländskt moderbolag.

Undantag görs icke för styrelseledamot eller suppleant som utsetts av de anställdas organisationer. Lån får heller icke lämnas till närstående till nu omnämnda personer. Det bör härvid noteras att koncernförhållande i här långiven mening ej föreligger mellan bank och bankägda aktiebolag, varför hinder i princip ej möter för sådana aktiebolag att låna till aktieägare eller ledningen i banken. Såsom närstående räknas följande personer:

1. Maka eller make och sambo, förutsatt att de sammanboende tidigare varit gifta eller har eller har haft gemensamt barn[274].
2. Far, mor, farfar, farmor, morfar och mormor.
3. Styvfar, styvmor, fars eller mors styvfar och styvmor.
4. Barn, barnbarn, barns make och barnbarns make.
5. Makes far och mor, makes farföräldrar och morföräldrar.
6. Makes barn och makes barnbarn.
7. Syskon, makes syskon och syskons make.
8. Juridisk person över vars verksamhet *någon* av de ovannämnda personerna inom den förbjudna kretsen har ett bestämmande inflytande[275].

[274] Se härom prop 1977/78:41, 12 ff, 15 ff, 21 ff, 36 f och 55.

[275] Beträffande sistnämnda kriterium "bestämmande inflytande" förutsätts att den *fysiska* personen inom den förbjudna kretsen på ett avgörande sätt kan påverka formerna för den juridiska personens finansiering, se proposition med förslag till ny aktiebolagslag, m m, 1975:103, s 492. Märk att "någon" anges i singularis och att denne "någon" enligt förarbetena skall vara en "*fysisk*" person. Det förstnämnda innebär bl a, att om två personer inom den förbjudna kretsen vardera äger 50% av ett aktiebolag eller annan juridisk person (eller tre personer vardera en tredjedel), och därigenom typiskt sett ingen av personerna ifråga har ett bestämmande inflytande över den juridiska personen, det generella utlåningsförbudet icke omfattar lån till sådan juridisk person. Här bör emellertid också observeras, att frågan om bestämmande inflytande avgörs även med hänsyn till andra omständigheter, t ex vem av personerna ifråga som *de facto* har kontrollen över den juridiska personen på annat sätt än p g a rösterna som aktierna ger. Det är således inte uteslutet att det generella utlåningsförbudet blir tillämpligt i ett fall där en far tillsammans med sin dotter bildar ett aktiebolag, i vilket envar ges 50% av rösterna, men där den egentliga kontrollen utövas av fadern. Det andra, ovannämnda förhållandet, att denne "någon" skall vara en "fysisk" person, får den effekten, att lån till en juridisk person över vars verksamhet en annan juridisk person, som äger aktier i det långivande bolaget, äger bestämmande inflytande, faller utanför utlåningsförbudet. Som exempel på detta kan

9. Där "närståendelänken" utgörs av äktenskap, är det tillfyllest om samboförhållande – under samma förutsättningar som ovan – föreligger, varför till den s k närståendekretsen även hör barns sambo, barnbarns sambo, sambos far och mor, sambos far- och morföräldrar, sambos barn och barnbarn, sambos syskon och syskons sambo.

Revisorslån av de bolag i vilket revisoren verkar regleras icke inom det generella utlåningsförbudet i ABL 12 kap 7 §. Istället stadgas i ABL 10 kap 4 §, fjärde punkten, att den som står i låneskuld till bolaget eller annat *bolag i samma koncern*, eller har förpliktelser för vilka sådant bolag har ställt säkerhet, ej får vara revisor i bolaget. Enligt andra stycket samma punkt gäller vidare, att den som ej är behörig att vara revisor i moderbolag enligt ovanstående ej heller kan vara revisor i dotterbolaget. Vidare får revisor vid revisionen ej anlita någon som på grund av revisorsjäv eller ovanstående icke är behörig att vara revisor. Vad som sagts om revisor gäller även *revisorssuppleant* och *revisionsbolag*. Har lån givits revisor efter det att han utsetts därtill, skall styrelsen föranstalta om nytt revisorsval. Om detta ej sker, kan *länsstyrelsen entlediga* revisorn. Låneförbudet för revisorn har tillkommit huvudsakligen för att upprätthålla kravet på att revisor förhåller sig självständig och oberoende i relationerna med styrelse och VD. Något hinder för att *närstående till revisor* upptar lån i bolaget synes emellertid icke ha uppställts[276]. Å andra sidan får det väl anses icke vara förenligt med god revisorsetik, att låta närstående till revisor låna av klienten.

En annan sak är sedan hur lån skall redovisas. Föreskrifter härom finns främst i ABL 11:8 och ABL 12:9. Dessa är emellertid i princip endast

nämnas, att ett svenskt dotterbolag till ett utländskt moderbolag på grund härav mycket väl kan låna till ett annat svenskt dotterbolag (d v s systerbolag) till samma moderbolag, trots att det i denna situation egentligen inte är fråga om ett koncernlån – eftersom moderbolaget är ett utländskt bolag, är inte fråga om en svensk koncern i egentlig mening - vilket undantas enligt koncernlåneundantaget (se mera nedan).

[276] Den närståendekrets som närmare definierats i ABL 12 kap 7 § gäller således närstående till aktieägare, styrelseledamot eller suppleant, verkställande direktör och vice verkställande direktör. Se annorlunda Kedner/Roos II, s 224 och Posselius, Grosskopf, Gometz och Huldén, Skyddet för aktiebolag och dess egna kapital, 2 rev uppl, Stockholm 1990, s 38 f. Den definition av närståendekretsen som lämnas i ABL 10 kap 4 § tredje punkten avser att reglera revisorsjäv i det fall revisor i något avseende är närstående till styrelseledamot, VD m fl. Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15 uppl, s 110 f och 216 f.

tillämpliga på lagliga lån, dvs lån som faller utanför förbudsområdet eller lån som lämnats på grund av dispens. Emellertid följer av de allmänna krav som föreligger för revisor att varje räkenskapsår avge revisionsberättelse (se ABL 10:10), att revisor har att i berättelsen anmärka om han vid sin granskning funnit att bolagsledningen handlat i strid med aktiebolagslagen. I enlighet härmed skall således revisor anmärka om bolagsledningen eller någon företrädare för bolaget gjort sig skyldig till brott mot utlåningsförbuden. Vidare har Kommerskollegium i beslut (Dnr 700/90; den 24 november 1992) uttalat, att revisor skall lämna anmärkning i revisionsberättelsen, även om det förbjudna lånet återbetalats före balansdagen. Föreningen auktoriserade revisorer (FAR) har utfärdat särskilda rekommendationer för hur förbjudna lån skall behandlas av revisorer (se FAR:s uttalande "Aktiebolagens regler om utlåning till och andra arrangemang för närstående personer" samt Redovisningsrekommendation nr 8).

Vad gäller omfattningen i övrigt av det generella utlåningsförbudet skall, såsom ovan nämnts, med lämnande av lån likställas *ställande av säkerhet* (se ABL 12:7, fjärde stycket), förutsatt att denna rättshandling kan karakteriseras som ett substitut till penninglånet och med iakttagande av de undantag som gäller enligt nedan. Säkerheten kan ställas på allehanda sätt, t ex i form av borgen, garanti, pant i fast eller lös egendom, spärrade medel (på konto, e dyl) m m. Det bör emellertid understrykas, att säkerheten skall vara ställd av aktiebolaget såsom säkerhet för lån som tagits av någon i den förbjudna kretsen *av annan*; under förbudet faller därför inte aktiebolagets säkerhet för de lån som *bolaget* tar *av* någon i denna krets. Huruvida s k *halvgångna garantier* i form av under senare tid förekommande brev med varierande rubricering och innehåll – Comfort Letter eller Letter of Comfort, Letter of Awareness, Back-up Letter, Letter of Support, Letter of Responsibility, Letter of Intent, etc – skall anses utgöra säkerhet i här angiven mening, får primärt fastställas mot bakgrund av en tolkning av "stödbrevets" innehåll och frågan om

brevet har en juridiskt bindande karaktär eller inte[277]. Däremot kan knappast med säkerheter i utlåningsförbudens mening jämställas negativklausuler (negative pledges) av olika slag, enligt vilka aktiebolaget åtar sig att avhålla sig från säkerheter, upplåning eller annat.

Låneförbudet är givetvis också tillämpligt vid *gäldenärsbyte*[278], där någon ur den förbjudna kretsen övertar en redan befintlig skuld till bolaget

[277] Om halvgångna garantier, se bl a Rodhe, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder, Festskrift tillägnad Jan Hellner, Stockholm 1984, s 481, 495 ff, med vidare hänvisningar, Letters of Comfort, Handelsrättslig skriftserie nr 1, Institutionen för Handelsrätt, Lunds Universitet, Lund 1989, innehållande anföranden av Claes Blix, Krister Moberg, Michael Bogdan, och Björn Lindquist framförda vid ett seminarium i Limhamn den 22 maj 1989. Enär det generella utlåningsförbudet är underkastat straffsanktion, varvid straff förutsätter att lån lämnats eller säkerhet ställts uppsåtligen eller av grov oaktsamhet, se ABL 19:1, är enligt vad som närmare skall behandlas nedan försiktighet påkallad vid bedömningen av frågan huruvida ett brev av här angiven typ är att beteckna som säkerhet enligt det generella utlåningsförbudet.

[278] I ett skattemål (RÅ 81 1:1) var fråga om tillämpningen av 35 § 1a mom, 6 st, kommunalskattelagen, och därmed också ABL 12:7, på gäldenärsbyte. I en ansökan om förhandsbesked ställdes specifikt fråga om huruvida en sons övertagande av sin fars låneskuld till ett aktiebolag i samband med arvsskifte stred mot ABL 12:7 och utlöste beskattningskonsekvenser enligt 35 § 1a mom, 6 st, kommunalskattelagen. Jämför härvid RR 1977 1:45, där det slogs fast, att, när ett s k aktieägarlån övergår på annan låntagare i samband med ett förvärv av aktier i det långivande bolaget, lånet ska anses ha lämnats i strid mot bestämmelserna i ABL 12:7. Riksskatteverkets nämnd för rättsärenden fann i 1981 års fall att ABL 12:7 var tillämpligt. Regeringsrättens delade nämndens ståndpunkt. Regeringsrättens majoritet anförde härvid följande: "I själva verket får det – med hänsyn till identiteten mellan företagsledningen och dödsboet – anses närmast uteslutet att ett arvsskifte av den innebörd som här är ifråga skulle ingås utan företagsledningens vetskap och vilja. Eventuell frånvaro av uttryckligt samtycke från företaget lärer därför inte utgöra hinder för att arvsskiftet – oaktat det formellt endast gäller mellan dödsbodelägarna – bedömes innebära ett lån från företaget till den av dödsbodelägarna som enligt arvsskiftet har att svara för betalning av dödsboets skuld till företaget." Majoritetens domskäl får tolkas så, att i samband med gäldenärsbyte ett penninglån lämnas i och med att borgenären uttryckligen eller implicit lämnar sitt samtycke till gäldenärsbytet.

Den skiljaktige ledamoten Petréns främsta invändning mot majoritetens resonemang synes ha varit att fråga icke var om gäldenärsbyte i ordinär mening, utan om dödsboet "automatiska" övertagande av betalningsansvaret för den avlidnes skuld till aktiebolaget. Gäldenärsbyte skulle således enligt Petrén behöva förutsätta någon form av överenskommelse gäldenärerna emellan; det är inte tillfyllest att en person enligt lag eller förordning, eller enligt domstolsbeslut, blir betalningsansvarig för en annan persons skuld till ett aktiebolag. Invändingen synes vara beaktansvärd.

på grund av tidigare lämnat tillåtet eller förbjudet lån[259]. Detsamma gäller vid *borgenärsbyte*, där ett aktiebolag övertar en fordran på någon inom den förbjudna kretsen från annan juridisk eller fysisk person, så att bolaget därmed blir ny borgenär. Detta förvärv av fordran från bolagets sida kan ske genom överlåtelse, pantsättning, gåva m m. Det mest praktiska fallet är, att en aktieägare eller annan inom den förbjudna kretsen först upptar ett lån i kreditbolag, varefter det bolag vari aktieägaren innehar aktier övertar kreditbolagets fordran hos aktieägaren.

För utlåningsförbudets tillämpning saknar det, såsom ovan anförts, betydelse huruvida låntagaren är solvent eller icke eller ställer tillfredsställande säkerhet för lånet eller icke. Det spelar således ingen roll om låntagaren ställer en 100%-ig garanti för lånets återbetalning, t ex genom en självständig, oåterkallelig och ovillkorlig bankgaranti på samma belopp eller genom att ett belopp motsvarande lånebeloppet deponeras på "spär-

[279] Se härom t ex Svea Hovrätts dom den 18 maj 1990 (11:DT 21, T 1104/89), som gällde försäljning av ett s k lagerbolag. Fråga var om säljaren av lagerbolag (Notarius AB), vilka i regel bildas med ett aktiekapital om kronor 50.000. Aktiekapitalet insätts på en bankräkning i lagerbolagets namn. Efter bildandet tas beloppet ut av moderbolaget och bokförs hos detta bolag som en skuld till lagerbolaget. Insättningen av aktiekapitalet på bankräkning är nödvändig för att lagerbolaget ska kunna registreras hos Patent- och Registreringsverket (se ABL 2:9, 2 st punkt 2). När moderbolaget sedan säljer aktierna i lagerbolaget, övertar köparen den skuld, motsvarande aktiekapitalet, som moderbolaget har till lagerbolaget. Härvid får antas, att det i regel förutsätts, att köparen omedelbart reglerar skulden. I det nu aktuella fallet, som gällde en köpare som nyligen blivit myndig, reglerades inte skulden ifråga. Hovrätten fann i likhet med tingsrätten, att det generella utlåningsförbudet överträtts i och med att köparen förvärvade aktierna i lagerbolaget och övertog betalningsansvaret för moderbolagets skuld till lagerbolaget. Härmed synes hovrätten slå fast, att det inte är tillfyllest att köparen av lagerbolagets aktier efter förvärvet reglerar skulden; skulden måste fastmera regleras vid själva förvärvet i ett sammanhang för att fråga icke skall vara om överträdelse. Det kan nämnas, att huvudfråga i målet var moderbolagets ansvar för medverkan till överträdelse av det generella utlåningsförbudet. Hovrätten fann att moderbolaget medverkat till överträdelsen och därigenom blev ansvarig för den ekonomiska skada som lagerbolaget i konkurs lidit p g a av överträdelsen. "Genom att inte före avtalsslutet försäkra sig om att ett belopp motsvarande aktiekapitalet inbetalats på lagerbolagets bankräkning eller att egendom till samma värde tillförts bolaget och inte heller närmare undersöka [köparens] förmåga och vilja att betala den skuld hon övertog genom avtalet, har [moderbolaget] förfarit oaktsamt. Denna oaktsamhet kan, mot bakgrund särskilt av det föhållandet att [köparen] vid förväret nyligen hade blivit myndig, inte bedömas annat än som grov. [Moderbolaget] har sålunda genom grov oaktsamhet medverkat till att utlåningsförbudet har överträtts och att konkursboet tillfogats skada. Redan på grund härav är [moderbolaget] ersättningsskyldigt mot konkursboet". Se även prop 1977/78:41, s 55 f.

rat" konto. Låneförbudet är i denna mening absolut[280].

Det generella utlåningsförbudet gäller *oavsett var låntagaren* inom den förbjudna kretsen har sitt *hemvist, säte* eller annan anknytning. Låneförbudet omfattar således även lån till t ex aktieägare, styrelseledamot, vice VD, eller annan till dessa personer närstående person i utlandet. Någon extraterritoriell tillämpning av svensk strafflagstiftning är det däremot inte fråga om, eftersom straffbar enligt ABL 19:1 till böter eller fängelse i högst 1 år endast är den som på det långivande bolagets sida beslutar eller verkställer, eller beordrar en anställd att verkställa, det förbjudna lånet, eller i något avseende medverkar i nu nämnda rättshandlingar. Detta är också skälet till att vad som i regel betecknas som låneförbudet här betecknas som *ut*låningsförbudet. Låntagarens medverkan till lånet skall i normalfallet, d v s där fråga endast är om ansökan av lån och emottagande av lånebeloppet, s k nödvändig medverkan ("*concursus necessarius*"), icke utgöra medverkan i den i BrB 23 kap reglerade meningen[281]. Förhåller sig emellertid saken så, att låntagaren i egenskap av t ex aktieägare med stort inflytande i det långivande bolaget, eller styrelseledamot eller VD, har tagit initiativ till eller i övrigt beslutat om eller verkställt lånet, är givetvis straffbestämmelserna redan av den anledningen tillämpliga[282].

[280] Beträffande denna diskussion se Betänkande avgivet av aktiebolagsutredningen, förslag till aktiebolagslag m m, SOU 1971:15, s 322 f, och proposition 1973:93, s 91 ff. I dessa delar av förarbetena nämns bl a den i Danmark förekommande motsvarigheten till utlåningsförbudet, som inte är absolut i här angiven mening, utan som lämnar utrymme för lån i de fall säkerhet ställs.

[281] Se bl a Kedner/Roos II, s 342 f, och Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15 uppl, s 119 f. Närmare om medverkan till brott och om *concursus necessarius*, nedan avsnitt 6.4.

[282] Beträffande brottsbalkens och allmänt sett även straffbestämmelsers extraterritoriella verkan stadgas i BrB 2 kap 2 § att för brott som begåtts i utlandet skall svensk lag vara tillämplig om brottet begåtts av svensk medborgare eller av utlänning med hemvist i Sverige, av utlänning utan hemvist i Sverige, om han efter brottet blivit svensk medborgare eller tagit hemvist här i riket, eller beträffande dansk, finsk, isländsk, eller norsk medborgare, om han finns här i riket, eller överhuvud taget av utlänning som finns här i riket, om enligt svensk lag kan följa fängelse i mer än 6 månader. Jämför ABL 19:1, där maximalt 1 års fängelse stadgas). Visserligen stadgas undantag i bestämmelsens andra stycke beträffande gärningar som är fria från ansvar enligt lagen på gärningsorten och i vissa andra fall, men enligt BrB 2 kap 4 § skall såsom gärningsort betraktas den ort där den brottsliga handlingen företogs eller fullbordades, d v s i vad avser utlåningsförbudet i princip den ort där lånet lämnades, d v s i Sverige. I undantagsfall kan således förekomma, att utlänningar, som finns här i riket eller som efter gärningen flyttar hit, ådöms straff för medverkan till brott mot utlåningsförbudet.

5.2.2 Något om tolkningen av förbudet

Från det generella utlåningsförbudet görs ett antal undantag, av vilka vissa framgår explicit av lagtexten, andra återigen av förarbetena. Härutöver gäller att vid en objektiv tolkning av lagtexten vissa transaktioner mer eller mindre omedelbart faller utanför förbudsområdet. Innan undantagen diskuteras närmare, skall allmänt beröras frågan om *tolkning* av utlåningsförbudet. Denna fråga har också betydelse för tillämpningen av det särskilda utlåningsförbudet enligt vad som skall framgå nedan.

För brott mot såväl det generella som det särskilda utlåningsförbudet stadgas i ABL 19:1 straff i form av böter eller fängelse i högst ett år. I subjektivt hänseende förutsätts uppsåt eller grov vårdslöshet. I bolagsrättslig doktrin har hävdats, att eftersom utlåningsförbudet således är straffsanktionerat, skall bestämmelsen i enlighet med grundläggande straffrättsliga principer tolkas restriktivt[283]. Den straffrättsliga princip som härvid främst åsyftas torde vara legalitetsprincipen (som för övrigt även torde råda inom skatterätten), ofta sammanfattad i den dubbla maximen *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*. Fråga är i första hand om ett grundläggande rättssäkerhetskrav[284]. Principen framgick av den svenska rättsordningen tidigare av sedvanerätt, men har numera indirekt kommit till uttryck i förbudet mot retroaktiv lagstiftning i regerings-

[283] Se bl a Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15 uppl, s 114 och 120, där principen att strafflag skall tolkas restriktivt omtalas bl a på följande sätt: "Det är hävdvunnen uppfattning att en straffbestämmelse av rättssäkerhetsskäl skall tolkas restriktivt." En restriktiv tolkning skulle enligt Rodhe bl a innebära, att transaktioner, som inte faller under utlåningsförbudets bokstav, men som framstår som kringgående av förbudet, icke skall omfattas av förbudet. Jfr även Rodhe, Skalbolagen och utlåningsförbudet, Balans 1989;6/7, s 24. Se även Posselius, Grosskopf, Gometz och Huldén, skyddet för aktiebolagets egna kapital, 2 rev uppl, Stockholm 1990, s 40, där det görs gällande att utlåningsförbudet "enligt gängse lagtolkningsmetoder" bör tolkas restriktivt. Vidare tillägges, att, eftersom utlåningsförbudet är straffsanktionerat, den enligt allmänna straffrättsliga principer skall tolkas strikt efter ordalydelsen ("enligt sin bokstav"). Dessa uttalanden synes bygga på i första hand Petréns avvikande mening i det skatterättsliga målet gällande lån från aktiebolag RÅ 1984 1:90, där Petrén till utveckling av sin mening bl a anför, att domstolarna på grund av kriminaliseringen av utlåningsförbudet måste hålla sig noga till ordalagen i brottsbeskrivningen, och att någon "extendering av det straffbara området utanför den ram stadgandets lydelse anger [ej] får göras".

[284] Se härom bl a Thornstedt, Legalitet och teleologisk metod i straffrätten, Festskrift tillägnad Nils Herlitz, Stockholm 1955, s 319, s 321 ff.

formen 2:10[285]. Förbudet avser i första hand retroaktiv normgivning, men skall till synes även anses utgöra en föreskrift för lagtillämparen, häribland domstolarna[286]. Enär retroaktivitetsförbudet även adresseras till domstolarna, måste förbudet också ses som ett krav på legalitet[287].

Frågan är emellertid om legalitetsprincipens tillämpning i straffrätten (och skatterätten) förutsätter att strafflag (eller skattelag) tolkas *restriktivt*. (För brottsbalkens del stadgas särskilt om retroaktivitetsförbudet i lagen (1964:163) om införande av brottsbalken 5 § första stycket.) Skulle med andra ord legalitetsprincipen och retroaktivitetsförbudet utesluta extensiv tolkning av strafflag? I straffrättslig doktrin synes inte saken vara entydigt avgjord. Jareborg gör t ex gällande, att nyssnämnda bestämmelse i regeringsformen och promulgationslagstiftningen endast "förbjuder" *analogisk* tillämpning av straffbud (detsamma skulle gälla rättighetskonventionerna). Domstolen får således icke gå utanför lagens ordalydelse[288]. Innebörden härav är bl a, att straffbestämmelser inte i första hand skall *tolkas* restriktivt utan snarare underkastas en restriktiv *tillämpning*, eftersom ju analogislut ej får förekomma. Enligt samma mening utesluter inte legalitetsgrundsatsen inom straffrätten en extensiv tolkning av straffbestämmelser, eftersom även en extensiv tolkning ligger inom det utrymme som en tolkning enligt ordalydelsen ger. Överhuvudtaget förnekar Jareborg, att det inom straffrätten skulle finnas en princip som krä-

[285] Av stadgandet i regeringsformen följer att straff eller annan brottspåföljd icke får åläggas för gärning som icke var belagd med brottspåföljd, när den förövades. Ej heller får svårare brottspåföljd åläggas för gärningen än den som var föreskriven vid denna tidpunkt. I stadgandets andra stycke finns en motsvarande bestämmelse för skatterätten, dock försedd med undantag. Bestämmelsen sammanfaller med grundläggande principer om mänskliga rättigheter inom FN:s och Europarådets ram (se artikel 7, mom 1 i Europarådets konvention, som motsvaras av artikel 11, mom 2 i FN:s förklaring rörande de mänskliga rättigheterna). Se även Sundberg, Agges huvudpunkter, rev uppl av Jacob Sundberg, Stockholm 1982, där följande uttalande förekommer: "På sådana rättsområden där individens intresse av trygghet mot ingripanden från statsmaktens sida i andra fall än som klart framgår av lagbudet är särskilt framträdande måste i en rättsstat en restriktiv tolkning förordas även om lagstiftningens effektivitet därigenom synes bli lidande. Särskilt har detta rättssäkerhetskrav framträtt på straffrättens områden. Legalitetsprincipen inbegrips numera bland straffrättsskipningens ledande grundsatser." Se även Agge, Straffrättens allmänna del, föreläsningar, första häftet, Stockholm 1970, s 43 ff och tredje häftet, Stockholm 1964, s 333 ff.

[286] Se Petrén/Ragnemalm, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, Uddevalla 1980, s 64.

[287] Se bl a Tornstedt, *ibidem*, s 330.

[288] Se Jareborg, Brotten, första häftet, grundbegrepp, brotten mot person, Lund 1984, s 103.

ver, att strafflag bör tolkas restriktivt. Snarare sammanhänger kravet på restriktiv tolkning enligt Jareborg med den inom processrätten förekommande maximen *in dubio pro reo* (eller *pro libertate*), d v s att man vid tvekan hellre bör fria än fälla[289]. Icke desto mindre synes legalitetsprincipen påfordra återhållsamhet när det gäller att i alltför hög grad utsträcka ett straffstadgandes tillämpning utöver vad ordalydelsen omedelbart medger. Gränsen mellan restriktiv och extensiv tolkning torde ej heller vara särskilt väl utstakad; ej heller gränsen mellan, å ena sidan, analogisk tillämpning, och å den andra, extensiv tillämpning eller tolkning. En tolkning eller tillämpning får i vart fall ej ligga utanför det som ett stadgandes ordalydelse medger; lösningen får ej vara "språkligt utesluten" i lagtexten. Slutsatsvis kan således det hela betecknas som en restriktiv tolkning eller tillämpning av en straffbestämmelse, innebärande att de rättstillämpande myndigheterna ej får gå längre än vad ordalydelsen typiskt sett medger. Detta förhållande återspeglas i svensk straffrättslig praxis[290].

Konsekvensen av att såsom förutsättning för en restriktiv tillämpning och tolkning, och för legalitetsprincipens bärkraft, fordra att fråga skall vara om straffsanktionerade förbud, är, att de utlåningsförbud som eljest förekommer inom associationsrätten (se lag om kreditmarknadsbolag 1992:1610, 3 kap 10 §, bankrörelselagen 1987:617, 2 kap 17 §, försäkringsrörelselagen, stiftelselagen 2 kap 6 §, etc) ej skall underkastas legalitetsprincipen eller en restriktiv tolkning och tillämpning på samma sätt som utlåningsförbuden i aktiebolagslagen. De för stiftelselagens vidkommande aktuella utlåningsförbudet är visserligen tvingande, men sanktioneras icke av straffbestämmelser, utan avsikten är att tillsynsmyndigheten (länsstyrelsen) enligt 9 kap 5 §, 1 st 2 skall kunna förelägga stiftelsens styrelse eller förvaltare att avyttra fordringen. Vidare kan de som på ett eller annat sätt medverkat i beslut om eller verkställandet av ett förbjudet lån bli skadeståndsansvariga enligt 5 kap 1-2 §§. Möjlighet finns även för tillsynsmyndigheten att entlediga styrelseledamöter eller förvaltare som medverkat till att stiftelsen vid upprepade tillfällen lånat ut pengar med vetskap om att låntagaren tillhör den förbjudna kretsen (se 9 kap 6 §). Med ett sålunda utformat sanktionssystem blir den rimliga slutsatsen, att stiftelselagens utlåningsförbud ej hindrar analogisk eller extensiv tillämpning eller tolkning, varför ej heller utrymmet för kringgående blir lika stort som enligt de straffsanktionerade utlåningsförbuden i aktiebolagslagen. Till skillnad från

[289] Se Jareborg, *ibidem*, s 96. Se även Thornstedt, *ibidem*, s 338 ff, 357 ff och 363 ff. Beträffande tolkningen av skatterätt, se bl a Mattsson, Hur tolkas skattelag?, Svensk Skattetidning 1981, s 291, och Bergström, Sture, Hur bör förarbetena användas vid tolkning av skattelag?, Skattenytt 1984, s 309, med vidare hänvisningar till skatterättslig doktrin.

[290] Med detta är möjligen även sagt att tillämpningen skall vara restriktiv.

aktiebolagslagen innehåller emellertid stiftelselagen ett mycket begränsat antal undantag. Enligt stiftelselagens promulgationslag 6 § skall utlåningsförbudet vidare icke tillämpas ifråga om lån som lämnats eller säkerheter som ställts före ikraftträdandet av stiftelselagen. Dessutom skall vid utlåning till andra än stiftaren eller förvaltaren utlåningsförbudet icke gälla om stiftelsen skall främja sitt syfte genom att lämna penninglån till eller ställa säkerhet för enskilda personer och låntagaren tillhör den personkrets som skall gynnas. Slutligen skall en stiftelse utan hinder av utlåningsförbudet kunna låna till ett stiftelsens dotterföretag. (Här föreligger en anomali i det hänseendet, att sistnämnda undantag skett från punkten 6 i utlåningsförbudet om lån till närstående juridisk person. Huvudregeln härvid är, att utlåning icke får ske till en juridisk person över vars verksamhet någon i den förbjudna kretsen, d v s stiftaren, förvaltaren, företrädare för stiftaren eller förvaltaren eller släktingar till dessa, har ett bestämmande inflytande. Därmed är det väl i regel uteslutet, att samma juridiska person är ett dotterföretag till den ifrågavarande stiftelsen, vilket också förutsätter bestämmande inflytande. Märk här också lokutionen "någon", som överensstämmer med den som återfinns i det aktiebolagsrättsliga utlåningsförbudet, måhända på grund av att restriktiv tillämpning och tolkning inte påbjuds, även kan omfatta fall där två eller flera personer, vilka samtliga tillhör den förbjudna kretsen, tillsammans utövar ett bestämmande inflytande över den juridiska person till vilken stiftelsen lånar ut medel.) Enligt proposition till stiftelselag (proposition 1993/94:9, s 124) skall utlåningsförbudet ej heller omfatta insättning av medel på bankräkning (jfr proposition 1973:93, s 133). En stiftelse kan således sätta in medel på en sådan räkning även om banken skulle vara stiftelsens förvaltare.

Vad sedan gäller undantagen från det generella utlåningsförbudet skall först beröras de undantag som icke omedelbart framgår av förbudets ordalydelse.

5.2.3 Undantag från det generella utlåningsförbudet

5.2.3.1 Lån före ikraftträdandetidpunkten

Undantagna är inledningsvis lån som lämnats *före ikraftträdandet av utlåningsförbudet*, d v s lån som lämnats före den 6 juni 1973[291]. Undantaget omfattar uppenbarligen inte ett gäldenärsbyte i fråga om äldre lån, efter-

[291] Se bl a propositionen 1973:93, s 145. Någon särskild övergångsbestämmelse i denna del har inte ansetts vara erforderlig. Aktiebolagsutredningen, SOU 1971:15, föreslog en särskild promulgationsbestämmelse (5§ 17) beträffande övertagande av äldre lån, innebärande att det långivande bolaget under en tid av 10 år efter förbudets ikraftträdande kunde medge att lån som tillkommit före ikraftträdandet skulle kunna övertagas av an-

som till synes den låneförbindelse som därigenom uppkommer mellan den nye låntagaren och den gamle borgenären, d v s det långivande bolaget, anses konstituera ett nytt lån. Detta synsätt, som i och för sig synes vara rimligt, framgår av förarbetena, särskilt i inställningen till hur utlåningsförbudets övergångsbestämmelser skulle utformas[292]. Rättsläget torde i princip vara detsamma vid borgenärsbyte. Det nu sagda bör emellertid endast gälla när, vid en tillämpning av utlåningsförbudet, ett tillåtet lån genom borgenärsbyte omvandlas till ett förbjudet sådant, exempelvis där ett aktiebolag förvärvar ett kreditbolags fordran på en delägare i bolaget. Rör det sig emellertid om ett äldre lån, som vid en tillämpning av utlåningsförbudet skulle vara förbjudet, borde det rimligen sakna betydelse om lånet efter övertagande fortfar att vara förbjudet. Vad som skall gälla vid *omsättning* av lån är icke självklart; det synes icke orimligt att betrakta lånet efter omsättningen som ett nytt lån vid en tillämpning av utlåningsförbuden. Den praktiska vikten av frågan är emellertid ringa, mot bakgrund av att utlåningsförbudet numera varit i kraft i ca 20 år.

5.2.3.2 Lån till personer utanför den förbjudna kretsen

Undantagna från förbudet bör även vara lån till fysiska eller juridiska personer utanför den förbjudna kretsen, oavsett om dessa efter det att lånet lämnats eller säkerheten ställts inträder i denna krets[293]. Låneförbudets ordalydelse är entydig härvidlag. Detta framgår också av att lagstiftaren sett sig tvingad att införa ett särskilt utlåningsförbud avseende *blivande* aktieägare, d v s vad som här betecknas som det särskilda utlåningsförbudet. Som allmän regel bör således gälla, att ett lån inte underkastas förbudet på grund av att låntagaren efter det att lånet lämnats eller säkerheten ställts inträder i den förbjudna kretsen, liksom ett förbjudet lån ej heller legaliseras genom att låntagaren utträder därur. Den brottsliga handlingen begås i det ögonblick lånet lämnas – närmare bestämt när utbetal-

nan i samband med att denne förvärvade aktier av den första låntagaren (minst hälften av aktierna i bolaget). Förslaget omsattes emellertid inte i lag. Istället hänvisades till möjligheten att erhålla dispens.

[292] Se vad som anförts ovan i föregående fotnot.

[293] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15 uppl, s 116.

ning sker – eller säkerheten ställs (vid pantsättning, m m). Tvivel kan i vissa fall uppkomma beträffande frågan när exakt ett lån har lämnats, etc. Civilrättsligt torde detta visserligen ha skett när det långivande bolaget på ett juridiskt bindande sätt åtagit sig att lämna lånet eller ställa säkerheten. Det ifrågavarande lånebeloppet skall dock enligt vad som får anses framgå av lagtexten ("lämna penninglån"), ställas till låntagarens förfogande, t ex genom att lånebeloppet krediteras på låntagarens konto. Det straffrättsliga ansvaret får därför anses vara utlöst först i och med själva *verkställandet* av låneutbetalningen.[294] Huruvida ett beslut (som ännu ej verkställts) om lån eller säkerhet, som omsatts i löfte eller utfästelse om lån (eller säkerhet) och därmed är civilrättsligt bindande, kan ses som ett lämnande av lån eller ställande av säkerhet, är osäkert. Saken diskuteras närmare nedan i avsnitt 6.3.

En annan sak är risken för skentransaktioner på grund av lagtextens utformning. En aktieägare kan t ex tillfälligt avhända sig aktierna, en styrelseledamot temporärt avgå från styrelsen, ett samboförhållande tillfälligt upplösas, etc för undvikande av utlåningsförbudets tillämpning. Sådana åtgärder torde icke kunna hindras annat än i fall det kan visas, att de låg inom ramen för det långivande bolagets uppsåt eller grova vårdslöshet att känna till, att åtgärden vidtagits huvudsakligen eller uteslutande i nämnda syfte.

Fråga är således ej om vad som i straffrättsliga termer brukar betecknas som perdurerande brott. Något annat är sedan, såsom framhållits av Lindskog, att bolagets företrädare har att tillse, att lånet avvecklas så snart låneavtalet medger detta, och att en omsättning eller "frivillig för-

[294] Lindskog, Kommentar, s 139 med fotnoter, är i princip av samma uppfattning, dock med en viss nyans. Efter Lindskogs mening skall denna *kritiska tidpunkt* vara tiden för låneavtalets ingående och således icke utbetalningen av lån på grund av ingånget lånetavtal. Brott och straff förutsätter enligt Lindskogs bedömning följaktligen inte att någon utbetalning skett av lånemedel, utan den straffbara handlingen är istället själva ingåendet av en juridiskt bindande överenskommelse om lån. Denna tolkning synes icke helt överensstämma med stadgandets ordalydelse och främst lokutionen "lämna penninglån", som ju synes erfordra, att låneavtalet verkställts.

längning" av lånet mycket väl kan betraktas som ett nytt, förbjudet lån.[295] En till gäldenärsbytesproblematiken anslutande fråga är om lån till vissa gäldenärer enligt de explicita undantagen i utlåningsförbudet (kommun, landstingskommun, koncernbolag, rörelsedrivande gäldenär, etc) och som således är tillåtna lån, upphör att vara tillåtna i det ögonblicket som gäldenären växlar status, d v s upphör att vara koncernbolag eller rörelsedrivande gäldenär. Till denna fråga återkommer framställningen nedan.

5.2.3.3 Lån från andra än svenska aktiebolag

Att det generella utlåningsförbudet endast avser lån från svenska aktiebolag är helt klart. Undantagna är således lån från aktiebolag eller andra juridiska personer i utlandet. Enligt ordalydelsen omfattar utlåningsförbudet ej heller lån från andra juridiska personer i Sverige än just aktiebolag. Någon motsvarighet till det generella (eller det särskilda utlåningsförbudet) finns inte i 1987 års lag om ekonomiska föreningar (1987:667), ej heller i lagen om handelsbolag och enkla bolag (1980:1102). Däremot finns för ekonomiska föreningar i lagens 10 kap regler som motsvarar det

[295] Se Lindskog, Kommentar, s 139. Jfr Burling, Anmälan av Rodhe: Förtäckt vinstutdelning och lån från aktiebolag. Ny lagstiftning år 1973. (Stockholm 1973), i SvJT 1974, s 138 ff särskilt s 142, som menar att "uppenbara försök att kringgå huvudregeln, t ex om någon lånar pengar av bolaget dagen innan han utses till styrelseledamot" bör leda till det generella utlåningsförbudets tillämpning. I övrigt är också enligt Burling det avgörande för ett låns tillåtlighet låntagarens status i själva utlåningsögonblicket. Burling nämner fallet där någon som icke är aktieägare, eller äger en mycket liten andel (så att undantaget om småaktieägarlån är tillämpligt) förvärvar aktier, respektive förvärvar ytterligare aktier. I detta fall är enligt hans mening utlåningsförbudet icke tillämpligt. Någon skyldighet för bolaget att återkräva lånet sedan låntagaren växlat status och inträtt i den förbjudna kretsen föreligger heller icke. Beträffande *revisorer* förhåller sig saken något annorlunda. Såsom ovan påpekats, ingår revisorer icke i den förbjudna kretsen. Istället gäller enligt ABL 10:4, 1 st, p 4, att revisor, som står i låneskuld till bolaget eller annat bolag i samma koncern, eller har förpliktelser för vilka sådant bolag har ställt säkerhet, ej kan vara revisor i bolaget. Innebörden härav är helt enkelt, att revisor är diskvalificerad som sådan så snart revisorn *har* lån enligt vad som nyss nämnts. Å andra sidan föreligger icke hinder för revisor att ta emot lånade medel såsom revisor, och sedan han diskvalificerats som revisor behålla lånet. Rättsläget synes i princip vara detsamma i Danmark och Finland, se FABL 12:17 och DAL § 115, Gomard, s 284. I Norge träffar däremot förbudet själva innehavet som sådant; det är förbjudet att *ha* lån, se Andenæs 21.2.

aktiebolagsrättsliga utbetalningsförbudet, varför lån till föreningens medlemmar i vissa fall kan stå i strid med utbetalningsförbudet. För handelsbolags del kan gälla att lån till bolagsman kan dels strida mot bolagets ändamål, dels vara ett brott mot likhetsprincipen och den associationsrättsliga generalklausulen[296].

Såvitt gäller banker, kreditmarknadsbolag och försäkringsbolag stadgas emellertid om utlåningsförbud i bankrörelselagen (1987:617) 2 kap 17 §, lagen om kreditmarknadsbolag (1992:1610) 3 kap 10 § resp försäkringsrörelselagen (1982:713) . I stiftelselagen, som förväntas träda i kraft tidigast den 1 januari 1996, finns ett motsvarande utlåningsförbud i 2 kap 6 §. De nu nämnda utlåningsförbuden är emellertid inte straffsanktionerade. Istället får det sedvanliga batteriet av remedier i denna associationsrättsliga lagstiftning, t ex skadeståndsansvar, m m, komma till användning.

Lämnas dessa specifika frågor tills vidare därhän, uppkommer den i detta sammanhang intressanta frågan huruvida ett aktiebolag med andelar i annan associationsform, t ex handels- eller kommanditbolag, genom ett sådant handelsbolag får låna ut medel till sina aktieägare. Antas att aktieägaren inte har några ägarintressen i handelsbolaget ifråga, kan aktiebolagets kapitalinsats i det utlånande handelsbolaget icke ses som ett lån till person inom den förbjudna kretsen. Handelsbolagets lån till aktieägarna faller uppenbarligen utom det generella utlåningsförbudets tillämpningsområde. Förhåller sig saken emellertid så, att handelsbolaget saknar annan självständig verksamhet och uteslutande eller huvudsakligen har till uppgift att förmedla lån till den förbjudna kretsen, och är situationen dessutom sådan att aktiebolaget kontrollerar handelsbolaget, kan i vart fall ifrågasättas om inte aktiebolaget och handelsbolaget vid tillämpningen av utlåningsförbudet skall betraktas som en enhet eller att bulvan-

[296] Se härom Nial, Svensk Associationsrätt i huvuddrag, 4 uppl, Stockholm, 1988, s 80, 95 och 146 ff.

skap föreligger[297]. Skulle å andra sidan handelsbolaget, vid sidan av långivning till aktieägarna, bedriva självständig verksamhet och utövar aktiebolaget inte kontroll över handelsbolaget, saknas anledning att tillämpa utlåningsförbudet. Svårare är det fallet där endast en av de nyssnämnda förutsättningarna är uppfylld. Möjligen kan rättsläget betecknas sålunda, att om handelsbolaget uteslutande eller huvudsakligen är sysselsatt med utlåningsverksamhet, och primärt till delägarnas aktieägare, de lån som handelsbolaget ger till aktieägarna får betraktas såsom givna av aktiebolaget, även i det fall där aktiebolaget saknar kontroll. Det motsatta förhållandet, där kontroll föreligger, men handelsbolaget bedriver annan självständig verksamhet, torde dock falla utanför utlåningsförbudet. Lösningarna synes vara avhängiga av kausalsambandet mellan aktiebolagets ägande och kontroll över handelsbolaget och lånet till aktieägarna; ett sådant samband måste givetvis kunna påvisas i varje enskilt fall. Vid bedömningen av frågan får även andra omständigheter vägas in, såsom t ex aktieägarens inflytande i aktiebolaget, lånevillkoren, m m. Vid tillämpningen av utlåningsförbudet skall även iakttagas den försiktighet som påkallas av legalitetsprincipen[298].

[297] Se härom bl a Hjerner, Sken – bulvanskap – kringgående – genomsyn eller förträngning?, Festskrift till Hans Thornstedt, Stockholm 1983, s 269 och Tiberg, Mellanmansrätt, 7 uppl, Stockholm 1986, s 79 ff. Jfr Lindskog, Kommentar, s 137: "Att handelsbolag ingår i en koncern med ett aktiebolag som moderbolag hindrar således inte att de som tillhör moderbolagets förbjudna krets upptar ett penninglån från handelsbolaget. Ej heller finns något hinder mot att bolaget inträder som bolagsman i ett handelsbolag oaktat att detta innebär ett ansvarsåtagande för den aktieägare som är också är bolagsman i handelsbolaget." (Fotnoter utelämnade.) Här bör dock uppmärksammas risken för att lån från ett aktiebolag till handelsbolag kan vara förbjudna därför att någon inom den förbjudna kretsen har ett bestämmande inflytande över handelsbolaget eller att låntagaren tillhör handelsbolagets ledning (inklusive bolagsman) och i anledning härav ingår i den förbjudna kretsen i det fall det utlånande aktiebolaget är moderbolag till handelsbolaget. Jfr Lindskog, Kommentar, s 137 och Andenæs, 21.1–3.

[298] Enligt ordalydelsen i ABL 12:7 första stycket tar visserligen det generella utlåningsförbudet sikte även på koncernbolag, vilka enligt definitionen i 1:2 även skulle kunna omfatta andra juridiska personer än aktiebolag – moderföretaget i koncernen måste dock alltid vara ett aktiebolag -, men även om förbudet i och för sig träffar aktieägare, styrelseledamot, etc i koncernbolag begränsas förbudet av att det långivande bolaget alltid skall vara ett aktiebolag. Handelbolagets lån berörs ej heller av det förhållandet, att juridiska personer i allmänhet kan ingå i den förbjudna kretsen, eftersom det sistnämnda förutsätter att någon inom den förbjudna kretsen har ett bestämmande inflytande över den juridiska personen ifråga.

5.2.3.4 Annat än penninglån

Låneförbudet avser "*penninglån*". Någon närmare definition av "penninglån" ges inte i lagtexten. Någon legaldefinition torde ej heller finnas i övrigt. I förarbetena ges vissa anvisningar om uttryckets innebörd[299]. Således skall normala varukrediter icke anses vara penninglån. Vad som avses med *normala varukrediter* är måhända inte helt klart, men utgångspunkten vid bedömningen härav torde vara de villkor som gäller för varukrediter i allmänhet i den bransch som varukrediten ges. Referenspunkter torde härvidlag vara kreditlängd och avkastningsränta (eventuellt dröjsmålsränta). Avviker kreditvillkoren i alltför hög grad från de i branschen gängse villkoren, finns dock skäl att behandla krediten som ett penninglån[300]. Befinns del av en varukredit utgöra ett penninglån, får hela varukrediten anses vara förbjuden. Någon uppdelning på så sätt, att endast den del som överskrider de "normala" villkoren för varukredit skall träffas av förbudet är icke aktuell, främst med hänsyn till att krediten i princip icke träffas av ogiltighetspåföljden; fråga är endast om att kreditgivaren skall straffas för brott mot utlåningsförbudet. Mot bakgrund av att utlåningsförbudet är straffsanktionerat, får med stöd av den ovan omtalade legalitetsprincipen förutsättas, att säkerhetsmarginalen är stor till det som kan betecknas som penninglån. Eftersom uppsåt eller grov ovarsamhet skall visas, får antas att avvikelsen från de gängse villkoren måste vara betydande för att brott skall föreligga.

Rättspraxis i denna fråga är ytterst ringa. Såvitt är bekant har frågan om varukrediter skall betecknas som penninglån endast varit uppe till bedömning i skattemål, nämligen RÅ 1984 1:90. Fallet rörde ett förhandsbesked angående inkomsttaxering. Fråga var bl a om följande transaktion var att beteckna som ett penninglån i ABL:s mening: A och B ägde vardera 50% av aktierna i X AB. Samma personer ägde 34% vardera i Y AB. Resterande andelen i Y AB ägdes av X AB. A och B avsåg att förvärva X AB:s 32%-iga andel i Y AB. Betalningen för aktierna skulle, förutom en handpenning, dock inte erläggas förrän en tid efter förvärvet, närmare bestämt året därpå vid tillträdet av ak-

[299] Se proposition 1973:93, s 133.

[300] Se proposition 1973:93, s 133. Jämför Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15 uppl, s 115, Posselius m fl, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, s 39, Kedner/Roos, ABL , del II, s 223. Se även beträffande begreppet "lämna penninglån", Lennart Sten, Något om låneförbudet i aktiebolagslagen – begreppet penninglån och 12 kap 7 § tredje stycket aktiebolagslagen JT 1993–94, nr 4, s 933.

tierna. Avsikten var att den slutliga köpeskillingen skulle bestämmas först vid denna tidpunkt, när bokslut förelåg i Y AB och värdet av detta bolags aktier kunde bestämmas. Handpenningen utgjorde ca 1% av aktiernas beräknade marknadsvärde. Denna "kredit" var icke förenad med ränta. Riksskatteverkets nämnd för rättsärenden fann, att det planerade förfarandet, att ej erlägga hela köpeskillingen vid förvärvet av aktierna, i och för sig stred mot utlåningsförbudet i ABL, men att förfarandet – om återstoden av köpeskillingen skulle erläggas inom den tid som angivits i köpekontraktet – icke skulle föranleda någon annan beskattning än att sedvanlig ränta på skillnaden mellan köpeskilling och handpenning skulle hänföras till intäkt av tillfällig förvärvsverksamhet för A och B. Majoriteten i regeringsrätten om tre ledamöter fann ej skäl att ta ställning till frågan huruvida förfarandet var att betrakta som en överträdelse av utlåningsförbudet eller icke, eftersom det till regeringsrätten överklagade förhandsbeskedet innebar, att det planerade förfarandet inte skulle föranleda någon beskattningskonsekvens enligt 35 § 1a mom, 6 st, kommunalskattelagen. I denna del hade enligt majoritetens mening riksskatteverkets beslut icke gått klagandena emot. Besvären skulle därför i denna del inte tas upp till prövning, varför de följaktligen avvisades. Däremot skulle enligt regeringsrättens majoritet bestämmelserna i 35 § 1a mom, 4 st, kommunalskattelagen vara tillämpliga. Konsekvenserna härav var, att skillnaden mellan aktiernas marknadsvärde vid köpetillfället och handpenningen skulle ses som ett räntefritt lån till A och B, och – på sätt som riksskatteverkets nämnd för rättsärenden – sedvanlig ränta på denna skillnad hänföras till intäkt av tillfällig förvärvsverksamhet.

I ett skiljaktigt votum anförde regeringsrådet Petrén, att riksskatteverkets svar på sökandenas fråga innefattade två konstateranden, dels att fråga var om ett penninglån enligt ABL 12:7, dels att fråga var om ett icke räntebärande lån från ett fåmansföretag till dess ledare. Enär båda fallen regleras skattemässigt i 35 § 1a mom, kommunalskattelagen, i 6 respektive 4 st, skulle enligt Petréns mening båda spörsmålen vara föremål för regeringsrättens prövning i anledning av besvären.

Visserligen tog inte majoriteten uttryckligen ställning till utlåningsförbudets tillämplighet, men i slutsatsen, att "krediten" var att se som ett räntefritt lån, får väl ändå anses ligga, att majoriteten förutsatt att en lånetransaktion förelegat. Vad regeringsrätten undviker genom avvisandet är emellertid att ta ställning till huruvida det således lämnade lånet faller utanför det generella utlåningsförbudet på grund av att det eventuellt skall betecknas som en sedvanlig kredit. Det resonemang som förs av Petrén går i huvudsak ut på, att den kredit som beviljas A och B för förvärv av aktierna icke är ett penninglån i ABL:s mening, varför ej heller bestämmelsen i kommunalskattelagen är tillämplig. Vid bedömningen av frågan huruvida aktieöverlåtelsen innehåller moment av lån eller kredit anlägger Petrén följande betraktelsesätt: "Lös egendom byter ej sällan ägare genom att parterna ingår avtal med klausul om kreditköp. Sådant avtal kan ha följande innehåll. Köparen förvärvar av säljaren till ett överenskommet pris. Äganderätten till egendomen övergår å köparen vid en viss tidpunkt, ofta avtalstillfället då också köparen till säljaren erlägger en överenskommen handpenning i avräkning på köpeskillingen. Som säkerhet för den resterande delen av köpeskillingen som skall erläggas senast vid viss framtida

tidpunkt behåller säljaren egendomen. Denna överlämnas först när hela köpeskillingen guldits. Har köpeskillingen inte erlagts vid den avtalade fristens utgång, återgår äganderätten till egendomen till säljaren. Handpenningen kan då stundom återbetalas till köparen men vanligare är i det angivna fallet att den behålls av säljaren. Vanligen gäller avtalet förvärv av någon vara, men också aktier torde i och för sig kunna överlåtas genom kreditköpsavtal av angivet slag."

Frågan är emellertid om icke såväl majoriteten som minoriteten förbisett en avgörande civilrättslig princip. Antages, att såsom omständigheterna var i det förevarande fallet, att aktierna icke skall överlämnas till köparen förrän full likvid erlagts, och då i första hand i samband med tillträdet vid den avtalade tillträdesdagen (i det aktuella fallet skulle aktierna tillträdas i maj 1984), är det med begagnande av sedvanliga köprättsliga termer icke ens fråga om kredit såvitt gäller den resterande köpeskillingen: Enligt den köprättsliga grundsatsen om ett ömsesidigt utbyte av prestationer (Zug um Zum), och den detentionsrätt som kan härledas därur, borde transaktionen istället ha kvalificerats som ett kontantköp (med bortseende från handpenningen, som i regel får ses som säljarens säkerhet för att utfå ersättning för den skada som ett ej fullbordat köp kan orsaka) enligt vilket aktierna således betalas kontant på tillträdesdagen. Obligationsrättsligt må visserligen äganderätten anses ha övergått i samband med träffandet av aktieöverlåtelseavtalet, men eftersom aktierna icke ännu levererats, är det svårt att inse att transaktionen inbegriper ett moment av kredit. Betydelsen av det obligationsrättsliga äganderättsövergången är huvudsakligen, att köparen äger påfordra leverans av aktierna mot att köparen erlägger köpeskillingen härför. Frågan om transaktionen i det aktuella fallet skall betecknas som ett penninglån eller en sedvanlig kredit borde således besvaras med uttryckssättet "varken eller". Möjligen kan det förhållandet, att identitet förelåg mellan företrädarna för såväl köpare som säljare i det förevarande fallet leda till en annan bedömning.

Vid en bedömning av skattebestämmelsens tillämplighet, och härvid även utlåningsförbudets räckvidd, har skattedomstolarna att utgå ifrån hur utlåningsförbudet – och särskilt begreppet penninglån – skall tolkas bolags- och straffrättsligt, d v s hur de allmänna domstolarna skulle se på denna fråga. Huruvida majoriteten i nu aktuella förhandsbeskedsärende hade sistnämnda utgångspunkt är oklart; Petrén lämnar i sin skiljaktiga mening en vag antydan härom. Grosskopf (Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor, Malmö 1989, se även Posselius, Grosskopf, Gometz och Huldén, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, Stockholm 1990, s 39 f, observera s 27 f) synes hävda, att majoriteten anlagt ett skatterättsligt betraktelsesätt och tillämpat en skatterättslig genomsynsprincip, varför majoritetens slutsats skulle sakna betydelse utanför skatterätten. Nu finns det emellertid ingenting i majoritetens mening som tyder på detta, bortsett från den omständigheten, som Petrén mycket riktigt påpekar i sin skiljaktiga mening, att en allmän domstol vid åtal för brott mot utlåningsförbudet och med iaktttagande av legalitetsprincipen sannolikt skulle ha nått ett annat resultat. Den allmänna uppfattningen inom skatterättslig doktrin är att skatterätten vilar på civilrätten när de skatterättsliga konsekvenserna av civilrättsliga transaktioner skall bedömas (se bl a Bergström, Skatter och civilrätt, och Nerep, Sale and lease back av fast egendom,

Svensk Skattetidning s). Men helt oavsett hur det förhåller sig med den saken är just i detta fall den aktuella bestämmelsen i kommunalskattelagen så utformad, att någon avvikelse från civil- och straffrättens krav icke kan ske. Där stadgas nämligen att beskattning skall ske på visst sätt om "lån lämnats i strid mot bestämmelserna 12 kap 7§ ABL ". Skattedomstolarna har att tolka utlåningsförbudsbestämmelsen som om den hade varit föremål för tolkning i allmän domstol. Något utrymme för självständiga skatterättsliga bedömningsgrunder ges icke. Att sedan resultatet av tolkningen på de nu anförda grunderna förmodligen ändå avviker från det som en allmän domstol kan förutses komma till, är en helt annan fråga (i sin skiljaktiga mening antyder visserligen Petrén, att majoriteten kan ha tillämpat andra bevis- och tolkningsregler än vad en allmän domstol skulle ha gjort. Han anför bl a: "Det ligger nära till hands för skattedomstolarna att i sin rättstillämpning följa sina egna processuellla regler enligt vilka beviskraven sätts lägre än i straffprocessen. Man nödgas där ofta bygga på antaganden om en ofta svårfångad verklighet som ej skulle godtas som bevisning i straffprocessen. Vidare kan man tillåta sig en relativt extensiv lagtolkning, t ex så att begreppet penninglån vidgas att omfatta även andra kreditformer än rena lån."

Det må vara att skattedomstolarna följer sina processuella regler och ställer lägre beviskrav än i straffprocessen; detta saknar emellertid betydelse i det föreliggande fallet, som ju rör en tolkningsfråga inom ramen för ett förhandsbesked. Huruvida skattedomstolarna *de facto* tillåtit sig en extensiv lagtolkning är väl knappast rättsvetenskapligt klarlagt och kan inte utredas närmare här. Osäkert är i vart fall om denna tolkningsprincip tillämpas medvetet eller omedvetet, och huruvida den har accepterats inom skatterätten såsom grundläggande. Även om det antas att det sistnämnda gäller, är det enligt vad som framgått ovan inte klart att denna tolkningsprincip lagts till grund för bedömningen i det här aktuella fallet. Som redan fastslagits, ger inte majoritetens motivering skäl att antaga detta. I ett tidigare rättsfall, RÅ 1981 1:1, som också gällde ett förhandsbesked, var också fråga om en ren lagtolkning, nämligen om gäldenärsbyte skulle anses vara att se såsom lämnande av penninglån. (Beträffande de närmare omständigheterna, se ovan.) Allting tycks tyda på att majoriteten även i detta fall tolkat utlåningsförbudet i enlighet med vad den förutsett att en allmän domstol skulle ha gjort. Någon skatterättslig genomsyn, som bl a Grosskopf gör gällande, se Posselius, Grosskopf, m fl, Skyddet för aktiekapitalets egna kapital, s 40, synes ej ha varit aktuell. Det är möjligt att skattedomstolarna har en benägenhet, medvetet eller omedvetet, att tolka lagförbudet mera extensivt än i ett fall av allmänt åtal vid allmän domstol, särskilt med hänsyn till att fråga om förhandsbesked där ingen löper risken att hamna i fängelse. Benägenheten att föra ändamålsresonemang (teleologisk lagtolkning) är säkerligen också större. En sådan lagtolkning är emellertid inte helt utesluten ej ens i straffrättsliga sammanhang. Se ovan anförda arbete av Thornstedt, Legalitet och teleologisk metod i straffrätten, Festskrift tillägnad Nils Herlitz, s 319, Stockholm 1955. För övrigt torde, som bl a framgått ovan, gränsen mellan restriktiv och extensiv tolkning vara ytterst oklar. (Beträffande sistnämnda regeringsrättsfall, se även Petréns skiljaktiga mening, som leder till ett annat tolkningsresultat.)

Tolkningen av uttrycket "lämna penninglån" är problematisk i många hänseenden. Skall man med utgångspunkt från legalitetsgrundsatsen anlägga restriktivitet, får uttrycket icke sträckas längre än vad som framgår av dess normala betydelse. Enligt förarbetena till utlåningsförbudet är det, såsom nämnts, givet att normala varukrediter inte träffas av utlåningsförbudet[301]. Vidare omfattar inte enligt förarbetena uttrycket penninglån förskott på lön, som med samma självklarhet anses falla utanför utlåningsförbudet. Såsom förskott på *lön* skall bl a *à conto-uttag* anses vara, t ex när en huvudaktieägare i ett bolag för egen räkning gör sådana uttag och dessa bokförs på privatkonto eller propriekonto. Det förutsättes emellertid att sådana löneutbetalningar slutregleras vid räkenskapsårets utgång. (Vidare får förmodligen förutsättas, att avdrag sker för skatt, att sociala avgifter, m m erläggs, etc) Det har till och med befunnits, att en transaktion som bokförts som lån i ett aktiebolag utgjort förskott på lön, när låntagaren vid bokslutstillfället hade en lönefordran överstigande lånebeloppet[302].

[301] Se proposition 1973:93, s 133: "enligt *första stycket* avser reglerna penninglån. Normala varukrediter träffas alltså inte av förbudet." Märk i detta sammanhang ordet alltså, som antyder självklarhet.

[302] Se RH 1987:89. Jfr vad Lindskog, Kommentar, s 135, fotnot 33 härvid uttalar om logiken i synsättet. Se beträffande gränsdragningen mellan förbjudna lån och lön även PM angående gränsdragningen mellan förbjudna lån och lön, upprättad av Riksskatteverket (företagsbeskattning, rättsliga avdelningen, Thomas Lindberg), Dnr 3126-94/900. I skatterättsligt hänseende stadgar kommunalskattelagen 32 § anvisningarna p 15 (den s k skatterättsliga stoppregeln, kommunalskattelagen 35 § 1a mom, som tillämpades första gången vid 1977 års taxering) följande: "Har penninglån lämnats i strid mot bestämmelserna i 12 kap 7 § aktiebolagslagen (1975:1385) eller 11 § lagen (1967:531) om tryggande av pensionsutfästelse m m, skall lånebeloppet beskattas hos låntagaren som intäkt av tjänst, såvida inte synnerliga skäl föreligger mot detta." (Det kan härvid antecknas, att stadgandet till synes endast omfattar lån givna till fysisk person, eftersom lån skall upptas som intäkt av tjänst, men inte som intäkt av näringsverksamhet.) Den skatterättsliga tillämpningen förutsätter att förbjudet lån föreligger enligt aktiebolagslagen. I tillägg till det ovan sagda kan följande ur promemorian noteras. Sker inte en slutreglering vid räkenskapsårets utgång, kan i princip förskottsuttag m m behandlas som lån redan från utbetalningstillfället. Generellt sett gäller, att varje uttag är att bedöma med utgångspunkt från omständigheterna i det enskilda fallet. Å andra sidan kan sägas, att det föreligger en presumption såväl civil- som skatterättsligt för att à conto-uttag utgör lön. Även om uttag icke avräkningsförts, talar mycket för att löneuttag är för handen. Vid en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet framhävs i promemorian följande faktorer av betydelse: Hur har uttagen redovisats i bolaget, har uttag skett kontinuerligt, har liknande uttag skett tidigare år och hur har det bedömts, vilka avsikter uppgav den skattskyldige beträffande uttaget, har preliminär skatt erlagts, hur stort är uttaget, har återbetalning skett, m m. I promemorian understryks, att uppräkningen av faktorer av betydelse icke är uttömmande eller rangordnad. I övrigt tilläggs i promemorian följande: "Uppger skattskyldig att han lånat ifrågavarande belopp från företaget och talar inga omständig-

Slutligen anges i förarbetena, att bolagets fordran på bank på grund av att medel insatts på *bankräkning* icke skall betecknas som penninglån. Till utbetalningar som faller utanför begreppet "lämna penninglån" torde även höra förskott på utdelning, förutsatt att denna slutregleras senast i samband med ordinarie bolagsstämma. Förskottet får givetvis inte vara så stort eller lämnas vid en sådan tidpunkt att utbetalningen kommer i strid med utbetalningsförbudet. Men ej heller i övrigt torde det vara möjligt att inom ramen för undantaget utbetala stora förskott på lön eller utbetalning, som inte ligger inom det för löneutbetalning och utdelning möjliga området. Också om utbetalningen icke inkräktar på utbetalningsförbudet, finns således skäl att antaga att onormalt stora förskottsuttag skall ses som lån. Svårigheten ligger givetvis i att fastställa vad som är normalt. Här får olika omständigheter vägas in, bl a tidigare förskottsuttag, bolagets ekonomiska situation och intäktsmöjligheter, huruvida uttaget avser en lön för en eller flera månader, etc. Även här bör säkerhetsmarginalen vara stor, varför måhända endast *exceptionella förskottsuttag* skall kunna ses som lämnande av penninglån. I de övriga fallen får en prövning istället ske i enlighet med utbetalningsförbudet.

Uttrycket "lämna penninglån" får emellertid icke tolkas så snävt, att häri innefattas endast det fall där långivaren genom en positiv handling överför ett penningbelopp till låntagaren. Såsom redan ovan anförts, torde t ex ett gäldenärsbyte också kunna anses som lämnande av penninglån, t ex i det fallet där en person inom den förbjudna kretsen övertar en skuld som en person utanför den förbjudna kretsen har till ett aktiebolag. Gäldenärsbytet förutsätter samtycke från borgenären, vilket samtycke torde vara tillräckligt för att uppfylla kravet på aktivitet från bolagets sida. Det är också uppenbart att om ett aktiebolag istället för att utbetala

heter i övrigt härför, bör det kunna ställas krav på att han visar att det varit fråga om ett lån redan vid uttagstillfället, d v s att en återbetalningsskyldighet/avsikt förelegat. En återbetalning bör inte ensam utgöra tillräcklig grund för att hänföra ett uttag till lån. Redovisas uttag som lånefordran i företagets räkenskaper, bör uttaget normalt få anses utgöra ett lån. Har skattskyldig en lönefordran på företaget, kan uttag som bokförts som lån emellertid vara att betrakta som förskott på lön till motsvarande belopp". Härvid hänvisas till hovrättsfallet RH 1987:89 och NJA 1986 s 56. I promemorian sammanfattas också översiktligt skatterättslig praxis på området. Såvitt gäller regeringsrättspraxis hänvisas härvid till följande rättsfall: RÅ 1969 Fi 120, RÅ 1971 Fi 589, RÅ 1972 Fi 1035, Tax 1966, RÅ 1977 1:45, RÅ 180 Aa 134, RÅ 1981 1:1, RÅ 1984 1:90 och RÅ 1988 not 342.

lånebeloppet till en person inom den förbjudna kretsen, betalar denna persons köpeskilling i en privat transaktion direkt till säljaren eller motsvarande, bolaget därigenom måste anses ha lämnat ett penninglån. Detsamma gäller givetvis om aktiebolaget istället åtar sig att betala en skuld som en person inom den förbjudna kretsen har på grund av avtalsförhållande eller annat med tredje eller att bolaget övertar ett lån. I varje sådan situation kommer resultatet att bli, att personen inom den förbjudna kretsen står i ett låneförhållande till aktiebolaget, om inte det förutsatts att reglering skall ske omedelbart eller att fråga är om en ren benefik transaktion. *In dubio* får emellertid ett aktiebolags övertagande av förpliktelser från personer inom den förbjudna kretsen anses leda till att ett penninglån lämnats. (Jfr nedan om säkerheter, m m.)

Strängt taget bör även krediter som lämnats i samband med köp eller beställningar innefattas i uttrycket "lämna penninglån", även om detta icke tycks ha förutsatts i förarbetena. Innebörden av en kredit, oavsett i vilket samband den förekommer, är mot bakgrund av vad som ovan sagts om penninglån, att ett låneförhållande etablerats. Krediten förutsätter också långivarens aktiva medverkan (som bekant är varje köp ett kontantköp, om ingenting annat avtalats). När nu enligt förarbetena "normala varukrediter" skall undantas från förbudet, får detta ses som ett uttryck för lagstiftarens allmänna önskan att undanta affärsmässigt betingade lån och krediter från förbudet. (Se undantaget beträffande affärsmässiga lån nedan.) Låneförbudet skall inte hindra näringsidkare att bedriva sin verksamhet. Undantaget för normala varukrediter, som för övrigt även får anses gälla krediter i andra transaktioner än vid köp av varor, skall emellertid inte göra det möjligt att kringgå utlåningsförbudet, t ex genom att en person inom den förbjudna kretsen förvärvar tillgångar på kredit och sedan vidareförsäljer tillgångarna kontant eller belånar tillgångarna och därigenom skaffar sig disponibla medel, om det i första ledet inte är fråga om normala varukrediter. I enlighet med vad som ovan har sagts får bedömningen av vad som är normalt grundas på kredittidens längd, avkastningsränta, och andra kreditvillkor.

Mot det nu sagda kan emellertid följande anföras. Uttalandet i förarbetena, att normala varukrediter begreppsmässigt inte är att anse såsom lämnande av penninglån, skall läsas mot bakgrund av det undantag som stipulerats för kommersiella eller affärsmässigt betingade lån. Hade nor-

mala varukrediter i och för sig enligt lagstiftarens mening inbegripits i uttrycket lämnande av penninglån, men på grund av uttalandet i förarbetena undantagits från utlåningsförbudet, borde rimligen detta undantag ha sammanförts med det i bestämmelsen explicita undantaget beträffande kommersiella lån. Eftersom detta icke har skett, och av förarbetena även i övrigt i samband med diskussionen om normala varukrediter framgår, att varukrediter begreppsmässigt inte är att anse såsom lån, måste antas att sådana krediter faller helt utanför begreppet "lämna penninglån". Härtill kommer, att vid motiveringen i förarbetena till undantaget om kommersiella lån, diskussionen endast förs kring penninglån i inskränkt mening, men inte av varukrediter. (Se närmare härom nedan.)

Slutsatsen bör därför bli, att normala *varukrediter begreppsmässigt faller utanför* utlåningsförbudets ram, och utgör således inte lämnande av penninglån. Detsamma bör gälla varukrediter överhuvudtaget, eller krediter i samband köp eller förvärv av annat än varor. Endast i de exceptionella fallen, där det är uppenbart att fråga är om ett lån och inte en kredit, vid s k maskerade lån, skulle utlåningsförbudet kunna tillämpas[303]. Utrymmet för affärsmässiga krediter vid köp, beställningar, etc bör således vara stort. Huruvida lån maskerats eller icke genom förskottsuttag eller krediter är därmed huvudsakligen en bevisfråga, där de allmänna straffrättsliga kraven på bevisning måste uppfyllas.

Mot bakgrund av det ovan anförda kan hävdas, att regeringsrättens majoritet i förhandsbeskedsärendet *RÅ 1984 1:90* kommit till ett oväntat resultat, när den fastslår att den eventuella "kredit" som beviljas i ett aktieöverlåtelseavtal – om kredit över huvud (se ovan) – skall betecknas som ett "lån". Utlåningsförbudet torde inte var tillämpligt i det fall där aktieägarna A och B i aktiebolaget X AB förvärvar detta bolags aktier i aktiebolaget Y AB på villkor, att köpeskillingen med undantag av en handpenning skall erläggas först i samband med tillträdet en tid efter förvärvsåret. Transaktionen synes inte vara onormal eller exceptionell; tvärtom tycks det vara vanligt i samband med aktieförvärv att betalningen av köpeskillingen på sätt som skett i fallet (med undantag av en handpenning) skjuts upp tills dess att aktierna tillträtts. Det synes också vara fullt

[303] Jfr Lindskog, Kommentar, s 135, som kommer till samma slutsats. Se även Andrenæs, 21.2 och Gomard, s 284.

normalt att den eventuella kredit som härigenom beviljas – i den mån man över huvud kan tala om kredit, eftersom betalningen skall ske vid tillträdet, d v s enär fråga är om ett samtidigt utbyte av prestationer – icke löper med ränta på annat sätt än att krediten och kredittidens längd kan påverka den slutliga köpeskillingens storlek. Att beteckna den i nämnda fall givna krediten som ett maskerat lån är ej heller möjligt. Eftersom krediter av den angivna typen begreppsmässigt inte faller under utlåningsförbudet och därför inte alltid kan anses vara ett lämnande av lån, synes regeringsrättens majoritet närmast ha gjort sig skyldig till en rättsanalogi[304].

[304] Dissidenten Petréns ståndpunkt, som är ytterst välmotiverad, synes därför vara bättre grundad. När det i båda styckena talas om att lämna lån, avses därmed en bestämd form av kreditgivning. Kredit kan emellertid lämnas också i andra former, t ex genom betalningsanstånd i samband med köp. Det går således icke att, såsom riksskatteverket synes mena i överklagandet av beslutet, sätta likhetstecken mellan beviljande av en kredit och lämnande av ett lån. Lån är en form av kredit, men det finns också andra. Olikheten mellan lån och kreditköp framstår för övrigt tydligt just vad beträffar den faktor som är aktuell i fjärde stycket, nämligen uttagande av ränta. Ränta utgår normalt vid kommersiellt betingade lån men däremot i princip inte vid köpkrediter, där kreditfinansieringen sker på annat sätt än genom debitering av en formell ränta. En extendering av lånebegreppet i just detta stycket till att omfatta också kreditköpen innebär således att ränta fingeras i ett rättsligt sammanhang där ränta normalt ej förekommer. Utvidgningen framstår således ävensom sakligt ogrundad.

Skarpa invändningar måste resas mot en extendering av lagens tillämpningsområde utöver vad lagen ordagrant anger, då det gäller regler som för skatterättens del stadgar avvikelser i fråga om förfaranden som är civilrättsligt godtagna. Det är således helt i överensstämmelse med i Sverige gällande civilrättsliga regler att lämna räntefria lån. Att så sker torde de flesta människor uppleva som fullt naturligt i en rad situationer. Om man nu beträffande vissa slag av räntefria lån vill konstruera en skatterättslig fiktion om att räntan i själva verket uppburits och därpå efterskänkts till förmån för låntagaren, kan bestämmelserna härom inte ges vidare tolkning än vad de efter sin ordalydelse anger. Ett motsatt förfarande med extensiva tolkningar av sådana regler skulle medverka till att skapa osäkerhet i rättslivet. (RÅ 1984 1:90, s 270 – 271).

I rättspraxis på hovrättsnivå synes domstolarna utgå ifrån att sådant gäldenärsbyte täcks av utlåningsförbudet. Se t ex Svea hovrätts dom, 11:DT 21, T 1104/89, av den 18 maj 1990 som gällde medverkan till överträdelse av utlåningsförbudet enligt ABL. Följande omständigheter var föremål för bedömning i fallet. Notarius AB bildar i sin verksamhet s k lagerbolag, som vanligen har ett aktiekapital på 50.000 kronor. Aktiekapitalet insätts på bankräkning i lagerbolagets namn och tas därefter omedelbart ut igen, varpå beloppet hos lagerbolaget bokförs som en fordran på Notarius AB. Och hos detta bolag som en skuld till lagerbolaget. När Notarius AB sedan säljer aktierna i lagerbolaget, övertar köparen den skuld, motsvarande det aktiekapital, som Notarius har till lagerbolaget. Såväl Notarius, genom att utta aktiekapitalet från bankräkningen, som den nya ägaren av lagerbolaget handlar i strid med det generella utlåningsförbudets huvudregel. Notarius lån undantas emellertid i enlighet med koncernundantaget. Något sådant undantag medges dock icke den skuldövertagande gäldenären.

I den ovan angivna hovrättsdomen gällande överträdelse av utlåningsförbudet på grund av gäldenärsbyte (en fysisk person inom den förbjudna kretsen – aktieägare – övertog en skuld som en juridisk person utanför den förbjudna kretsen hade till ett aktie-

Enär det generella utlåningsförbudet endast reglerar "penninglån" skulle det kunna göras gällande att ett aktiebolags utlåning av annat än pengar, d v s försträckning i vid mening, t ex av fungibla tillgångar, faller utanför förbudet. Det kan t ex föreställas en ledamot av styrelsen, som kontinuerligt lånar olja av det aktiebolag, vari han är ledamot, för uppvärmningsbehov i ett antal av honom privat eller genom andra aktiebolag ägda fastigheter. Såsom ett allmänt undantag från utlåningsförbudet gäller sedvanliga varukrediter. Utlåningen av olja får bedömas mot bakgrund av gränsdragningen mellan detta undantag och utlåningsförbudet. Sker utlåningen t ex mot villkor att styrelseledamoten först ett antal år efter utlåningstillfället har att återställa delar av eller hela den mängden olja som utlånats, torde frågan helt enkelt vara om en exceptionell form av varukredit och sålunda även ett s k maskerat lån. I själva verket lånar inte aktiebolaget ut oljan, utan säljer denna på kredit; att sedan styrelseledamoten medges rätt att återbetala "lånet" med motsvarande mängd olja (eventuellt med tillägg för ytterligare olja motsvarande ränta för "lånet") – och av princip samma kvalité – synes vara motiverat främst med hänsyn till kringgående av utlåningsförbudet, och endast i undantagsfall i anledning av att försöka terminssäkra en framtida betalning.

Helt säkert är dock inte att utlåningsförbudet överträds genom den beskrivna transaktionen; i bedömningen bör också ingå andra omständigheter, såsom t ex det utlånande bolagets verksamhet (det kanske är ett oljebolag), vad som är sedvanligt för den här typen av transaktioner, låntagarens verksamhet m m. Det uppenbara fallet av överträdelse synes vara det där ett aktiebolag, som normalt inte handlar med olja, förvärvar en

bolag) uppkom fråga om Notarius AB, genom de rutiner som utvecklats för lagerbolags bildande och överlåtelse medverkat till överträdelse av utlåningsförbudet. Tingsrätten fann att Notarius visserligen medverkat till överträdelsen, men att detta inte skett uppsåtligen eller av grov oaktsamhet (Notarius saknade anledning att misstänka den fysiska personen inte skulle komma att betala skulden till lagerbolaget). Hovrätten var av annan mening. Genom att inte vid avtalsslutet (avseende överlåtelse av aktierna i lagerbolaget) försäkra sig om att ett belopp motsvarande aktiekapitalet inbetalats på lagerbolagets bankräkning eller att egendom till samma värde tillförts bolaget, och genom att inte heller närmare undersöka den fysiske personens förmåga och vilja att betala den övertagna skulden, hade enligt hovrättens bedömning Notarius förfarit oaktsamt. Oaktsamheten var dessutom att beteckna som grov med hänsyn till att den person som förvärvat aktierna nyligen hade blivit myndig. Detta förhållande var uppenbarligen känt för Notarius, även om kunskapen härom icke uttryckligen anges som en förutsättning för att grov oaktsamhet förelegat. På grund härav befanns Notarius också vara skadeståndsskyldig gentemot lagerbolagets konkursbo. Beträffande denna fråga, se vidare nedan.

stor mängd olja för "utlåning" till någon inom den förbjudna kretsen, vilken olja sedan omedelbart vidareförsäljs av denne person och "lånet" är att beteckna som långsiktigt. Mellan de nu nämnda ytterligheterna finns en rad svårbedömda situationer som givetvis får bero på omständigheterna i det enskilda fallet. Någon närmare anvisning om hur dessa fall är att bedöma kan inte ges här; det kan förutses att tillämpningssvårigheterna är avsevärda. Utlåning av annat än pengar bör emellertid i princip betecknas som förbjuden enligt det generella utlåningsförbudet om det som utlånas erfarenhetsmässigt utan större svårigheter och utan tidsutdräkt kan omvandlas i pengar, d v s i sådana fall där fungibel egendom eller bulkvaror har en stabil marknad.

Från penninglån och krediter får man säkerligen skilja *emissioner och kapitaltillskott*. De aktiebolag som deltar i en emission av aktier, riktade eller icke, kan följaktligen inte sägas lämna penninglån i utlåningsförbudens mening. Detsamma gäller andra former av tillskott, beträffande vilka det är uteslutet att de kvalificerar som lån i aktiebolagsrättslig mening. En speciell situation uppkommer, när ett aktiebolag säljer aktierna i ett dotterbolag till ett externt aktiebolag (i det fall detta bolag är koncernbolag, undantas i vart fall varje lån på grund av koncernlåneundantaget, varför prövning istället får ske om det särskilda utlåningsförbudet är tillämpligt) och det förvärvande aktiebolaget emitterar aktier i en riktad nyemission till säljarbolaget. Här kan man föreställa sig att förvärvarbolaget inledningsvis erhåller kredit (som, om den knyts till sedvanliga villkor, faller utanför lånebegreppet), samt att säljarbolaget sedan tecknar sig för aktier i förvärvarbolaget i samband med den riktade nyemissionen och att betalningen för aktierna sedan kvittas mot fordringen på grund av aktieöverlåtelsen (varvid är att märka, att kvittningsförbudet i ABL 2:10 enligt ABL 4:11 icke gäller, om bestämmelse om kvittning upptagits i beslutet om nyemission). Det särskilda utlåningsförbudets tillämplighet skall diskuteras vidare nedan. I detta sammanhang skall emellertid noteras, att detta förbud i och för sig är tillämpligt om förvärvarbolaget lånar av säljarbolaget i syfte att förvärva de ifrågavarande aktierna. Det särskilda utlåningsförbudet träffar nämligen varje penninglån som lämnas av aktiebolag i syfte att låntagaren eller honom närstående fysisk eller juridisk person skall förvärva aktier i det långivande bolaget eller *annat bolag i samma koncern*. Förbudet i denna del

synes synnerligen illa genomtänkt[305]. Något penninglån synes emellertid icke vara för handen om den kredit som lämnas är sedvanlig eller emission sker av aktier i förvärvarbolaget. Skulle emellertid emissionen gälla skuldebrev, obligationer e dyl, konvertibler eller med optionsrätt, m m, föreligger noga taget ett lån från säljarbolagets sida, som skall bokföras som motsvarande fordran och skuld i respektive bolag, varför endast kvarstår frågan huruvida lånet lämnats *i syfte att* förvärva de ifrågavarande aktierna. (Mera härom nedan.)

Som ytterligare ett allmänt undantag från såväl det generella som det särskilda utlåningsförbudet gäller enligt 12 kap 7 §, sjunde stycket, att som aktieinnehav eller aktieförvärv enligt förbuden inte skall räknas innehav eller förvärv av *andelar i en aktiefond*, i en aktiesparfond eller kapitalsparfond som inte är företagsanknuten. Detta undantag tillkom på initiativ av Industriförbundet 1982[306]. Innebörden av undantaget är, att innehavare av andelar i en icke företagsanknuten aktiefond, aktiesparfond eller kapitalsparfond icke utgör aktieägare i utlåningsförbudens mening. Ej heller i övrigt skall innehav i sådana fonder beaktas vid tillämpningen av utlåningsförbuden eller undantagen därifrån. Ett förvärv av andelar i fonderna ifråga skall ej heller betraktas som sådant förvärv som avses i det särskilda förbudet mot lån som syftar till aktieförvärv[307].

En närmare reglering av aktiefonder gavs tidigare i aktiefondslagen (1974:931) , numera i lag (1990:1114) om värdepappersfonder. Med värdepappersfond menas enligt denna lag en fond bestående av fondpapper och andra finansiella instrument, vilken bildats genom kapitaltillskott från allmänheten och ägs av den, skjuter till kapital (1§).

[305] Jfr Lindskog, Kommentar, s 143.
[306] Bestämmelsen trädde i kraft den 1 juli 1982. Beträffande förarbeten se proposition 1981/82:95.
[307] Detta undantag utsträcktes till att omfatta även kapitalsparfonder vid en ändring 1987, se lag 1987:1246.

5.2.4 De för det generella utlåningsförbudet specifika undantagen, allmänt

Utöver de ovan nämnda allmänna undantagen från låneförbuden gäller för det *generella* utlåningsförbudet vissa i 12 kap 7 § särskilt stadgade undantag enligt följande:

1. Lån till kommun eller landstingskommun.
2. Lån till företag i den koncern i vilken det långivande bolaget ingår.
3. Lån till person inom den förbjudna kretsen som driver rörelse, och lånet betingas av affärsmässiga skäl samt är avsett uteslutande för gäldenärens rörelse.
4. Lån till aktieägare med liten ägarandel.

5.2.4.1 Kommunala lån

Undantaget för lån till kommun eller landstingskommun existerade icke när utlåningsförbudet infördes 1973 utan tillkom i och med den nya aktiebolagslagens införande 1975[308]. Undantaget motverkades bl a av kommunens behov av att stärka likviditeten genom lån från kommunägda bolag. Någon beaktansvärd risk för skatteflykt förelåg heller icke. De tidigare gällande undantagen beträffande koncernlån eller kommersiella lån ansågs inte vara tillämpliga beträffande kommuners lån av kommunägda bolag. Något koncernförhållande föreligger inte mellan kommunerna och dess bolag, och lånet betingas inte alltid av affärsmässiga skäl, ej heller driver kommuner i allmänhet rörelse. Undantaget begränsas till kommuner och landstingskommuner och gäller således ej statliga myndigheter eller affärsdrivande verk, som inte omorganiserats till aktiebolag. Däremot kan de affärsdrivande verken i egenskap av t ex aktieägare dra nytta av det nedan redovisade undantaget beträffande kommersiella lån, i den mån lånet ges av affärsmässiga skäl och det affärsdrivande verket driver rörelse, vilket så gott som definitionsmässigt är fallet.

[308] Se proposition 1975:103, s 494.

5.2.4.2 Koncernlån

Från det generella utlåningsförbudet undantas vidare lån till koncernbolag, s k koncernlån. Sker emellertid lånet i syfte att låntagaren skall förvärva aktier i det långivande bolaget, träffas lånetransaktionen istället av det särskilda utlåningsförbudet. Det problematiska är här att avgöra huruvida ett lån har givits i detta bestämda syfte, t ex när ett moderbolag först förvärvar aktier i ett dotterbolag, för att vid ett senare tillfälle uppta ett lån av dotterbolaget för slutreglering av det låneavtal som finansierade aktieförvärvet. Mera härom nedan. Innebörden av begreppet koncern har delvis redovisats ovan. Utgångspunkten är definitionen i ABL 1 kap 2 §. Om ett aktiebolag äger så många aktier i ett annat aktiebolag, att det har mer än hälften av rösterna av aktierna för samtliga aktier, så är fråga om moder- och dotterbolag i en koncern. Dotterföretaget kan även vara en annan typ av juridisk person än aktiebolag. Istället för att äga mer än hälften av rösterna kan moderbolaget också – för att utgöra moderbolag i lagens mening – bilda ett koncernförhållande med dotterföretaget genom att ha ett bestämmande inflytande över dotterföretaget *och* en betydande andel i resultatet av dess verksamhet. Detta inflytande genom röstandelar och på annat sätt kan också vara indirekt genom andra företag[309]. Undantaget för koncernlån gäller således *alla lån från ett koncernbolag till ett annat koncernbolag*, förutsatt att moderbolaget i koncernen är ett svenskt aktiebolag. Den sistnämnda förutsättningen medför bl a, att ett svenskt dotterbolags lån till ett utländskt moderbolag icke medges undantag från stadgandet. Ett lån från det utländska moderbolaget till svensk dotterbolaget faller emellertid överhuvudtaget icke in under det gene-

[309] Se mer härom Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15 uppl. s 271 ff.
Nial gör här gällande, att bestämmande inflytande utan röstmajoritet kan föreligga i fall då aktierna eller andelarna i den juridiska personen är spridda på så många händer, att bolagets innehav räcker till s k praktisk majoritet. Jfr även propositionen om stiftelsen, 1993/94:9, s 111. Med praktisk majoritet åsyftar Nial sådana fall där "övriga aktieägare i så ringa utsträckning brukar delta i bolagsstämmorna att en minoritetspost, kanske även en begränsad sådan, ger majoritet på stämmorna" och att "förhållandena måste vara sådana att minoritetsposten i samma eller åtminstone praktiskt taget samma grad som majoritetsinnehav ger säkerhet för dominans på bolagsstämmorna". I vissa fall kan enligt Nial presumeras, att bestämmande inflytande i lagens mening föreligger, nämligen när en "enhetlig ledning faktiskt etablerats på grundval av en minoritititetspost". Se Nial, Till begreppet moder- och dotterbolag, Tidskrift för Juridiska föreningen i Finland 1973, s 225–237.

rella utlåningsförbudet, enär det utlånande bolaget icke är ett svenskt aktiebolag. Skulle däremot det svensk dotterbolaget vilja låna ut till det utländska moderbolagets aktieägare, oberoende av om dessa är fysiska eller juridiska personer, eller det utländska moderbolagets ledning m fl, är det generella utlåningsförbudet inte heller tillämpligt, p g a att utlåningen icke äger rum till aktieägarna eller ledningen i det utlånande bolaget eller i annat bolag i samma *koncern*. Återigen sätter det svenska koncernbegreppet hinder för huvudregelns och undantagets tillämplighet. Vad nu sagts om lån till det utländska moderbolagets aktieägare och ledning förutsätter dock att dessa icke på annat ingår sätt i den förbjudna kretsen p g a släktskap eller p g a att de utgör en juridisk person över vilken närstående har bestämmande inflytande[310].

Koncernen skall betraktas som en enhet. Enligt förarbetena är inte fråga om annat än att bidrag lämnas från en rörelsegren till en annan inom ett och samma aktiebolag. Sett från borgenärernas synpunkt utgör ett koncernlån enligt förarbetena inte en lika riskfylld transaktion som lån i övrigt till företagsledning eller aktieägare[311]. Av undantagets ordalydelse

[310] Se även det i propositionen i aktiebolagslagen 1975:103, del B, s 493-94, nämnda exemplet om lån från kreditaktiebolag till aktieägare i den bank som äger kreditaktiebolaget i fråga. Utgångspunkten är stadgandet i lagtexten, att aktiebolag inte får lämna penninglån till den som äger aktier i annat bolag i samma koncern. Frågan blir då om banken och kreditaktiebolaget ingår i samma koncern. Så anses inte vara fallet. Förutsättning härför är nämligen återigen att moderbolaget är ett sådant bolag som omfattas av aktiebolagslagen. Brister denna förutsättning, är icke fråga om en koncern i aktiebolagets mening. Eftersom bankaktiebolag icke regleras av aktiebolagslagen, utan om lagen om bankrörelse, ingår alltså banken och kreditaktiebolaget inte i samma koncern i den mening detta begrepp används i låneförbudsregeln.

[311] Se propositionen 1973:93, s 92. Detta synsätt motiveras i förarbetena av att det aktiebolags fordran som uppkommer genom lånet till annat koncernbolag alltid kan tas i anspråk för den händelse det utlånande bolaget skulle bli försatt i konkurs eller eljest icke kunna infria sina förpliktelser. Se propositionen 1973:93, s 92 f. Synsättet är en smula förbryllande. På vilket sätt denna situation skulle skilja sig från situationen i fall av icke undantagna lån framgår icke. Varje lån, oavsett om det ges till koncernbolag, företagsledning, aktieägare eller annan, ger upphov till en fordran, som, ifall det utlånande bolaget icke infriar sina förpliktelser, kan tas i anspråk. Problemet är ju, och detta problem föreligger oavsett om låntagaren är koncernbolag eller annan, att låntagarens ekonomi är avhängig av långivarens, varför fordringens värde tenderar att reduceras i takt med att långivarens ekonomi försämras. Till denna fråga återkommer framställningen nedan. Undantagets *ratio legis* synes istället vara att hänföra till, förutom att det är rationellt i koncernförhållanden, grunderna för de regler och den praxis som gäller beträffande koncernbidrag samt att lån mellan koncernbolag från skatterättsliga utgångspunkter är mindre betänkliga än lån i övrigt enligt låneförbudet. Se även kommentaren till aktiebolagslagen, Kedner/Roos, s 225 f. Grundläggande för koncernlåneundantaget synes det resonemanget vara att, eftersom koncernbidrag är skatterättsligt reglerade och mindre betänkliga, även

framgår vidare, att koncernförhållande måste föreligga i själva låneögonblicket för att undantaget skall vara tillämpligt. Gäldenären skall vara ett företag i koncernen. Gränsdragningsfrågor kan uppkomma i det fall låntagaren är på väg in i ett koncernförhållande med långivaren i anledning av ett visst aktieförvärv. Förhåller sig saken till yttermera visso så, att aktieöverlåtelseavtalet träffas eller undertecknas vid en viss tidpunkt och aktierna tillträds först vid en senare tidpunkt, är frågan när koncernförhållande uppkommit (här bortses tills vidare från det fall där lånet givits i syfte att förvärva aktier i det långivande bolaget, varvid istället det särskilda utlåningsförbudet är tillämpligt, se nedan) svårbedömd. Enligt Grosskopf uppkommer koncernförhållande så snart aktierna tillträtts, varför undantaget för koncernlån skulle vara tillämpligt från och med dagen för tillträdet. Frågan om vilken tidpunkt som skall vara avgörande är emellertid inte klarlagd[312].

Obligationsrättsligt synes i regel förvärvaren enligt avtalet bli ägare till aktierna redan genom att avtal träffats härom. I det fall där aktierna enligt avtalet skall tillträdas vid ett senare tillfälle, sammanhänger förfaringssättet alltsomoftast med det förhållandet, att hela eller delar av köpeskillingen skall erläggas i samband med tillträdet. Att aktierna inte levereras förrän vid betalning av köpeskillingen innebär givetvis en säkerhet för överlåtaren. (Leveransen och tillträdet av aktierna motsvaras i fall av avstämningsbolag av registreringen i avstämningsregistret.)

Sakrättslig äganderätt kan något förenklat uttryckt sägas uppkomma i och med att aktierna traderas till förvärvaren eller, i det fall aktierna förvaras av tredje man, när denne denuntierats om överlåtelsen. I vissa fall, numera allt oftare p g a VPC-förfarandet, skall istället registrering ske. Vilken betydelse som skall tillmätas tillträdet i detta perspektiv, får delvis bero på huruvida med tillträde avses avtalat eller faktiskt tillträde. I det

lån bör skattemässigt godtas. Tillämpningsområdet för koncernbidragsreglerna i skatterätten är emellertid avsevärt mycket mer begränsat än området för koncernlåneundantaget. Undantaget kan således inte motiveras enkom med hänvisning till koncernbidragsreglerna. Istället får motivet till undantaget sökas i allmänna skatterättsliga överväganden, här bland annat risken för skatteflykttransaktioner kan tänkas vara betydligt mindre vid koncernlån än i fråga om andra förbjudna lån. Tungt vägande är också det affärsmässiga intresset av att undanta koncernlån, vilket intresse inte gör sig gällande på samma sätt ifråga om lån till övriga inom den förbjudna kretsen. Jämför även undantaget beträffande kommersiella lån.

[312] Se Grosskopf, Vinstbolag, s 33.

senare fallet kan tillträdet ofta sägas motsvara tradition. (Såvitt kan förstås, avser Grosskopf med tillträde just det senare fallet.) Aktieöverlåtarens skyldighet att leverera aktierna på grund av överlåtelseavtalet är villkorat av att betalning sker. (Jfr härvid den i köprätten gällande detentionsrätten.)

Legitimerad gentemot aktiebolaget i den meningen att aktieägaren äger utöva sina rättigheter i bolaget blir emellertid aktieägaren enligt huvudprincipen inte förrän han införts såsom aktieägare i aktieboken, se ABL 3:14, 1 st. Oavsett således, att såväl obligationsrättsligt som sakrättsligt äganderätten till aktierna övergår till förvärvaren vid en tidigare tidpunkt, kan förvärvaren gentemot bolaget inte göra gällande rättigheter på grund av denna äganderätt[313].

Vägledning för frågan om vilken tidpunkt som skall vara avgörande för koncernförhållandets uppkomst saknas såväl i förarbetena som i doktrin och praxis (med undantag av Grosskopf, som emellertid inte lämnar närmare anvisningar om hur han nått sitt resultat). Utgår man ifrån det för *koncernförhållanden specifika*, nämligen det inflytande som ett företag på grund av röstandel eller annat har över ett annat företag, synes den avgörande tidpunkten böra bli den dagen då aktieförvärvaren är legitimerad gentemot det bolag i vilka aktier förvärvats; här avses främst legitimerad i rösträttshänseende, varvid dagen för införandet i aktieboken blir bestämmande. För att aktieförvärvaren skall kunna utöva sitt inflytande i bolaget förutsätts således att avtal om förvärv träffats, tillträde skett och aktieägarens förvärv införts i aktieboken, vilket i och för sig kan ske simultant. Strikt efter ordalydelsen i ABL 1:2 föreligger emellertid koncernförhållande i första hand redan i och med att ett aktiebolag *"äger"* så många aktier eller andelar i ett annat företag, så att denna äganderätt grundar en kontrollerande röstandel. Avgörande är äganderätten i och för sig och inte den kontroll som kan utövas genom att förvärvet noterats i aktiebok. Även de skatterättsliga koncernbidragsreglerna synes utgå ifrån äganderätten i och för sig och inte legitimationen. Skatterättens äganderättsbegrepp ansluter i princip till det civilrättsliga. Huruvida aktieförvärvaren faktiskt kan utöva ett inflytande över bolaget i fråga borde

[313] Se härom bl a Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15 upp, s 140. Se även beträffande undantag från huvudregeln *ibidem*. Aktieägaren kan lyfta utdelning men inte deltaga i bolagets förvaltning, framförallt inte rösta på bolagsstämma.

härvidlag sakna betydelse. Tillträdet har endast betydelse i den mån det sammanfaller med det sakrättsliga verkningarna av aktieöverlåtelsen. Valet står därför mellan det obligationsrättsliga och sakrättsliga momentet[314]. Beaktansvärda skäl kan anföras för såväl den obligationsrättsliga som den sakrättsliga äganderättens betydelsen för frågans lösning. Den obligationsrättsliga övergången är det första steget i den successiva äganderättsövergång, som markerar att aktieförvärvaren erhållit äganderätten. Det på straffrättsliga överväganden grundande kravet på restriktivitet vid tillämpningen av det straffsanktionerade utlåningsförbudet bör också tala för att den obligationsrättsliga övergången ska vara avgörande. Å andra sidan kan sägas, att uttrycket "äger" är avsett att hänföra sig till den fullständiga äganderättsövergången, d v s i och med att det sakrättsliga kravet på tradition, denuntiation, registrering eller motsvarande uppfylls. Vid en sammanvägning synes övervägande skäl tala för att sakrättslig äganderätt är avsedd (eller i vart fall, *de lege ferenda, borde* vara det). Eljest skulle det särskilda utlåningsförbudet vara ett synnerligen trubbigt aktiebolagsrättsligt instrument för förhindrandet av förvärv av aktiebolag med dess egna medel. Frågan om en koncerns födelse i denna mening har emellertid den största principiella betydelse vid tillämpningen av det särskilda utlåningsförbudet, varför hänvisning här får ske till diskussionen nedan i avsnitt 5.3.2.

5.2.4.3 Kommersiella lån

Även utan att koncernförhållande föreligger kan lån ges till aktieägare och andra inom den förbjudna kretsen enligt undantaget för kommersiella lån. Här finns skäl att momentant återkomma till den ovan förda diskussionen om utlåningsförbudets (och dess undantags) tolkningsunderlag. Ovan har i denna fråga hävdats, att det generella utlåningsförbudet har starkt dominerande inslag av skatterätt. Det huvudsakliga syftet med förbudet synes vara att förhindra skatteflykt, främst lån för konsum-

[314] Jfr Lindskog, Kommentar, s 139, fotnot 61 och s 145, fotnot 88. Avgörande enligt Lindskog för när koncernförhållande uppkommer är när aktieägarbefogenheterna övergått på aktieförvärvaren "sålunda att förvaltningsbefogenheterna materiellt tillkommer detta". Införandet i aktieboken "bör" enligt Lindskog sakna betydelse.

tion. Detta är också ledmotivet i förarbetena. Lindskog tycks emellertid framhäva intresset av borgenärsskydd som tolkningsdatum. Såsom Lindskog dock själv konstaterat (se Kommentar, s 140, fotnot 66), kan knappast undantaget för kommersiella lån systematiskt underordnas ett från borgenärsskyddssynpunkt motiverat förbud. Vid tolkningen av undantaget för kommersiella lån förefaller det enda rimliga vara, att utgå ifrån lagstiftarens syfte härmed, nämligen främst att undvika skatteflykt i nyssnämnda form. Sker därför utlåning i enlighet med de förutsättningar som ges i undantaget, nämligen uteslutande för gäldenärens rörelse av affärsmässiga skäl, kan antagas att skatteflykt därigenom försvåras. Vid tillämpningen av undantaget bör tonvikten ligga på förstnämnda rekvisit, nämligen att lån ges uteslutande för gäldenärens rörelse, och icke för konsumtion. Det andra rekvisitet bör dock ges sekundär betydelse med det nu nämnda tolkningsunderlaget, eftersom det sällan har betydelse från skattesynpunkt huruvida det är betingat av affärsmässiga skäl eller inte. Det inslag av borgenärsskydd som kan ligga i detta rekvisit får för övrigt anses vara tillgodosett av utbetalningsförbudet. I undantaget uppställs tre förutsättningar, nämligen att lånet betingas av affärsmässiga skäl, låntagaren driver rörelse och lånet ges uteslutande för denna rörelse. (Märk även här, att det särskilda utlåningsförbudet avser att förhindra även kommersiella lån om sådana ges för förvärv av aktier – helt eller delvis i det långivande bolaget.)

Vad först gäller rörelsebegreppet, uttalas uttryckligen i förarbetena att detta inte är identiskt med det begrepp som används inom skatterätten[315]. Begreppet rörelse i den mening som gäller undantaget från utlåningsförbudet skall fastmera vara vidare än det skatterättsliga, framför allt i det att något förvärvssyfte (vinstsyfte) inte erfordras. Härutinnan närmar sig – eller sammanfaller – begreppet med näringsidkarbegreppet i svensk konsument- och marknadsrätt, som omfattar varje form av ekonomisk

[315] Numera går inkomstslaget under beteckningen "näringsverksamhet", varmed menas verksamhet som bedrivs självständigt, yrkesmässigt och i förvärvssyfte. Härutöver brukar nämnas att näringsverksamheten skall ha påbörjats och vända sig till allmänheten. Se t ex Lodin, Lindencrona, Melz och Silfverberg, Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt, del 1, Lund 1990, s 201 ff. Jfr begreppet "företag" i konkurrenslagen – 1993:20, § 3.

verksamhet oavsett vinstsyfte[316]. Näringsidkarbegreppet är mycket vidsträckt. Såväl fysiska som juridiska personer omfattas. All näringsverksamhet, oavsett om den syftar till vinst, eller är rent ideell, faller in under begreppet. Verksamheten får å andra sidan inte vara helt tillfällig, utan skall ha viss omfattning, varaktighet och regelbundenhet. Kravet på sådan yrkesmässighet är emellertid relativt urvattnat. Således kan uppdrag på fritiden eller vid sidan av det reguljära arbetet betecknas som näringsverksamhet, givetvis också jord- och skogsbruk samt fastighetsförvaltning. Även statlig och kommunal verksamhet av ekonomiskt slag, t ex statlig affärsverksamhet, betecknas som näringsverksamhet, däremot inte ren offentlig förvaltning eller service i offentligrättsliga former, såsom t ex sjukvård, åldringsvård, skolor, etc[317].

Med rekvisitet att lånet skall ges "uteslutande för gäldenärens rörelse" får, utan att någon närmare vägledning ges i förarbetena, antas avses, att lånet oavkortat och i sin helhet skall användas i gäldenärens rörelse och icke för annat ändamål, t ex gäldenärens privata konsumtion eller privata investeringar eller för att t ex påbörja näringsverksamhet, eller investera i sådan, eller i aktier eller andra värdepapper. Undantagna från förbudsområdet är därför noga taget icke heller lån som ges för påbörjandet av rörelse. Vad som möjligen kan ge upphov till tillämpningsproblem, och framför allt bevissvårigheter, är situationen där det långivande bolaget *utgått ifrån* att lånet lämnats för låntagarens rörelse, men låntagaren använder medlen för t ex privatändamål. I regel saknas anledning för det utlånande bolagets företrädare att ifrågasätta en deklaration från låntagarens sida, att de lånade medlen skall användas uteslutande för rörelsen. Vad som förutsätts för att undantaget skall vara tillämpligt är, såvitt kan utläsas ur förarbetena, att lånet är *avsett* för låntagarens rörelse. Om avsikten är sådan, men lånebeloppet använts i strid med avsikten, kan näppeligen göras gällande att utlåningsförbudet överträtts[318]. Såsom påpekats ovan, riktas förbudet mot det långivande bolaget; låntagaren kan en-

[316] I förarbetena, propositionen 1975:103, s 493, nämns exemplet lån till en ideell förening med en verksamhet som saknar "ekonomiskt syfte". Med sistnämnda uttryckssätt torde avses "förvärvssyfte", särskilt som i sammanhanget berörs det skatterättsliga rörelsebegreppet, varvid det givna exemplet sätts i motsatsställning till detta begrepp.

[317] Se vidare om näringsidkarbegreppet, Bernitz, Svensk marknadsrätt, 2 rev uppl, Uddevalla 1986, s 24 ff med en lång rad referenser till förarbeten och doktrin på området.

[318] Jfr Lindskog, Kommentar, s 142.

dast undantagsvis ådömas straff för medverkan. Någon ogiltighetspåföljd kommer i princip heller ej i fråga, vilket skall framgå nedan (avsnitt 6).

Som ett tredje rekvisit gäller, att lånet skall vara affärsmässigt betingat[319]. I förarbetena nämns följande exempel på affärsmässigt betingade lån[320]: Lån som lämnas i samband med factoringverksamhet eller vid diskontering av avbetalningskontrakt, vari bör innefattas även diskontering av andra kontrakt av liknande slag, t ex leasingkontrakt vid investorsleasing och sale and lease back-transaktioner. Överhuvudtaget all form av finansieringsverksamhet som går ut på att fordringar, kontraktsrättigheter, m m överlåts eller pantsätts till factoringbolag, finansbolag eller annat kreditbolag, torde således vara undantagna från utlåningsförbudet. Såsom ytterligare exempel på affärsmässigt betingade (företagsekonomiskt motiverade) lån nämns i förarbetena lån som lämnas till leverantör för tryggandet av råvaruförsörjningen, och lån från ett varuproducerande företag till företag i detaljistledet för att underlätta avsättningen av produktionen. Det sistnämnda gäller även om varuproducenten och detaljisten normalt sett inte står i affärsförbindelse med varandra, t ex i de fall där ett bryggeri lånar ut medel (eller ställer säkerhet) till restaurangföretag. Kravet på att gäldenären skall driva rörelse och att lånet skall ges för denna rörelse innebär inte att lån till anställda, inklusive VD, och styrelseledamöter, undantas, även om dessa i viss mån kan sägas stå i affärsförbindelse med det långivande bolaget på grund av ställningen som sådan. Anställda, som äger aktier i det långivande bolaget, utöver vad som medges i det fjärde undantaget nedan, kan ej heller taga lån av sin arbetsgivare, eller av arbetsgivarens dotterbolag. Däremot föreligger givetvis inte hinder att låna ut till aktieägare eller andra inom den för-

[319] I förarbetena, proposition 1975:103, s 493, förekommer kvalifikationen "uteslutande" affärsmässigt betingat, vilken kvalifikation inte återfinns i lagtexten. Kvalifikationen understryker den stränghet med vilken man förutsätter att rekvisitet skall upprätthållas. Inställningen synes sammanhänga med den ändring som genomfördes 1975 beträffande undantagets omfattning. Tidigare, d v s från och med låneförbudets införande 1973, se proposition 1973:93, s 134 f, gällde, att lånet skulle utgöra ett led i en affärsförbindelse. Kommersiella lån, som inte hade samband med någon affärstransaktion, var således förbjudna. Detta ansågs vara alltför långtgående, varför rekvisitet att lånet skulle utgöra ett led i en affärsförbindelse slopades 1975, se proposition 1975:103, s 492 f.

[320] Se proposition 1973:93, s 93 och proposition 1975:103, s 493.

bjudna kretsen, om dessa bedriver rörelse i den mening som här avses[321].

Undantagen är också utlåningsverksamhet, som innebär att *överskottslikviditet* överförs från ett bolag till ett annat, d v s icke blott ren bankinlåning, som undantas allmänt från utlåningsförbudet, utan också andra placeringar i syfte att ge avkastning på bolagets likvida medel. I förarbetena nämns ytterligare ett exempel på ett från förbudet undantaget lån, nämligen där bolaget A med likviditetsöverskott lämnar ett lån till bolaget B. I exemplet förutsätts att bolagen ägs av en fysisk person och tillsammans med denne bildar en s k oäkta koncern[322]. Under förutsättning att B för sin fortsatta rörelse behöver låna pengar, är undantagsregeln tillämplig. Är däremot även B:s likviditet god, är inte lånet enligt förarbetena affärsmässigt betingat och utgör därför ett förbjudet lån.

Exemplet påvisar svårigheten att närmare klarlägga innebörden av rekvisitet "affärsmässigt betingat". Syftet med undantaget helt allmänt är att lån av renodlat kommersiell karaktär inte skall träffas av förbudet. Normala affärstransaktioner skall ej heller hämmas av undersökningar vid varje särskild lånetransaktion beträffande låntagarens status (huruvida denna ingår i den förbjudna kretsen eller inte). Typiskt sett är de härigenom undantagna lånen givna i det långivande bolagets intresse och kan antas påverka bolagets ekonomiska situation på ett gynnsamt sätt[323]. Företagsekonomiskt motiverade lånetransaktioner skall således inte stävjas. I exemplet ovan förutsätts emellertid att det givna lånet icke endast skall vara affärsmässigt betingat för det långivande bolagets del utan också för låntagarens del. Skulle således låntagaren inte "behöva låna pengar" för sin fortsatta rörelse, t ex därför att låntagaren har ett likviditetsöverskott, eller möjligen av andra skäl, är lånet förbjudet. I allmänhet synes det långivande bolaget icke kunna bedöma huruvida låntagaren behöver låna pengar. Ett krav på att en sådan bedömning skall göras torde över huvud vara orealistiskt. Det strider också mot ovan redovisade förarbetsuttalanden i övrigt. Någon undersökningsplikt i detta hänseende

[321] I förarbetena proposition 1975:103, s 493 nämns exemplet där aktieägare i ett bolag inom varuhushandeln lånar av bolagets dotterbolag för att förvärva varor i moderbolagets varuhus. Enär aktieägarna inte driver rörelse och lånet inte ges för aktieägarens rörelse undantas således inte dessa lån från låneförbudet, om inte det fjärde undantaget nedan är tillämpligt.

[322] Se proposition 1975:103, s 493.

[323] Jfr proposition 1973:93, s 93 f.

kan icke åläggas långivaren. Det skulle också verka hämmande för affärsverksamheten om lån endast skulle kunna ges till företag med likviditetsunderskott. Detta kan, trots exemplet i förarbetena, icke ha varit lagstiftarens avsikt. Huvudregeln bör istället vara, att lån som är *affärsmässigt betingade för det långivande bolaget* är undantagna från utlåningsförbudet; huruvida lånet dessutom är affärsmässigt intressant för mottagaren bör icke kräva någon särskild utredning från det långivande bolagets sida.

Lindskog (se Kommentar, s 141) är av annan mening. Enligt honom är de affärsmässiga skälen hänförliga till låntagaren. Det är låntagaren som skall ha ett affärsmässigt intresse av långivningen; huruvida lånet är affärsmässigt intressant för långivaren saknar enligt Lindskog betydelse. Däremot erfordras icke, i enlighet med vad som antagits ovan, att det långivande bolaget särskilt undersöker huruvida lånet betingats av låntagarens affärsmässiga intresse. I praktiken, menar Lindskog, "måste man därför lämna ett betydande utrymme för gäldenärerna att själv avgöra om ett sådant [affärsmässigt] behov föreligger eller inte". Ett visst krav på undersökning måste emellertid upprätthållas, för att försvåra kringgående av närstående låneförbudet. Huruvida affärsmässighet föreligger, skall enligt Lindskog bedömas mot bakgrund av helheten av omständigheter med avseende på gäldenärens syfte vid lånets upptagande. Vid likviditetsutjämning får särskilt prövas, om det låntagande bolaget "behöver likviditeten".

Lindskogs slutsatser synes emellertid inte helt förenliga med vad som anförts vid förarbetena om affärsmässighet, se främst propositionen 1973:93, s 93 f. I all den diskussion som där förs och i alla de exempel som där ges är för affärsmässigheten avgörande det långivande bolagets intresse av lånet. Härtill kommer, att själva undantaget har tillkommit för att möjliggöra lån från aktiebolag, där bolaget har ett företagsekonomiskt motiverat intresse av att ge lånet. Det är därför svårt att dela Lindskogs slutsats i nu aktuellt hänseende.

Endast i undantagsfall – och måhända har syftet med exemplet varit att peka på ett sådant undantagsfall – t ex där en och samma person dominerar två bolag i en oäkta koncern, såsom exemplet tycks antyda, och där personen ifråga väl känner till de ekonomiska förhållandena i bolagen, kan frågan huruvida lånet är affärsmässigt betingat för låntagaren ges relevans. Men t o m i det givna exemplet kan ifrågasättas om det förhållandet att låntagarens likviditet är god *à priori* innebär att låntagaren inte "behöver låna pengar". Här aktualiseras frågor om betydelsen av begrep-

pet likviditet och huruvida god likviditet utesluter låntagande[324].

Ovan har i samband med diskussionen om vederlagsfria utbetalningar frågan om vad som konstituerar en affärsmässigt betingad transaktion behandlats. Skillnaden i påföljder vid överträdelse av utbetalningsförbudet, å ena sidan, och vid överträdelse av utlåningsförbudet, å den andra, – i det ena fallet återgång av det som olovligen utbetalts och i det andra fallet straff – synes emellertid motivera en viss skillnad i bedömningen av vad som är affärsmässigt betingat. På grund av utlåningsförbudets straffrättsliga utformning bör utrymmet för affärsmässigt okloka transaktioner vara större än eljest. Utlåning till låg ränta eller på villkor för låntagaren som är förmånligare än vad marknaden i övrigt erbjuder bör t ex inte stå i strid med utlåningsutlåningsförbudet, om lånen utgör led i ett långsiktigt samarbete eller t o m en förhoppning om att lånet skall kunna ligga till grund för ett sådant samarbete, även om detta för en utomstående icke alltid framstår som realistiskt. Marknadsmässig utlåning bör i princip alltid vara möjlig, egentligen oavsett om det långivande bolaget har likviditetsöverskott eller inte (förutsatt givetvis att låntagaren bedriver rörelse och lånet ges för denna rörelse). I marknadsmässigheten får förutsättas ingå ett beaktande av den säkerhet som ställs för lånet, varvid avkastningen relateras till kvaliteten på den ställda säkerheten. En affärsmässigt oklok utlåning, t ex i det fall den ställda säkerheten missbedöms, varför avtalad avkastningsränta i själva verket är för lågt satt, bör ändå vara att betrakta som affärsmässigt betingad med hänsyn till att det senare uttrycket bör kunna rymma också det affärsmässigt okloka avtalet, ävenledes rena missbedömningar. Överhuvudtaget torde svårigheterna vara stora att emotsäga det långivande bolagets påstående om att utlåningen är affärsmässigt betingad. Detta torde kunna ske endast i de uppenbara fallen,

[324] Det är väl inte uteslutet att låntagarens likviditetsöverskott genom olika placeringar ger en högre avkastning än vad marknaden vid lånetillfället är beredd att erbjuda och att det därför kan vara förmånligare att låna upp nya medel på marknaden mot lägre avkastningskrav, kan lånet mycket väl vara affärsmässigt betingat såväl för det långivande som det låntagande bolaget.

I allmänhet bör således gälla, att så länge lånet är affärsmässigt betingat för det långivande bolaget (och det sker för gäldenärens rörelse), skall undantaget vara tillämpligt. Med "affärsmässigt betingat" får antas avses att lånet är företagsekonomiskt motiverat, eller att det tillkommit av affärsmässiga skäl och därför utgör en normal affärstransaktion. Därigenom får lånet antas ha givits i bolagets intresse och påverka bolagets ekonomiska situation på ett gynnsamt sätt. Jfr proposition 1973:93, s 93.

t ex där utlåning sker på klart icke marknadsmässiga villkor till ett företag, vars verksamhet ligger helt utanför det långivande bolagets aktuella och potentiella verksamhet, och något annat element av affärsmässighet i utlåningen inte kan påvisas. Det nu behandlade undantaget för kommersiella lån från utlåningsförbudet torde, åtminstone teoretiskt sett, därigenom få en stor räckvidd vid sidan av koncernlåneundantaget.

Huruvida kravet på att ett lån skall vara affärsmässigt betingat också innebär att låntagaren måste lämna tillfredsställande *säkerhet* för lånet, är en öppen fråga. Så mycket kan sägas, att om ett lån endast är affärsmässigt betingat i den meningen att för lånet uttas marknadsmässig ränta, och i övrigt icke några som helst affärsförbindelser parterna emellan förekommer eller är avsedda, direkt eller indirekt, icke ens i den meningen att lånet är till fördel för koncernen som sådan (koncernnytta), får kanhända ett krav på någon form av motsvarighet till principen om transaktioner på armlängds avstånd få till följd, att sådan säkerhet skall ställas. Är lånet däremot betingat av andra omständigheter än den rena avkastningen i form av ränta, kan anses att kravet på säkerhet helt eller delvis får vika.

Mot bakgrund av att Lindskog, såsom ovan redovisats, bedömer att prövningen av affärsmässigheten av ett lån skall ske med utgångspunkt från gäldenärens situation – och till synes överhuvudtaget inte från borgenärens synpunkt – har Lindskog tvingats till konklusionen, att affärsmässigheten icke erfordrar att gäldenären erlägger marknadsmässig ränta (se Lindskog, Kommentar, s 142). Lindskog skulle därmed möjligen kunna beteckna varje avvikelse nedåt från marknadsmässig ränta som ett tecken på att lånet – från gäldenärens synpunkt – är affärsmässigt. Resonemanget synes kunna underkastas tvivel. Som ovan framhållits, torde det inte kunna komma ifråga att affärsmässigheten uteslutande skall prövas med utgångspunkt från gäldenärens situation. Förarbetena ger inte stöd för en sådan uppfattning. I det fall där affärsmässigheten av ett lån är strikt kopplad till avkastningen, och inga andra omständigheter tyder på affärsmässighet, måste den centrala frågan bli, om avkastningen skall vara marknadsmässig och det härutöver erfordras att säkerhet ställs för lånet. Vid förevaro av andra omständigheter som tyder på affärsmässighet, synes frågan om marknadsmässig ränta och säkerhet inte omedelbart aktualiseras.

Den osäkerhet som är förenad med tilllämpningen och tolkningen av det s k rörelseundantaget ger till resultat, att – åtminstone fram till den tidpunkt då en tillfredsställande praxis har utvecklats kring tillämpningen av stadgandet – det endast sällan kan göras gällande att det generella utlåningsförbudet överträtts med uppsåt eller grov oaktsamhet. Det sagda gäller särskilt med hänsyn till oklarheten i innebörden av att ett lån skall vara "affärsmässigt betingat".

5.2.4.4 Småaktieägarlån

Det fjärde undantaget från det generella utlåningsförbudet avser lån till aktieägare med ett obetydligt aktieinnehav. Undantaget gäller under följande, kumulativa förutsättningar.

1. Att låntagaren tillsammans med honom närstående inom den förbjudna kretsen (fysisk eller juridisk person) innehar *mindre än en procent* av aktierna i det långivande bolaget eller den koncern vari detta bolag ingår.
2. Att endera låntagaren eller juridisk person över vars verksamhet han har ett bestämmande inflytande, eller båda tillsammans, har *högst 500 aktier* i det långivande bolaget, eller den koncern, vari detta bolag ingår.
3. Att låntagaren visserligen i egenskap av aktieägare tillhör den förbjudna kretsen, men icke den krets som personer med ledande ställning, som anges i bestämmelsens inledning. En låntagande aktieägare kan således icke samtidigt vara styrelseledamot, styrelsesuppleant, VD, vVD i aktiebolaget eller i den koncern som bolaget ingår i, om undantaget skall gälla.

Till grund för den första förutsättningen ligger således det sammanlagda aktieinnehavet för låntagaren och övriga honom närstående fysiska eller juridiska personer. Den andra förutsättningen bygger emellertid på antalet aktier som låntagaren har tillsammans med närstående *juridisk* person. Denna skillnad i beräkningsgrund synes främst sammanhänga med de praktiska svårigheterna att vid det enskilda lånetillfället avgöra det to-

tala antalet aktier. Samma svårighet antas inte föreligga vid beräkningen av 1%-spärren[325]. Undantagets ändamål är att möjliggöra lån till anställda; sådana lån skulle vara förbjudna enligt det generella utlåningsförbudet närhelst en anställd låntagare har aktier i det arbets- och långivande bolaget. Såsom framgår ovan, förutsätter undantagets tillämplighet att låntagaren är aktieägare. Eftersom undantaget som sådant tar sikte på aktieägarlån, och anger gränserna för aktieägandet, kan rekvisitetet, att låntagaren skall vara aktieägare, synas överflödigt. Emellertid är rekvisitet att tolka så att endast aktieägare i den mening som anges i huvudregeln i det generella utlåningsförbudet (12 kap 7§ 1 st), och inte styrelseledamot eller verkställande direktör, kan komma ifråga. Om således låntagaren är såväl aktieägare som styrelseledamot är undantaget inte tillämpligt[326].

[325] Se proposition 1975:103, s 494 f. 1%-spärren får enligt förarbetena praktisk tillämpning främst i det mindre bolaget, där det i allmänhet torde vara klart vilka som är aktieägare. Om aktieägandet är spritt, såsom ofta i större bolag, torde aktiekapitalet i allmänhet vara så stort att den nuvarande låntagaren kan utgå från att honom närstående personer inte tillsammans äger 1% av aktiekapitalet. *Ibidem* s 495. Frågan är emellertid vad långivaren skall utgå ifrån och hur stora krav som kan ställas på honom i vad gäller efterforskningarna härutinnan. I förarbetena, *ibidem* s 495, lämnas följande anvisning: "I den praktiska tillämpningen synes bolagen kunna förfara så att de vid kreditgivning till anställda endast ställer frågan om vederbörande äger 1% av aktiekapitalet – i vilket fall närstående aktieinnehav skall räknas med – eller alternativt om man äger mer än 500 aktier i bolaget. Om svaret blir nekande och bolaget inte självt har anledning att anta att svaret är felaktigt, kan lånet ges respektive säkerheter ställas." Mer än så kan knappast erfordras ifråga om efterforskningar från de långivande bolagens sida. Skulle det sedan visa sig att låntagarna antingen lämnat falska uppgifter eller misstagit sig beträffande det totala aktieinnehavet, torde påföljd icke kunna komma ifråga; såsom nämnts ovan, kan enligt huvudregeln endast det långivande bolaget drabbas av påföljd, varvid förutsättningen är uppsåt eller grov oaktsamhet. Beträffande *concursus necessarius* och låntagarens medverkan, se ovan. Möjligen skulle kunna hävdas, att låntagaren genom att lämna falska uppgifter i så hög grad medverkat till att lånet lämnats, att hans handlingssätt skulle konstituera medverkan till brott. Det kan tilläggas att medverkan till brott i det här aktuella fallet icke förutsätter att det långivande bolaget begått en brottslig handling i den meningen att straff skall ådömas; medverkansbestämmelserna i BrB 23:4 förutsätter endast att den straffbelagda gärningen utförts i objektiv mening, d v s att de objektiva rekvisiten är uppfyllda, inte att uppsåt, grov oaktsamhet eller annat subjektivt rekvisit är uppfyllt. (Beträffande *concursus necessarius,* se även brottsbalkskommentaren 23:4.)

[326] Jämför Kedner/Roos, Del II, s 228 och Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15 uppl, s 113.
För tydlighets skull skall anges, att de båda gränserna för aktieinnehav i bolaget eller koncernen skall anses vara uppnådda så snart aktieinnehavet i antingen det långivande bolaget eller koncernen är det föreskrivna. Se härom proposition 1977/78:41, s 36 som föranledde en smärre justering i lagtexten i denna del. Om aktieinnehavet i det långivande bolaget således uppgår till 1% eller mer skall lån anses vara förbjudet, även om

5.3 Lån för aktieförvärv

5.3.1 Allmänt

Enligt det *särskilda* utlåningsförbudet råder förbud mot *lån till envar*, inbegripet även andra än aktieägare, styrelseledamot eller verkställande direktör (eller revisor), och personer överhuvud taget inom den förbjudna kretsen, om *lånet lämnats i syfte* att låntagaren *eller honom närstående fysisk eller juridisk person,* d v s person inom den förbjudna kretsen, *skall förvärva aktier* i det långivande bolaget eller annat bolag i den koncern[327], vari det långivande bolaget ingår. Det särskilda utlåningsförbudet kompletterar således det generella utlåningsförbudet genom att utöka det förbjudna området till att gälla även lån som lämnas i visst syfte. Det skall dock visas, att lånets lämnats i syfte att förvärva aktier i det långivande bolaget eller koncernbolag. Från det särskilda utlåningsförbudet stadgas endast ett undantag avseende mindre lån till anställda. Undantagen från det generella utlåningsförbudet i fråga om lån till kommun, koncernlån, kommersiella lån eller lån till små aktieägare är följaktligen icke tillämpliga. Innebörden härav är, att ett dotterbolags lån till moderbolag faller under det särskilda utlåningsförbudet, om lånet lämnas i syfte att moderbolaget skall förvärva aktier i dotterbolaget. Vid konkurrens i övrigt mellan det generella och det särskilda utlåningsförbudet, t ex i det fall där lån lämnas till aktieägare, styrelseledamot eller verkställande direktör eller någon inom den förbjudna kretsen, får dock det generella utlåningsförbudet anses ha företräde; frågan saknar dock till synes praktisk betydelse. Det särskilda utlåningsförbudet aktualiseras främst när lån för aktieförvärv lämnas till annan än person inom den förbjudna kretsen eller i enlighet med de från det generella utlåningsförbudet stadgade undantagen.

Beträffande bakgrunden till och motiven för det särskilda utlåningsförbudet är följande att anteckna. Aktiebolagsutredningens förslag till aktiebolagslag m m innehöll ingen distinktion mellan olika utlåningsförbud[328]. Utredningens förslag innehöll endast ett förbud mot att lämna

det sammanlagda aktieinnehavet i koncernen är mindre än 1%. Beträffande kritik av de nu nämnda spärreglerna, se Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 112 f.

[327] Beträffande koncernbegreppet, se bl a ovan avsnitt 4.4 och 5.2.4.2.

[328] Se SOU 1971:15, s 322 ff.

penninglån till aktieägare eller styrelseledamot. Förbudet stod dessutom i samklang med utbetalningsförbudet i så måtto, att förbudet ej träffade lån som eljest på grund av utbetalningsreglerna skulle ha kunnat vara utdelningsbart. Lån från utdelningsbara medel var således icke förbjudna enligt förslaget. Från förbudet gjordes undantag beträffande koncernlån och lån till små aktieägare. Förbjudna lån föreslogs även vara civilrättsligt ogiltiga.

I propositionen med förslag till bl a bestämmelser om låneförbud (1973:93) presenterades emellertid som bekant en lösning som i väsentliga delar avvek från utredningsförslaget. Huruvida ett lån föll inom ramen för utdelningsbart belopp skulle sakna betydelse. Även lån mot fullgod säkerhet och marknadsmässig ränta skulle träffas av förbudet. Vidare utvecklades två utlåningsförbud, det generella och det särskilda. I den allmänna motiveringen till lagförslaget ges vid första påseendet intrycket av att de undantag som nu stadgas från det generella utlåningsförbudet avser såväl det generella som det särskilda utlåningsförbudet[329]. När undantagen behandlas i den allmänna motiveringen, sker det i anslutning till båda utlåningsförbuden. Diskussionen om undantagen inleds också med uttalandet, att "[f]örbudsreglerna bör dock inte vara utan undantag" till synes med intentionen att undantagen skall gälla båda förbuden. Såsom den slutliga lagtexten kom att utformas, framgår emellertid klart, att undantagen endast avser det generella utlåningsförbudet. (I lagtexten i propositionen återfinns det särskilda utlåningsförbudet i ett tredje stycke, varvid inga som helst undantag stadgas. Beträffande undantagen föreskrivs, att dessa är endast tillämpliga i fråga om det generella utlåningsförbudet.) Först senare, nämligen vid införandet av den nya aktiebolagslagen år 1975, förseddes det särskilda utlåningsförbudet med ett undantag.

Såvitt gäller den närmare motiveringen för det särskilda utlåningsförbudet anges i förarbetena, att ett lån som lämnats i syfte att förvärva aktier i det långivande bolaget är likställt med aktieägares lån från bolaget. Finansieras ett förvärv av aktier genom lån från det bolag i vilket aktierna avser, riskerar det långivande bolagets borgenärer att lida skada på

[329] Se proposition 1973:93, s 92.

samma sätt som vid lån till aktieägare[330]. Om emellertid det särskilda utlåningsförbudet är avsett att träffa lån, som i vad avser effekterna av lånet, men även i övrigt, är att likställa med lån till aktieägare enligt det generella utlåningsförbudet, synes det vara inkonsekvent att icke stadga samma undantag från det särskilda utlåningsförbudet som från det generella. Ett lån som lämnas till en kommun eller ett moderbolag är tillåtet, i princip oavsett ändamålet med lånet, såvitt inte syftet med lånet är att kommunen eller moderbolaget skall förvärva aktier i det långivande bolaget. Olikheten i behandlingen av ett lån beroende på syftet med lånet är i dessa fall oförklarlig.

Vad sedan gäller det särskilda utlåningsförbudets tillämpning i enskildheterna får följande uppmärksammas.

1. Avgörande för förbudets tillämpning är det syfte som förenats med utlåningen; huruvida ett förvärv sedan har genomförts med de lånade medlen, d v s huruvida syftet fullföljts, eller huruvida borgenären lidit skada av utlåningen, skall sakna relevans. Primärt synes också det långivande bolagets syfte eller avsikt med utlåningen ges betydelse (varom mera nedan).
2. Förbudet är tillämpligt så snart syftet är att låntagaren (gäldenären), eller honom närstående fysisk eller juridisk person enligt vad som närmare definierats ovan i avsnitt 5.2.1 skall förvärva aktier i det långivande bolaget. Härmed förhindras sådana kringgåenden där den som är gäldenär enligt låneavtalet vidarebefordrar de lånade medlen till någon i närståendekretsen för förvärv av aktie.
3. Förbud gäller inte endast när lånet syftar till att förvärva aktier i det långivande bolaget, utan också förvärv av aktier i annat bolag i den koncern som det långivande bolaget ingår. Därmed träffar förbudet varje lån som ett dotterbolag ger i syfte att gäldenären skall förvärva aktier i moderbolaget eller i systerbolag, liksom varje lån som ett moderbolag ger i syfte att gäldenären skall förvärva aktier i dotterbolag eller dotterdotterbolag. Extenderingen av förbudet till det sistnämnda

[330] Se proposition 1973:93, s 92. Transaktionen är därför på samma sätt som lån till aktieägare "mycket farlig för borgenären". Den innebär nämligen att betydande tillgångar från ens bolag dock tillförs de tidigare aktieägarnas samtidigt som bolaget får en revers från den nya aktieägaren. "Från borgenärernas synpunkt blir situationen densamma som den då aktieägarna lånar från bolaget." *Ibidem*.

typfallet synes vara omotiverad och knappast välövervägd. Det är svårt att inse vari borgenärsskyddsintresset därvid skulle bestå[331]

4. Oaktat det särskilda utlåningsförbudets ändamål är att skydda långivande bolags borgenärer, hindras inte förbudets tillämpning av att gäldenären ställer fullgod säkerhet för lån. Det i förarbetena (proposition 1973:93, s 91 f) använda argumentet mot att tillåta lån, om sådan säkerhet ges, nämligen att bolaget genom ett sådant undantag icke tillförsäkras betryggande säkerhet – risken för att bolagsledningen gör en alltför slapp bedömning – är icke övertygande: formuleras undantaget så att förutsättningen är att säkerheten är fullgod, utgör ett distinkt avsteg härifrån givetvis en överträdelse av förbudet. Lagstiftningstekniken andas en stark strävan att utsträcka förbudet till det yttersta och en tydlig motvilja att stipulera undantag, även där sådana är befogade. Även här lyser skattetänkandet igenom.
5. Vad som ovan sagts beträffande lån skall också gälla ställandet av säkerhet till förmån för någon (inkl närståendekretsen), om syftet med säkerheten är att denne eller någon i närståendekretsen med de medel som säkerheten avser skall förvärva aktier i det säkerhetsställande bolaget eller annat bolag i den koncern i vilket bolaget ingår.

5.3.2 Allmänna undantag från det särskilda utlåningsförbudet

I allmänhet undantas på grund av uttalanden i förarbeten och den form som lagtexten givits, framförallt uttryckssättet "lämna penninglån", normala varukrediter, insättning på bankkonto och löneförskott. Beträffande dessa s k allmänna undantag hänvisas till framställningen ovan i samband med redovisningen av undantagen från det generella utlåningsförbudet. De allmänna undantagen har emellertid inte samma betydelse vid tillämpningen av det särskilda utlåningsförbudet, enär detta tar sikte på penninglån som lämnas i ett visst syfte, nämligen i syfte att förvärva aktier i det långivande bolaget. Om ett lån enligt vad som utåt sett kan iakttagas lämnas i annat syfte, t ex krediter, förskott, insättningar m m, är det särskilda utlåningsförbudet till sin ordalydelse inte tillämpligt, om

[331] Jfr Lindskog, Kommentar, s 143. Se också dansk lag, DAL § 115, 2 st.

det ej kan visas att syftet i själva verket är att förvärva aktier. Eftersom bedömningen av det särskilda utlåningsförbudets tillämpning sker i ett straffrättsligt förfarande, får enligt de principer som gäller i ett dylikt förfarande bevisbördan för frågan i vilket syfte lånet lämnats åvila åklagaren. Full bevisning om lånets syfte torde erfordras.

En svårbedömbar situation är t ex den där låntagaren klart har deklarerat, att lånet skall användas i ett annat syfte än att förvärva aktier i det långivande bolaget och de lånade medlen sedan används just i detta syfte. I regel torde det saknas skäl för en långivare att efterhöra vad de lånade medlen skall användas till, men har låntagaren uppgivit ett syfte annat än det som beivras genom det särskilda utlåningsförbudet, finns i normalfallet icke anledning att ifrågasätta låntagarens uttalande i detta hänseende. Stundom praktiseras metoden, att i låneavtalet stipulera förbud för låntagaren att använda de lånade medlen för visst ändamål, ehuru tillvägagångssättet synes ovanligt och opraktiskt. Huruvida ett dylikt avtalsförbud är ägnat att stärka det långivande bolagets ställning i bevishänseende, är ytterst oklart; snarare väcks misstanken om att det långivande bolaget varit medvetet om medlens slutdestination, och avtalsvis försökt att ge sken av annat. Det sagda får gälla t o m i fallet där förbudet förenas med ett avtalsvite. Med hänsyn till att fråga är om ett straffstadgande får trots allt det särskilda utlåningsförbudet främst avse de uppenbara fallen, där det klart framgår av omständigheterna att det långivande bolaget (enkannerligen dess företrädare) förstått, eller borde ha förstått (inom ramen för grov oaktsamhet) vad syftet med lånet var. Så är fallet t ex när lånet arrangerats så att låneutbetalningen sker direkt till säljaren av aktierna (tidigare aktieägare) eller där det föreligger identitet mellan det långivande bolagets företrädare och säljaren, varvid denne haft insikt i förutsättningarna för köpeskillingens erläggande. Skulle däremot de lånade medlen användas för annat ändamål än vad som åsyftas vid låneavtalets tillkomst, får av stadgandets ordalydelse att döma syftet vara avgörande; är således syftet att förvärva aktier i det långivande bolaget, och förvärvet sedan inte fullföljs, skall tydligen – t o m om de lånade medlen används för annat ändamål – utlåningen anses konstituera ett brott mot det särskilda utlåningsförbudet. Brottet skall sålunda i straffrättsliga termer betecknas som ett *faredelikt* – och närmast ett abstrakt sådant – och icke ett skadedelikt: gärningen kriminaliseras av det skälet att den innefattar eller orsakar risker eller möjligheter för skada, i detta fall en risk eller möjlighet för att det långivande bolagets borgenärer skadas. Såsom stadgandet är formulerat, skjuts det långivande bolagets avsikt med utlåningen i förgrunden; låntagarens avsikt eller syfte ges ingen direkt relevans. Med hänsyn till att stadgandet i subjektivt hänseende förutsätter uppsåt eller grov oaktsamhet, kan dock det långivande bolagets insikt – mer än avsikt – och vad bolaget borde ha insett få central betydelse.

Föremålet för det särskilda utlåningsförbudet är således penninglån som

lämnas av aktiebolag *i syfte att* någon *skall* förvärva aktier i aktiebolaget. Strikt efter ordalydelsen borde ett penninglån som lämnats *efter* det att förvärvet fullbordats inte kunna vara en överträdelse av det särskilda utlåningsförbudet. I stället aktualiseras det generella utlåningsförbudet och frågan huruvida lånet till den nyblivna aktieägaren är förbjudet eller möjligen undantaget enligt reglerna om kommunlån, koncernlån, kommersiella lån och lån till små aktieägare. Sedan aktierna väl förvärvats, tillhör nämligen låntagaren den förbjudna kretsen. På så sätt kan den förbjudna kretsen synas ha utökats genom det särskilda utlåningsförbudet till att omfatta även *blivande aktieägare.* Beträffande det generella utlåningsförbudet och undantagen från detta, hänvisas till framställningen ovan. I praktiken synes koncernlåneundantaget åberopas alltsom oftast i de lånesituationer som förekommer och som något förenklat och schematiskt kan beskrivas enligt följande.

A avser att förvärva samtliga aktier i AB X av B. Förvärvet tillgår så att A genom sitt bolag, AB Y, träffar avtal med B avseende aktieförvärvet. AB Y erlägger endast en mindre handpenning vid förvärvstillfället. Resterande del av köpeskillingen skall betalas vid ett senare tillfälle. B medger sålunda antingen kredit till AB Y under en viss tidsperiod eller överenskommer med AB Y att utväxling av prestationer skall ske vid en senare tidpunkt (tillträdes- eller likviddagen). Möjligen ser B till att utrusta A med "generalfullmakt" i vad avser AB X. När AB Y slutgiltigt förvärvat aktierna i AB X, blivit ägare till aktierna och därigenom blivit moderbolag till det senare bolaget, lånar AB Y ett belopp av dotterbolaget motsvarande den resterande köpeskillingen. Därefter erlägger AB Y full betalning till B.

Vid en restriktiv tolkning av stadgandet har någon överträdelse av det generella utlåningsförbudet icke skett, eftersom koncernlåneundantaget är tillämpligt. Är förvärvaren en kommun eller landstingskommun, skulle kommunlåneundantaget kunna tillämpas. Skulle inte något av dessa undantag vara tillämpligt, kan, t ex vid förvärv av minoritetsandelar, ifrågasättas om undantaget beträffande kommersiella lån gäller. Att låntagaren driver rörelse och lånet är affärsmässigt betingat torde stå klart. Huruvida lånet lämnats uteslutande för låntagarens rörelse är dock underkastat tvivel. Avgörande för denna fråga är främst vilken form av rörelse som aktieförvärvaren bedriver. Det är möjligt att mot bakgrund

av stadgandets straffrättsliga innebörd och i brist på lagmotiv och uttalanden ifråga, det bör medges relativt vida ramar för undantaget. Endast ett lån för syften som är uppenbart rörelsefrämmande skulle därför falla utanför undantaget och vara förbjudet.

Frågan om det särskilda utlåningsförbudets tillämplighet bl a på den ovan givna illustrationen har i doktrinen diskuterats främst av Rodhe, Lindskog och Grosskopf[332]. Utgångspunkten är här liksom eljest att straffrättsliga stadganden skall underkastas legalitetsprincipens krav på restriktivitet i tillämpning och tolkning. Allmänt sett skall enligt författarna lån som lämnas efter fullbordat aktieförvärv icke omfattas av det särskilda utlåningsförbudet. Betecknande för denna ståndpunkt är Rodhes uttalande, att det särskilda utlåningsförbudet inte avser lån till koncernbolag i syfte att möjliggöra detta bolags betalning av skuld som ådragits på grund av ett *redan fullbordat förvärv* av aktier i det långivande bolaget. Rodhe tillägger emellertid, att det för att det särskilda förbudet inte skall vara tillämpligt får förutsättas, att det rör sig om en "seriös kreditgivning", där kreditgivaren stått "en verklig kreditrisk". Med de senare uttrycken åsyftar Rodhe, att säljaren av aktierna skall ha befunnit sig på en sådan distans från (sakna kontroll över) aktieförvärvaren, att säljaren inte redan från början kunnat vara säker på att få betalning ur medel, som förvärvaren lånat på sätt som beskrivits ovan. Under det särskilda utlåningsförbudet faller således enligt Rodhe också sådana lån som lämnats efter fullbordade förvärv om säljaren, eller någon annan som lämnat kredit till aktieförvärvaren för förvärvet, redan vid förvärvstillfället eller strax dessförinnan kunde antagas vara *säker på att få betalt och* dessutom, att *betalning skulle ske med de sedermera lånade medlen*. Med andra ord måste, såvitt kan förstås av Rodhe, för att det särskilda utlåningsförbudet inte skall vara tillämpligt, det finnas en reell möjlighet att aktieförvärvaren avstår eller vägrar att fullgöra betalningen för aktierna genom att uppta lån i det bolag i vilket aktierna förvärvats.

Utvidgningen av det särskilda utlåningsförbudets tillämpningsområde, utöver vad en strikt bokstavstolkning av förbudet medger, är genom Rodhes kvalifikationer endast obetydlig. De tillfällen där säljaren eller annan

[332] Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15 uppl, s 113 ff och Grosskopf, Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor, s 34 ff. Beträffande Lindskog, se Kommentar s 145 f.

kreditgivare kan vara säker på dels att erhålla full betalning, dels att betalning skall ske med lånade medel, torde vara sällsynta. Med utgångspunkt från det ovan givna exemplet kan följande fall diskuteras.

I det av Rodhe själv givna exemplet, sker betalningsfullgörelsen tidsmässigt i mycket nära anslutning till aktieförvärvet, t o m under samma möte på så sätt att förvärvsavtalet först undertecknas, aktierna tillträds och betalning därefter sker med lånade medel från det aktiebolaget, i vilket aktier förvärvats[333]. Exemplet kan varieras så, att säljaren själv inte står någon kreditrisk, utan att denna bärs av en utomstående kreditgivare under en kort tidsperiod intill dess att den senare krediten lösts med lånade medel från det aktiebolag, i vilket aktier förvärvats. Huruvida säljaren eller utomstående kreditgivare kan antas vara säker på att få betalning med lånade medel från detta aktiebolag, får givetvis bero på omständigheterna i det särskilda fallet. Har bolaget i fråga redan i samband med aktieförvärvet vidtagit sådana åtgärder att säljaren eller kreditgivaren garanteras betalning, t ex utbetalt medel eller ställt säkerhet, är det uppenbart att det särskilda utlåningsförbudet är tillämpligt. Består åtgärden av att medel insatts på *spärrat konto*, för att sedan kunna lyftas av säljaren eller kreditgivaren, får i regel tillräcklig säkerhet anses ha skapats. Detta får förutsätta att uppläggningen av det spärrade kontot medför, att säljaren eller kreditgivaren har kontroll och kan disponera över medlen på kontot. Samma resultat nås om säljaren i realiteten behåller kontrollen över det bolag vari aktier förvärvats, och därmed dess tillgångar, oaktat att formellt sett aktierna överlåtits. Härvid närmar man sig (eller möjligen överskrider) gränsen till skenavtal, varvid givetvis bör gälla att varje lån är förbjudet, eftersom aktieförvärv *de facto* icke skett.

En ytterligare variant av det sagda är att aktieförvärvaren i nära anslutning till aktieförvärvet överlämnar aktierna (i den mån aktiebrev förekommer, såsom *pant*), eller på annat sätt tillser att sådan pantsättning sker (genom denuntiation till tredje man, hos vilken aktierna deponerats, eller genom registrering, etc) till förmån för säljaren eller utomstående kreditgivare. Eftersom aktierna ställs som säkerhet av aktieförvärvaren själv och utgör aktieförvärvarens tillgång, kan åtgärden att ställa säkerhet icke utgöra en överträdelse av vare sig det generella eller särskilda utlå-

[333] Se Rodhe, s 114.

ningsförbudet. Är däremot säkerheten ytterst momentan i det att den avser att utgöra säkerhet för ovan illustrerade "minutenlån", får det särskilda utlåningsförbudet anses vara tillämpligt av ovan angivna skäl, nämligen att tillräcklig säkerhet skapas för fullgörandet av betalningen för aktieförvärvet med lånade medel från det bolag vari aktier förvärvats.

Gemensamt för de nu nämnda exemplen är det framför allt tidsmässigt, men även sakligt och funktionellt nära sambandet mellan aktieförvärvet och det "förbjudna" lånet. Sambandet kan t o m sägas vara så intimt, att svårigheter föreligger att avgöra huruvida tidsmässigt det ena föregick det andra, sakligt och funktionellt huruvida det ena var beroende av det andra. Det kan snarare sägas att aktieförvärvet och lånet ingick i samma avtalspaket. För den händelse lånet i det aktiebolag, vari aktierna förvärvats, upptagits efter det att aktieförvärvet fullbordats, har det skett i så nära anslutning och i ett så intimt samband med aktieförvärvet, att det i själva verket kan visas, att lånet upptagits i syfte att aktierna skulle förvärvas. I realiteten har således aktieförvärvet inte fullbordats förrän efter det att det "förbjudna" lånet lämnats[334].

Av betydelse i sammanhanget är också innebörden av lokutionen "skall *förvärva*". En strikt bokstavstolkning leder, som Rodhe konstaterar, till att lån som lämnas efter redan gjorda förvärv faller utanför utlåningsförbudet. Frågan är emellertid *när* förvärvet skall anses vara "gjort" eller fullbordat. Med "förvärv" menas i allmänhet att äganderätten till aktierna har övergått till förvärvaren via överlåtelse eller på annat sätt (gåva, byte, m m). (Frågan tas upp, men behandlas icke närmare i propositionen 1975:103, Del B, s 386 f). Som bekant övergår enligt det svenska rättssystemet äganderätten successivt vid bl a överlåtelse av lösa saker och värdepapper, inkl aktier. I fråga om aktier gäller i allmänhet, att *obligationsrättsligt* äganderätten övergår vid avtalstillfället, under det att i *sakrättsligt* hänseende äganderättsövergången förutsätter tradition eller denuntiation, registrering eller annat jämförbart sakrättsligt moment, allt beroende på var aktierna finns och huruvida aktiebrev föreligger. Ett icke helt orimligt antagande är, att det särskilda utlåningsförbudet hänför sig till tidpunkten för den obligationsrättsliga äganderättsövergången. Så

[334] Jfr Högsta domstolens uttryckssätt i det s k Framnäs-målet NJA 1992 s 717, s 726, att utfästelsen "alltsedan förvärvstillfället utgjort ett led i finansieringen" av aktieförvärvet.

tycks också vara fallet i andra sammanhang, där förvärv av aktier bildar utgångspunkt för viss laglig reglering, se t ex konkurrenslagen 84 § om kontroll av företagssammanslagningar och förvärv av aktier[335]. Avgörande är således huruvida förvärv har skett i den meningen att enligt partsregleringen av äganderättsövergången förvärvaren har erhållit äganderätten till aktierna. Det är emellertid icke ovanligt att ett förvärv av aktier genomförs i två steg, varvid först parterna träffar ett avtal med angivande av de närmare villkoren för förvärvet och samtidigt bestämmer tidpunkten för tillträdet till aktierna, vilket i regel bestäms till tidpunkten för den slutliga betalningen av aktierna. Genom att förvärvaren tillträder aktierna (genom tradition, denuntiation eller får aktierna registrerade på sig) får i allmänhet de sakrättsliga kraven anses vara uppfyllda, varvid således förvärvaren erhåller skydd mot överlåtarens borgenärer och mot dubbelöverlåtelse.

Saken kan också uttryckas så, att vid avtalstillfället äganderätten övergår till förvärvaren obligationsrättsligt, men säljaren av aktierna behåller dessa som säkerhet för köpeskillingens rätta erläggande. Huruvida det här är fråga om en retentionsrätt, panträtt eller detentionsrätt för säljarens del i aktierna må vara osagt, men saknar måhända större betydelse i förevarande sammanhang. I vissa avtalskonstruktioner lär säkert förekomma, att säljaren vid avtalstillfället obligationsrättsligt överför äganderätten till förvärvaren, men att förvärvaren i samma skede upplåter panträtt i samma aktier intill dess att köpeskillingen erlagts på tillträdesdagen eller annan dag.

Här uppkommer svårigheten att avgöra om förvärvet i det särskilda utlåningsförbudets mening skall anses ha gjorts redan när avtal träffats härom, eller först i och med tillträdet till aktierna. Särskilt problematisk blir rättstillämpningen om man vid tillämpningen av utlåningsförbudet antar, att redan de första obligationsrättsligt bindande avtalet, muntligt eller skriftligt, skall utgöra ett förvärv i förbudets mening. Tolkningen skulle öppna dörren till i det närmaste oändliga kringgåendemöjligheter. Bevissvårigheterna skulle också bli så gott som oöverstigliga vad gäller lån som lämnats efter den här aktuella förvärvstidpunkten.

Mot antagandet i fråga skulle kunna anföras, att förvärv icke kan ske

[335] Se proposition 1981/82:165, s 258 ff.

så länge inte förvärvaren erhållit äganderätten i alla delar till de avtalade aktierna. Före tillträdet får nämligen överlåtaren anses ha en detentionsrätt (eller retentionsrätt, avtalad panträtt, m m) i aktierna såsom säkerhet för att förvärvaren erlägger köpeskillingen[336]. Detentionsrätten beskrivs allmänt som en rätt att innehålla *egen* egendom intill dess att motparten presterat (retentionsrätten, å andra sidan, en rätt att innehålla annans egendom). Utgångspunkten är härvid att något förvärv icke ägt rum, enär slutgiltig "äganderättsövergång" icke skett. Termen "äganderättsövergång" är emellertid som så ofta eljest vid rättslig analys ytterst intetsägande, med hänsyn till svårigheterna att fastställa en viss tidpunkt för en sådan övergång[337]. Hur det än förhåller sig med "äganderättens" övergång vid det första obligationsrättsligt bindande avtalet i den meningen att överlåtaren är skyldig att leverera aktierna och riskerar att göras ansvarig för avtalsbrott vid förfogande över aktierna genom överlåtelse till annan – allt medan överlåtaren samtidigt har en detentionsrätt (eller retentionsrätt) intill dess att förvärvaren erlagt köpeskillingen -, är förvär-

[336] Se härom köplagen 10 § (14 § i 1905 års köplag). Se allmänt om detentionsrätt Rodhe, Obligationsrätt, s 391 ff, och densamme Handbok i sakrätt, s 454 ff.

[337] Den här givna allmänna beskrivningen av detentionsrätt skall ses mot bakgrund av retentionsrätten, en rätt att kvarhålla annans egendom intill dess att denne presterat i visst avseende, se Rodhe *ibidem*. Uppenbarligen föreligger en skillnad mellan detentionsrätt och retentionsrätt i det att detentionsrätten följer av ett avtal som syftar till överlåtelse eller upplåtelse, under det att retentionsrätten utgör ett påtryckningsmedel, som inte utgör ett led i ett överlåtelse- eller upplåtelseavtal. Gränsdragningen är emellertid långt ifrån klar. Kärnan till problemet synes främst ligga i definitionens anknytning till äganderättsbegreppet, d v s att retentions- resp detentionsrätten görs avhängig av huruvida det som skall kvarhållas är rättighetsutövarens egen eller annans egendom. Särskilt problematisk blir gränsdragningen vid tillämpningen av detentionsrättsbestämmelserna i köplagen, när köpet avser, å ena sidan, fungibel egendom och, å den andra, köp av bestämt gods. Här anför t ex Almén i sin köplagskommentar (om köp och byte av lös egendom, kommentar till lagen den 20 juni 1905, Stockholm 1934, s 154), att vid köp av fungibel egendom (leveransavtal) säljaren har rätt att innehålla egen egendom, men att vid köp av bestämt gods densamme snarast har rätt att kvarhålla köparens egendom. Se även Alméns tillägg i köplagskommentaren till 14 §, s 163 f. Rodhe (i obligationsrätt § 35-36 s 391 ff) utgår konsekvent ifrån att säljarens rätt avser en rätt att innehålla honom själv tillhörig egendom, oavsett om leveransavtal eller köp av bestämt gods föreligger. Vid leveransavtal kan säljaren fritt förfoga över egendomen ifråga. Gäller köpeavtalet emellertid bestämt gods, riskerar emellertid säljaren att göra sig skyldig till tvesala, om han förfogar över godset genom att sälja det till någon annan innan han häver det första köpeavtalet. I princip torde dock säljaren endast göra sig skyldig till avtalsbrott i alla de nu nämnda situationerna. Vid tvesala gör sig emellertid säljaren skyldig till olovligt förfogande enligt BrB 10:4. Brottsrekvisiten för olovligt förfogande har, liksom förskingring överhuvudtaget, ej begränsats till olovligt tillägnande av annans egendom utan kan även avse förfoganden över egendom vartill gärningsmannen själv har äganderätten.

varens rätt p g a överlåtarens detentionsrätt (eller retentionsrätt) till tillträde så avhängig av köpeskillingens erläggande att något förvärv i utlåningsförbudets mening icke kan anses ha skett förrän förvärvaren faktiskt tillträtt aktierna. Har emellertid aktierna förvärvats på kredit i den meningen, att aktierna skall levereras och tillträde ske före den slutliga betalningen, kan ifrågasättas om inte förvärvet skett redan i det ögonblick som förvärvaren ges rätt att påkalla leverans av aktierna, d v s före det faktiska tillträdet. Situationen torde dock vara sällan förekommande i praktiken.

I rättspraxis saknas såvitt är bekant ett ställningstagande till den här förevarande frågan. I den mån frågan överhuvudtaget har varit uppe till bedömning, har det skett i ett annat sammanhang, nämligen när prövningen har gällt huruvida ett lån är att jämställa med olovlig vinstutdelning (se t ex NJA 1951 s 6, NJA 1966 s 475 och NJA 1976 s 618). Med bortseende möjligen från sistnämnda rättsfall i begränsat hänseende, hade utlåningsförbudet, som trädde i kraft den 6 juni 1973, ännu icke vunnit tillämplighet när transaktionerna i de nu nämnda fallen genomfördes[338].

Sammanfattningsvis kan konstateras, att det särskilda utlåningsförbudet är tillämpligt så snart penninglån lämnas i syfte att ett förvärv av aktier i det långivande bolaget skall fullbordas i den meningen, att förvärvaren genom erläggandet av slutlig betalning eller på grund av avtalet i övrigt äger tillträda aktierna, vilket icke nödvändigtvis förutsätter *faktiskt* tillträde, utan endast att förvärvaren gjort vad som åligger honom enligt förvärvsavtalet för att kunna påkalla tillträde.

Vad nu anförts om förvärvstidpunkten skall icke obetingat innebära att denna sammanfaller med tidpunkten för uppnåendet av ett koncernförhållande i aktiebolagsrättslig mening i det fall förvärvet avser så många

[338] I rättsfallet NJA 1976 s 618 var uppe till bedömning bl a frågan om vilken händelse i en lånetransaktion som skall ha inträffat efter ikraftträdandet av låneförbudet, för att detta skall vara tillämpligt. Enligt en minoritet om två justitieråd skall det avgörande i detta hänseende vara huruvida själva låneavtalet träffats före eller efter ikraftträdandet, ej tidpunkten för lånemedlens slutliga utbetalning. Vilken ståndpunkt som HD:s majoritet intar i frågan är oklart, enär frågan ej ställs på sin spets. (I målet fördes en civil talan om ogiltighet och återbetalning; eftersom enligt majoritetens mening påföljden av överträdelse av låneförbudet endast kan vara straffansvar och eventuell skadeståndsskyldighet, och inte lånets ogiltighet, se nedan, saknades tydligen enligt majoriteten skäl att närmare pröva den fråga som här diskuteras.) Möjligen skulle man av den omständigheten att minoriteten särskilt prövat frågan dra slutsatsen, att majoriteten haft en annan uppfattning; slutsatsen är dock långt ifrån säker.

aktier, att förvärvaren erhåller ett bestämmande inflytande enligt ABL 1:2. (Jfr Lindskog, Kommentar, s 145.) Det kan med andra ord mycket väl förhålla sig så, att förutsättningarna för förvärv enligt det särskilda utlåningsförbudets mening skiljer sig från förutsättningarna för koncernförhållande. Frågan synes främst ha betydelse vid tillämpningen av det generella utlåningsförbudet på lån till aktieägare, vilka ej står i koncernförhållanden med det långivande bolaget, varvid intresset knyts till undantagen om kommunala och kommersiella lån. Frågan kan därmed också ställas, om det föreligger någon som helst diskrepans mellan begreppet "aktieägare" i det generella utlåningsförbudets mening, å ena sidan, och sådan aktieägare som förvärvat aktier i det särskilda utlåningsförbudets mening, å den andra. Rimligen bör någon skillnad häremellan icke föreligga. Det är aktieägandet i denna mening som således har diskuterats ovan. Och det är också detta aktieägande som Lindskog söker definiera (se Lindskog, Kommentar, s 145), när han slår fast att aktieägare är den till vilken "aktieägarbefogenheterna" har övergått. I sak synes denna definition överensstämma med slutsatsen ovan. Huruvida en formellt korrekt endossering, eller införing i aktieboken, skett, eller huruvida köparen överhuvudtaget uppfyller kriterierna för utövandet av rösträtt i aktiebolaget skall härvid sakna betydelse. Bedömningen skall heller inte påverkas av att aktierna lämnats som pant till säljaren för köpeskillingens rätta erläggande.

Härtill kommer det förhållandet, att förvärvaren före tillträdet normalt icke kontrollerar det bolag vari aktier förvärvats och således för att kunna ta lån i bolaget måste biträdas av aktieöverlåtaren, som i regel har större förutsättningar att disponera över aktiebolagets långivning. Icke sällan förutsätts att överlåtaren tillser, att lån lämnas eller eljest medverkar i låneförfarandet. Härutöver torde dock det särskilda utlåningsförbudet vara tillämpligt i andra fall, där visserligen lånet lämnats efter fullbordat förvärv i ovan angiven meningen, men där det klart framgår att lånet lämnats under sådana förhållanden, att det varit en förutsättning för – eller med Högsta domstolens ord i Framnäs-målet (NJA 1992 s 717, s 726), "alltsedan förvärvstillfället utgjort ett led i" – förvärvet. I förvärvsavtalet kan t ex vara förutsett, att förvärvaren tillträder aktierna innan slutlig betalning sker. I den situationen har förvärvaren, i vart fall i enmans- och fåmansbolag, eller i övrigt vid köp av majoritetsposter, möjlighet att själv

ordna med finansiering genom lån från aktiebolaget ifråga. Den betalning som så småningom sker till överlåtaren kan tänkas ske antingen genom av från bolaget lånade medel eller medel som lånats av tredje man; i det senare fallet kan förvärvaren ha avsett att ta upp lån från bolaget för att återbetala lånet till tredje man. Det är således här fråga om två olika situationer, dels där betalning sker direkt till överlåtaren med medel, som upplånats från bolaget, dels ock där medel först upplånas utifrån, d v s tredje man, varefter slutlig betalning sker till överlåtaren och lånet sedan återbetalas med medel, som upplånats från bolaget. En tredje situation, som delvis redan diskuterats ovan, är den där tillträde till aktierna vinns genom slutlig betalning medelst medel som upplånats av tredje man, och återbetalning av detta lån sker medelst medel från bolaget. Kreditgivare i den förstnämnda situationen är uteslutande överlåtaren, i den andra situationen såväl överlåtaren som tredje man, och i den tredje uteslutande tredje man.

Här anmäler sig två frågor, dels vilken betydelse det har att kreditgivaren, innan slutlig betalning sker medelst av aktiebolaget lånade medel, är överlåtaren själv eller tredje man, dels vilket samband som skall föreligga mellan kreditgivningen från överlåtaren och tredje man, å ena sidan, samt lånet från aktiebolaget, å den andra. Beträffande den första frågan är oklart huruvida enligt Rodhes mening den överhuvudtaget har relevans, enär det avgörande enligt Rodhe skall vara huruvida "seriös kreditgivning" och en "verklig kreditrisk" föreligger. Enligt vad som framgått ovan är enligt Rodhe innebörden härav, att överlåtaren skall ha haft en sådan distans från förvärvaren att han inte redan från början kunnat vara säker på att få betalt ur medel som förvärvaren lånat från aktiebolaget. Någon säkerhet för att betalning sker, och att det dessutom sker med lånade medel från aktiebolaget, kan knappast sägas föreligga i någon av de ovan nämnda situationerna. Om överlåtaren är kreditgivare, och medger tillträde före slutlig betalning, torde han inte annat än i undantagsfall kunna vara tillförsäkrad slutlig betalning. (Någon detentionsrätt eller retentionsrätt kan inte utövas, och skulle han såsom säkerhet erhålla själva föremålet för överlåtelsen, nämligen aktierna, får situationen jämställas med fall av utnyttjande av detentionsrätt.) Uppställer förvärvaren annan tillfredsställande säkerhet, kan normalt sett utlåningsförbudet inte tillämpas. Om kreditgivaren, som erhåller betalning för kredit med av aktiebo-

laget lånade medel, istället är tredje man, kan ej heller någon säkerhet för återbetalning skönjas. Med Rodhes tolkning av det särskilda utlåningsförbudet torde endast ett mycket begränsat utrymme lämnas för förbudets tillämpning, nämligen det fall där överlåtaren eller tredje man i det ena ögonblicket lämnar kredit och i det andra ögonblicket reglerar krediten medelst medel som lånats från det nyförvärvade aktiebolaget utan att förvärvaren i tiden mellan dessa ögonblick, vilken tidsperiod högst kan gälla några timmar, icke har någon reell kontroll över penningflödena, i vart fall i den meningen, att om han inte medverkar till den senare långivningen, han inte kan påräkna att den första krediten verkställs.

Lindskogs tolkning är med en hänvisning till legalitetsprincipen strikt efter ordalydelsen. Sedan aktieförvärvet genomförts, skall enligt Lindskog koncernlåneundantaget medge ett omedelbart penninglån i syfte att lyfta av förvärvsfinansieringen[339]. Av detta följer enligt Lindskog , att s k minutenlån "ej bör kunna angripas"; har förvärvet av aktierna skett innan utlåning sker av bolaget, gäller således enligt Lindskog inte det särskilda utlåningsförbudet. Huruvida förvärvaren har en egen finansieringsförmåga eller inte, eller helt enkelt saknar betalningsförmåga, är enligt Lindskog irrelevant för tillämpning av det särskilda utlåningsförbudet (förhållandet har dock enligt samma mening betydelse vid tillämpningen av utbetalningsförbudet). Lindskog anmäler emellertid vissa reservationer. Det förutsätts t ex att säljaren av aktierna icke före försäljningen "genom egna åtgärder tryggat ett förvärvslån från bolaget". Vidare skall enligt Lindskog gälla, att om det "efterföljande avlyftet av förvärvsfinansieringen avtalas redan före förvärvet" en överträdelse av det särskilda utlåningsförbudet kan vara för handen, t ex i den situationen där köparen utfäster sig att omedelbart efter förvärvet betala säljaren med bolagets medel. Situationen är jämförbar med den där säljaren efter avhändandet av aktierna håller bolagets kassa. Skulle emellertid inflytandet över bolagets kassa hamna hos aktieförvärvaren och således säljaren bli beroende av förvärvarens beslut ifråga om hur kassan skall disponeras, bör enligt Lindskog en överträdelse av förbudet icke anses ha skett, oavsett vad som från början planerades avtalsparterna emellan. Lindskog har följaktligen

[339] Se Lindskog, Kommentar, s 145.

en om möjligt ännu restriktivare syn på tillämpningen och tolkningen av det särskilda utlåningsförbudet än Rodhe. Skillnaden i synsätt mellan Rodhe och Lindskog är emellertid i praktiken obetydlig[340].

Grosskopf är emellertid beredd att sträcka ut tillämpningsområdet för utlåningsförbudet längre än vad ordalydelsen direkt medger, i vart fall när överlåtaren är kreditgivare[341]. Han utgår ifrån vad som i förarbetena (proposition 1973:93, s 92) uttalats om bakgrunden till det särskilda utlåningsförbudet. Enligt Grosskopf skall nämligen genom införseln av det särskilda utlåningsförbudet även de fall omfattas, i vilka en person *utan egen finansieringsförmåga* förvärvat aktierna i ett bolag genom lån från bolaget. Av stor betydelse för det särskilda utlåningsförbudets tillämpning är således enligt Grosskopf huruvida förvärvaren har alternativa möjligheter att finansiera förvärvet. Saknas ett sådant alternativ, och har dessutom parterna i förvärvsavtalet, uttryckligen eller underförstått, förutsatt att krediten skulle regleras medelst lån från aktiebolaget, utgör lånet en överträdelse av det särskilda utlåningsförbudet.

Är kreditgivaren däremot en utomstående person, blir enligt Grosskopf situationen en annan. "Kreditgivaren har då gjort en egen bedömning av köparens finansieringsförmåga och kreditvärdighet. Med stöd härav har kreditgivaren lämnat köparen ett lån och det är detta lån, som har upptagits i syfte att köparen skall förvärva aktierna i bolaget. Det

[340] Alltmedan Rodhe, såsom ovan nämnts, diskuterar "verklig kreditrisk" och "egen finansieringsförmåga", m m, ser Lindskog avsaknaden av dessa förhållanden som indicier på, "att en överenskommelse om förvärvslån från bolaget träffats före förevärvet; eljest skulle kanske säljaren inte vågat ge någon kredit". Se Lindskog, Kommentar, s 145, fotnot 89. Lindskogs tolkning synes vara, att allt som tyder på att säljaren och köparen förutsatt eller avtalat att köpeskillingen skulle erläggas genom lån från målbolaget, eller i övrigt omständigheter som visar, att detta varit parternas avsikt (eller i vart fall säljarens avsikt), genom att säljaren t ex utövar kontrollen över bolagets kassa, eller på annat sätt tillförsäkrar att bolaget genom sina tillgångar står som garant för köpeskillingens erläggande, medför att en överträdelse av förbudet är för handen. Detta synsätt harmonierar emellertid illa med det av Lindskog inledningsvis gjorda konstaterandet, att "minutenlån ej bör kunna angripas". Det karakteristiska för minutenlån är väl just, att kreditgivaren – säljaren eller extern sådan – har kontrollen över bolagets kassa och därför icke löper någon verklig kreditrisk. Jfr härvid vad som uttalas av Lindskog på s 146, fotnot 96. Å andra sidan anmärker Lindskog, att det förhållandet, att säljaren "räknar med" att köparen efter förvärvet kommer att lösa köpeskillingen genom upptagande av lån från målbolaget, inte är straffbar handling. Den naturliga kommentaren till detta är, att slutsatsen givetvis får bero av på vilka grunder säljaren hade att "räkna med" en sådan finansiell lösning, om detta var avtalat eller förutsatt, eller till och med redan arrangerat.

[341] Se Grosskopf, Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor, s 35 ff.

eventuellt efterföljande lån, som senare upptas för att lösa det första lånet från extern kreditgivare kan då inte omfattas av låneförbudet – alltjämt givetvis under förutsättning att koncernundantaget kan åberopas".[342]

Bortsett från att det uttalande i lagmotiven om "köparens finansieringsförmåga" eller "alternativ finansieringsförmåga", vartill Grosskopf hänvisar, icke återfinns vare sig i aktiebolagsutredningens betänkande eller propositionen, synes den distinktion som Grosskopf gör mellan överlåtaren som kreditgivare och utomstående kreditgivare inte kunna upprätthållas. Något övertygande argument för att överlåtarens kredit skall bedömas på annat sätt än en kredit från t ex närstående till överlåtaren, närstående till förvärvaren, god vän till förvärvaren, en eljest låneintresserad fysisk person, finansbolag, eller annat kreditbolag, lämnar icke Grosskopf. Det är möjligt att Grosskopf, utan att det direkt utsäges, har en kreditgivande storbank för ögonen i sitt resonemang. Men till och med i fråga om banklån gör Grosskopf med hänvisning till Rodhe undantag för s k minutenlån, d v s lån som är så kortfristiga, att det löses inom ett och samma möte genom lån från det förvärvade aktiebolaget, och innan köparen lämnat möteslokalen, i fråga om vilka lån således det särskilda utlåningsförbudet i regel är tillämpligt.[343] Den av Grosskopf anförda diskussionen saknar, i vart fall uttryckligt, stöd i förarbetena. I rättspraxis synes frågeställningen inte ha aktualiserats. Det må vara att de ytterst få äldre fall i praxis som rör lån från aktiebolag för erläggandet av likvid för aktier, varvid olovlig vinstutdelning ifrågasattes, hänför sig till situationen där överlåtaren är kreditgivare, men utifrån detta förhållande kan knappast konkluderas, att åtskillnad skall göras mellan kreditgivare av olika slag[344].

Varje kreditgivare med ett visst mått av självbevarelsedrift får förmo-

[342] Grosskopf, *ibidem*, s 36; att låneförbudet inte omfattar den sistnämnda situationen framgår enligt Grosskopf klart av propositionen 1973:93, s 92, 135 och 145. Att detta skulle vara fallet, bestrides emellertid.

[343] Grosskopf ger (s 37) här en beskrivning av minutenlån som i stort sett sammanfaller med Rodhes (s 114). Överlåtaren och förvärvaren anordnar ett sammanträde i en banklokal, varvid förvärvaren erhåller ett lån från banken, vilket lån med bankpersonalens benägna hjälp stämplas in i kassan. De lånade medlen överförs därefter till överlåtarens konto varefter banklånet återbetalas med de medel som lånats från det förvärvade aktiebolaget. Samtliga transaktioner genomförs under loppet av en timme eller två och under denna tid befinner sig såväl överlåtaren som förvärvaren i bankens lokaler.

[344] Beträffande äldre rättsfall, se NJA 1951 s 6, NJA 1966 s 475 och NJA 1976 s 618.

das göra en egen bedömning av förvärvarens finansieringsförmåga och kreditvärdighet, på grund av vilken bedömning krediten ges. Detta gäller oavsett om kreditgivaren är överlåtaren själv som lämnar betalningsanstånd, eller en utomstående fysisk eller juridisk person. Varje kredit som ges medför en kreditrisk, om inte en 100%-ig säkerhet lämnas av kredittagaren vilket för övrigt torde vara mycket ovanligt. En kredit, som ges utan säkerheter, innebär givetvis ett större risktagande. Härvid kommer faktorer som kredittagarens kreditvärdighet, betalningsförmåga och betalningsvilja, sådan den gestaltat sig under en längre tid, att vara avgörande. I Grosskopfs resonemang förutsätts, såvitt kan ses, att kreditgivaren, oavsett om denne är överlåtaren eller en utomstående, inte påfordrar säkerhet. Detta torde vara ovanligt (dock icke alltid så sällsynt) i det fall där kreditgivaren är en bank, som enligt gällande lag om bankrörelse är skyldig att infordra tillfredsställande säkerhet. Även i andra fall torde det vara mindre vanligt, i vart fall när det gäller etablerade kreditbolag, finansbolag m m, att kredit ges utan säkerhet. I de mera sällsynta fall, detta ändå sker, undantagsvis även från bankers sida, t ex när bankkund tillåts övertrassera checkräkningskredit under en viss kortare tidsperiod, får antas att kreditgivaren på andra grunder har räknat med att krediten skall regleras utan större dröjsmål. (Resonemanget gäller, *mutatis mutandis*, i de fall kredit ges mot säkerhet, men där säkerheten icke på långt när är tillfredsställande.) Avgörande för det särskilda utlåningsförbudet blir härvid, vad detta kreditgivarens antagande om kreditens reglering baseras på. Ur kreditgivarens perspektiv föreligger alltid en kreditrisk vid kredit utan eller med otillfredsställande säkerhet. Lämnas säkerhet, som inte består av det förvärvade aktiebolagets egna tillgångar, föreligger i regel inte överträdelse av det särskilda låneförbudet[345]. Lämnas säkerhet utan att det förvärvade aktiebolagets tillgångar berörs, har kredittagaren manifesterat en egen finansieringsförmåga.

Förhåller sig emellertid saken så, att kreditgivaren avstår från att kräva

[345] Märk här Svea Hovrätts dom av den 27 november 1990, mål nr B 1301/90, DB 195, som gällde insättning av det förvärvade bolagets medel på spärrade konton och pantförskrivning av fordran hos den kreditgivande banken (pant i egen skuld, jämför NJA 1953 s 60 och NJA 1936 s 295; se även Lindskog, Stefan, Pant i egen skuld, SvJT, 1983 s 535). Pantsättningen anses bli sakrättsligt fullbordad genom pantavtalet. Pant hade i hovrättsfallet ställts innan krediten beviljades. Genom att ställa säkerheten befanns överträdelse av det särskilda låneförbudet ha skett.

säkerhet, därför att sådan icke existerar eller icke är erforderlig, måste slutsatsen bli att kreditgivaren räknat med krediten ändå skall regleras. Kan det sedan visas i det enskilda fallet – varvid bevisbördan som i straffrättsliga förfaranden i allmänhet åligger åklagaren -, att detta antagande bygger på förutsättningen, att krediten skall regleras genom lån från det förvärvade bolaget (eller genom att detta ställer säkerhet), är det särskilda utlåningsförbudet tillämpligt. Vad som skall visas är, att kreditavtalets parter i samband med kreditgivningen avtalat eller underförstått att krediten skall regleras på angivna sätt. Vid krediten skall alltså ha förutsatts, att den regleras med bolagets medel. I bevisningen härom får olika omständigheter betydelse, t ex följande: I hur nära anslutning till krediten ställes bolagets medel till förfogande för att krediten skulle regleras (tidsfaktorn)? Förelåg några muntliga eller skriftliga överenskommelser, diskussioner m m mellan parterna i kreditavtalet om att krediten skulle regleras med bolagets medel? Förelåg möjlighet för kredittagaren att reglera krediten på annat sätt än med bolagets medel (egna eller alternativa finansierinsmöjligheter)? I nära samband med sistnämnda fråga står en annan, nämligen huruvida kreditgivaren infordrat säkerhet av något slag. I vilken omfattning medverkar överlåtaren av aktierna vid kreditgivningen, och vilken är överlåtarens roll härvid?

Såväl Rodhe som Grosskopf synes mena att i de fall – i vilka, får det antas, inte tillräcklig säkerhet ställs – men kreditgivaren ändå icke tar någon nämnvärd kreditrisk, den slutsatsen ligger nära till hands, att överträdelse av det särskilda utlåningsförbudet är för handen. Motsatsvis skulle gälla, att där kreditrisken är påtaglig och reell, brott mot låneförbudet i regel inte föreligger. För Rodhe tycks detta gälla generellt. Grosskopf ställer upp ett "absolut krav" på verklig kreditrisk för att överträdelse skall undvikas. De ovan beskrivna "minutenlånen" utgör överträdelse just av den anledningen att kreditgivaren icke tar en kreditrisk.

Frågan är emellertid om ett risktagande är tillräckligt för att brott skall undvikas. Såsom redan berörts, är riskfaktorn endast en omständighet bland många, till vilka hänsyn skall tas vid tillämpningen av förbudsregeln. Pekar andra omständigheter, t ex en överenskommelse om reglering av krediten genom lån från det förvärvade aktiebolaget, på att krediten är av övergångsnatur och syftar till att kringgå utlåningsförbudet, bör detta ändå vara tillämpligt, oaktat att kreditgivaren tagit en kreditrisk un-

der någon veckas eller t o m månads tid. Det är sedan en annan sak att bevissvårigheterna är avsevärda vad gäller förekomsten av sådana överenskommelser. Beträffande tidsfaktorn är det uppenbart, att ju längre tid som förflutit mellan kreditgivningstidpunkten och tidpunkten för kreditens reglering genom lån från det förvärvade aktiebolaget, desto större blir svårigheterna i vad avser bevisningen om sambandet mellan krediten och det sätt på vilket den reglerats (till de omständigheter som bör beaktas hör också beloppets storlek, och hur vanligt att kreditgivaren lämnar krediter, checkräkningskrediter eller motsvarande till kredittagare i allmänhet och den aktuella kredittagaren i synnerhet). Varje kredit som sträcker sig längre i tiden än kredittiden vid "minutenlån" innebär en kreditrisk (om inte fullt betryggande säkerhet lämnas) och kreditrisken ofta får antas öka med kredittiden. Har en kortare checkräkningskredit lämnats, får omständigheterna kring denna bedömas mot bakgrund av kreditgivarens normala rutiner. Även andra omständigheter kan vara att beakta.

Sammantaget får frågan om överträdelse av det särskilda utlåningsförbudet föreligger ses som en fråga om vilken bevisning som kan åstadkommas vad gäller det syfte som lånet eller säkerheten från aktiebolaget har. Är syftet härmed att låntagaren skall förvärva aktier i det långivande aktiebolaget eller att överhuvudtaget ett sådant förvärv skall slutligt kunna genomföras, och utgör lånet från målbolaget på så sätt ett led i själva aktieförvärvet, har låneförbudet överträtts. Förvärvas aktierna genom att överlåtaren eller utomstående juridisk eller fysisk person tillhandahåller en kredit, vilket möjliggör tillträde till aktierna, varefter – möjligen med en viss tidsutdräkt – krediten regleras medelst medel från det förvärvade bolaget, får återigen det avgörande vara, vilken bevisning som kan åstadkommas beträffande förutsättningarna för den lämnade krediten och sambandet mellan denna och det sätt på vilket krediten regleras[346]. Det

[346] Jfr härvid Högsta domstolens dom av den 30 november 1992, NJA 1992 s 717. Målet gällde ett åtagande från målbolagets sida att gentemot säljaren av aktierna i målbolaget tillse, att denne skulle erhålla betalning för en viss tilläggsköpeskilling (nedan "målbolaget" resp "betalningsutfästelsen"). De närmare omständigheterna i fallet skall behandlas nedan i avsnitt 6.3. Betalningsutfästelsen lämnades i samband med aktieöverlåtelseavtalet. Genom utfästelsen blev säljaren säkerställd mot möjligheten att aktieförvärvaren skulle sakna medel att betala en eventuell tilläggsköpeskilling, när den frågan aktualiserades. Av intresse i detta sammanhang är Högsta domstolens uttalande i frågan om betalningsutfästelsens förenlighet med det särskilda låneförbudet:

sagda innebär ävenledes, att utrymmet för det särskilda utlåningsförbudets tillämpning bör vara något vidare än det som angivits av Rodhe och i närheten av det som föreslagits av Grosskopf, om än på andra grunder än de som anförts av denne. Vad det hela reduceras till, är en fråga om bevisning om syftet med lånet från ett aktiebolag, varvid bevisbördan åligger åklagarsidan i det straffrättsliga förfarandet; i bedömningen skall invägas samtliga omständigheter av ovan nämnt slag av betydelse för frågan. Avslutningsvis kan följande vägledande exempel anges. (Vad som sägs nedan om lån, gäller *mutatis mutandis* säkerhet från målbolagets sida för att tillförsäkra lån i syfte att förvärva aktier i målbolaget.)

1. A erhåller option på att förvärva aktier i bolaget X av B. A påkallar optionen, lånar medel från bolaget i fråga och betalar B med de lånade medlen för att vinna tillträde till aktierna.
2. A träffar avtal med B om förvärv av aktierna i bolaget X. Tillträde skall ske en tid efter avtalets undertecknande. A lånar medel från X för att betala B och vinner därigenom tillträde till aktierna.

Så långt är det tämligen klart att överträdelse av det särskilda utlåningsförbudet har skett. Varieras exemplen så, att A endast lånar en del av köpeskillingen av X, eller erhåller lån från tredje man, som emellertid återbetalas före tillträdet med medel som lånats av X, torde också detta vara en överträdelse. Sker utlåningen via B, föreligger istället brott mot det generella utlåningsförbudet, eventuellt också mot det särskilda låneförbudet. Sammantaget gäller för de nu givna

"Utfästelsen har sålunda alltsedan förvärvstillfället utgjort ett led i finansieringen av [aktieförvärvarens] förvärv av aktierna. Till stöd för att utfästelsen likväl inte kan anses ha lämnats i syfte att [aktieförvärvaren] skulle förvärva aktierna i [målbolaget] har [säljaren] åberopat bl a *att* det var beroende av framtida, ovissa faktorer huruvida någon tilläggsköpeskilling överhuvudtaget skulle utgå, *att* aktieöverlåtelsen var definitiv i och med avtalet den 1 juni 1981 och alltså inte villkorad av att en eventuell tilläggsköpeskilling erlades *samt att* rätt till sådan köpeskilling kunde förväntas uppkomma först flera år efter avtalet, vilket också blev fallet. Varken dessa eller andra av [säljaren] åberopade förhållanden kan emellertid vara avgörande för frågan huruvida [målbolagets] utfästelse stått i strid med angivna bestämmelser om låneförbud. Även om utfästelsen haft också andra syften, måste den p g a det nyss anförda anses innebära att [målbolaget] ställt säkerhet i syfte att [aktieförvärvaren] skulle förvärva aktierna i [målbolaget]."

Av särskilt intresse här är invändingen, att avtalet om aktieöverlåtelse var definitivt i och med dess undertecknande den 1 juni 1981, och icke villkorat av att en eventuell tilläggsköpeskilling erlades, vilken invändning således Högsta domstolen icke fäste avseende vid. Det avgörande enligt Högsta domstolens mening var, att betalningsutfästelsen utgjorde "ett led i" finansieringen av aktieförvärvet.

exemplen, att alla lån som ges av bolaget för att A skall kunna vinna tillträde alternativt genomföra/slutföra aktieförvärvet är förbjudna.

Tolknings- och tillämpningssvårigheterna uppstår, såsom ovan framgått, när bolaget X lämnar lån till A efter tillträdet eller den tidpunkt förvärvaren hade rätt att påkalla tillträde. Beträffande sådana lån blir givetvis det generella utlåningsförbudet tillämpligt, om icke något av de specifika undantagen är tillämpligt. I praktiken synes koncernlåneundantaget bli tillämpligt, när A är ett aktiebolag och tillträde skett. Möjligen skulle även kommunlåneundantaget kunna aktualiseras. Övriga undantag synes i praxis vara i stort sett uteslutna. Det får härvid förutsättas att de lånade medlen, enligt vad som kan visas, används för att slutligt betala säljaren B, i de fall där B stått för krediten till A, eller till utomstående person, som lämnat lån för betalning av aktierna. Den kredit som erhållits av B eller av utomstående ("övergångskredit") kan också vara säkerställd på olika sätt.

3. A förvärvar aktierna i bolaget X av B och vinner tillträde utan att ha erlagt hela köpeskillingen. B lämnar således kredit beträffande hela eller del av köpeskillingen. Efter tillträde lånar A medel från X och fullgör sin betalningsskyldighet. Om A är en fysisk person strider den sistnämnda transaktionen mot det generella låneförbudet. Är A däremot ett aktiebolag, som utgör moderbolag till X genom förvärvet, eller sen tidigare, är koncernundantaget tillämpligt. Det särskilda utlåningsförbudet har dock överträtts, om A och B vid förvärvet av aktierna i X och tillträdet förutsatte, att aktierna skulle betalas med lån från X, samt att A i praktiken saknade en alternativ finansieringsmöjlighet. Här är det fråga om en helhetsbedömning av den bevisning som kan läggas fram i vad avser omständigheterna kring lånet i det enskilda fallet. Vilka faktorer som skall läggas in häri, har diskuterats ovan och skall sammanfattas i framställningen nedan.
4. Som 3. ovan, med undantag av att A lämnar de förvärvade och tillträdda aktierna i pant till B, såsom säkerhet för den kredit B lämnar. När panten lämnas för vinnande av tillträde, synes situationen kunna jämställas med den där överlåtaren av aktierna, efter det att förvärvsavtal träffas, innehåller aktierna intill dess att köpeskillingen erlagts, varvid överlåtaren gör gällande detentionsrätt. Även om teoretiska olikheter föreligger såvitt avser panträtt och detentionsrätt, bör situa-

tionerna behandlas lika vid tillämpningen av det särskilda utlåningsförbudet. Krediten och tillträdet möjliggörs av de ifrågavarande aktierna; förvärvaren har icke uppvisat självständig finansieringsförmåga; överlåtarens kreditrisk är begränsad.

5. Som 4. ovan, men med den skillnaden att säkerhet inte lämnas i form av pant i de förvärvade aktierna, utan i form av annan *av utomstående* ställd säkerhet (borgen, garanti, pant eller motsvarande). Härmed ökar bedömningssvårigheterna väsentligt. Om säkerheten är tillfredsställande, är överlåtaren B:s kreditrisk begränsad. Fullgör inte förvärvaren sin betalningsskyldighet, kan säkerheten åberopas. Samtidigt har förvärvaren uppvisat i vart fall viss alternativ finansieringsförmåga. (Det förutsättes givetvis att säkerheten är reell; eljest är snarare situation 3. ovan för handen.) Kreditrisken ligger hos den som lämnar säkerhet. Avgörande får återigen bli sambandet mellan den lämnade säkerheten och förvärvarens lån av aktiebolaget efter tillträdet. Här, liksom ovan i punkt 3., måste en helhetsbedömning ske.
6. Som punkt 5. ovan, med den skillnaden att en utomstående person, istället för att lämna säkerhet, lånar medel till förvärvaren, så att denne vinner tillträde till aktierna, varefter förvärvaren medelst lån från bolaget återbetalar förstnämnda lån. Även här blir en helhetsbedömning nödvändig.

I exemplen 3., 5. och 6. ovan vilar slutsatsen om det särskilda utlåningsförbudets tillämplighet på en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. I samtliga fall utnyttjas en övergångskredit eller övergångssäkerhet för att tillträde till aktierna skall vinnas, vilken kredit återbetalas (säkerhet återlämnas) efter tillträdet. Bland de omständigheter som skall bedömas kan nämnas följande: Den övergripande frågan blir givetvis om det lån som upptagits i det förvärvade aktiebolaget syftat till att slutgiltigt genomföra aktieförvärvet. Det skall vara fråga om ett så starkt kausalssamband mellan förvärvet och det efterföljande lånet, att lånet varit en nödvändig förutsättning för förvärvets genomförande, d v s om det efterföljande lånet icke kommit till stånd, skulle förvärvet inte ha kunnat genomföras. Därmed har också fastställts, att tillämpning av det särskilda utlåningsförbudet icke förutsätter att lånet kronologiskt sett lämnats före förvärvet eller tillträdet av aktierna, utan även lån som läm-

nats i efterhand skall kunna omfattas. I synnerhet måste följande omständigheter beaktas.

Har det aktuella lånet lämnats för att erlägga köpeskillingen enligt 3. och 5. ovan, eller, som framgått ovan, har aktieöverlåtarens kredit eller tredje mans övergångskredit givits mot säkerhet? Utgörs säkerheten i ett sådant fall av aktiebolagets tillgångar, föreligger brott mot utlåningsförbudet. Utgörs säkerheten istället av aktierna, föreligger en omständighet som vid en helhetsbedömning talar för att det särskilda utlåningsförbudet överskridits, särskilt, såsom ovan nämnts, i fall av aktieöverlåtarens kredit. Säkerhetsformen tyder på att förvärvaren saknar egen finansieringsförmåga. Lämnas emellertid säkerhet som icke är relaterad till det förvärvade aktiebolaget eller aktierna, synes vanligen den motsatta slutsatsen vara berättigad, med undantag av tredje mans pant, borgen, garanti eller motsvarande, som lämnas som säkerhet från aktieförvärvarens sida och som utgörs av det förvärvade bolagets tillgångar eller aktierna ifråga.

Vad som återstår är de fall där aktieöverlåtaren eller utomstående beviljat kredit/ övergångskredit till synes utan eller otillräcklig säkerhet. Härvid är det möjligt, även om banklagstiftningen enligt vad som ovan framgått lämnar banker litet utrymme härför, att krediten *de facto* lämnats helt utan säkerhet. Antas att aktieförvärvaren reglerar krediten efter tillträdet av aktierna med ianspråktagande av bolagets tillgångar (eller ställde säkerhet för krediten med utnyttjandet av dessa tillgångar, vilket torde vara en sällsynt företeelse), skulle det kunna hävdas att låneförbudet ändå är tillämpligt, enär enligt de objektiva rekvisiten förbudet endast förutsätter en persons, närmare bestämt aktieförvärvarens/låntagarens, handlande. Mot detta resonemang kan emellertid invändas, att – därest kredit i verkligheten beviljats utan säkerhet – det senare utnyttjandet av aktiebolagets tillgångar i form av lån eller säkerhet inte varit en förutsättning för den förstnämnda krediten; är aktieförvärvaren i stånd att erhålla kredit utan säkerhet, får han därigenom anses ha uppvisat en självständig finansieringsförmåga. Det som i realiteten återstår är därför den kredit som beviljas under den explicita eller implicita förutsättningen att krediten skall regleras efter aktietillträdet medelst ianspråktagande av aktiebolagets tillgångar. Därigenom blir aktieförvärvarens finansieringsförmåga satt i relation till aktiebolagets tillgångar och möjligheterna att ta dessa i anspråk.

Sammanfattningsvis skall vid tillämpningen av det särskilda utlåningsförbudet visas – varvid bevisbördan ligger å åklagarsidan – att lånet som upptagits efter aktietillträdet (eller säkerheten som ställts) från målbolaget utnyttjas för återbetalning av kredit beviljad av aktieöverlåtaren eller av tredje man beviljad övergångskredit, att aktieförvärvaren saknat en självständig, från aktiebolagets tillgångar oberoende finansieringsförmåga därigenom, att aktieförvärvaren och aktieöverlåtaren respektive utomstående kreditgivare (eller ställare av säkerhet) explicit eller implicit förutsatt att krediten skulle regleras medelst utnyttjande av aktiebolagets tillgångar, samt att så faktiskt skett. En indikation eller ett indicium på det senare är givetvis att mycket kort tid förflutit mellan den beviljade krediten, aktietillträdet och utnyttjandet av aktiebolagets tillgångar för lån eller säkerhet. (Jämför härvid det av Rodhe och Grosskopf närmare redovisade "minutenlånet".) Har endast några dagar förflutit, torde också detta förhållande vara ett gott indicium därpå. Ett annat, närmare till hands liggande indicium skulle ju i förstone kunna vara bevisning om att aktieförvärvaren muntligen eller skriftligen åtagit sig att tillse, sedan han tillträtt aktierna, att reglera krediten genom lån från aktiebolaget eller lämna säkerhet härför med aktiebolagets tillgångar. Ett dylikt åtagande har ingen obligationsrättslig verkan och ur kreditgivarens perspektiv inget mervärde utöver aktieförvärvarens allmänna åtagande att reglera krediten som sådan. Följaktligen torde det vara sällsynt att särskild bevisning säkras i fråga om dylika åtaganden. Ett indicium av betydelse är dock aktieförvärvarens allmänna kreditvärdighet och hans förutsättningar för att få kredit oberoende av aktiebolagets tillgångar på marknaden i allmänhet och hos den enskilde kreditgivaren i synnerhet. Här är åter fråga om en bedömning av förvärvarens självständiga finansieringsförmåga. Att beakta är också kreditens karaktär, huruvida fråga är om en temporär checkräkningskredit, eller en längre kredit. Har en längre kredit utan säkerhet beviljats, varvid avkastningsräntan med all säkerhet ligger väsentligt över marknadsränta, faller det sig måhända naturligt att aktieförvärvaren ganska snart efter aktietillträdet reglerar krediten medelst ett lån från det förvärvade aktiebolaget. Lämnas däremot en tillfällig checkräkningskredit, måste såväl kreditgivaren som aktieförvärvaren/kredittagaren ofta anses har förutsatt att krediten skulle regleras i nära anslutning till aktietillträdet, antingen genom lån från aktiebolaget

eller genom ställande av säkerhet med aktiebolagets tillgångar, i sistnämnda fall föreligger också möjligheten, att checkräkningskrediten omvandlas till en reguljär längre kredit mot säkerhet i tillgångarna. Det förhållandet vidare, att kreditgivaren tar en kreditrisk, utesluter inte brott mot utlåningsförbudet. Har det förutsatts att krediten skall regleras med lån från aktiebolaget, och frågan icke är om "minutenlån", varvid banken har full kontroll över transaktionerna, föreligger i princip alltid kreditrisk. Huruvida kreditrisken ökar med kredittidens längd är svårt att bedöma; det är inte självklart att så är fallet, i vart fall icke när fråga är om kredittider alltifrån en dag till några veckor. Redan en dags kredit kan medföra en betydande kreditrisk, särskilt när det förutsatts att krediten skulle regleras med lån från aktiebolag. Kredittidens längd är icke heller detsamma givetvis som den tid som förflutit mellan kreditens beviljande och kreditens reglering; att krediten reglerats först flera veckor efter aktietillträdet säger i och för sig ingenting om den tidpunkt inom vilken enligt vad parterna förutsatt, krediten *skulle* ha reglerats. En annan sak är sedan, att det av kreditåtagandet framgår, att det skulle regleras – på ett eller annat sätt – först efter en så lång tidsperiod.

Det bör slutligen betonas, att vad nu sagts om tillämpningen av det särskilda utlåningsförbudet icke hindrar att – sett från målbolagets synvinkel – aktieförvärvaren erlägger köpeskillingen, eller fullgör betalningsskyldigheten enligt kreditavtal – genom att undan för undan lyfta *utdelning* (koncernbidrag, m m) från målbolaget, allt givetvis förutsatt att det sker inom ramen för vad som är utdelningsbart enligt ovan redovisade regler om vinstutdelning. Om förvärvaren således i direkt anslutning till aktieförvärvet gör uttag från målbolaget, icke i form av lån utan i form av utdelning eller koncernbidrag (som således också är en vinstutdelning), föreligger icke brott mot det särskilda utlåningsförbudet (ej ens om utdelningen går utöver vad som är utdelningsbart, varvid istället utbetalningsförbudet är tillämpligt). Förvärv av aktiebolag med dess egna medel kan följaktligen fortfarande ske. Sker uttag på andra sätt än genom lån, reguljär eller förtäckt vinstutdelning, koncernbidrag, eller till och med i fall av ren plundring av målbolaget, varvid bokföringen av uttaget har viss, men icke avgörande betydelse, är förbudet icke tillämpligt. En annan sak är

sedan att andra straffrättsliga regler, t ex i BrB 11 kap, kan aktualiseras[347]. Det skall också tilläggas, att utlåningsförbudet givetvis icke hindrar att förvärvaren använder de förvärvade aktierna som säkerhet för lån av extern kreditgivare. Aktierna utgör ju icke målbolagets tillgång. Huruvida sedan säljaren, om säljaren är ett aktiebolag, överträder det generella utlåningsförbudet genom att bevilja en kredit till förvärvaren för en längre period, i nyssnämnda exempel för den tid som förvärvaren behöver för att kunna genom uttag i form av utdelningar erlägga köpeskillingen, är en fråga som behandlats ovan i avsnitt 5.2.3.4.

5.3.3 Specifika och lagstadgade undantag från det särskilda utlåningsförbudet

Till skillnad från det generella utlåningsförbudet, som har fyra specifika undantag enligt vad som ovan angivits, stadgas från det särskilda utlåningsförbudet endast ett undantag. Detta undantag infördes år 1982 sedan initiativ väckts i frågan av Industriförbundet genom en skrivelse av den 24 april 1981. Undantaget avser lån till anställda för förvärv av aktier

[347] Se här t ex Stockholms tingsrätts dom av den 26 november 1991 (B 17-138-88, särskilt sidorna 59 ff) beträffande frågan om bolagsplundring kunde betecknas som penninglån i det särskilda utlåningsförbudets mening:

"Det skall vara fråga om ett penninglån. Det krävs att den person som företräder bolaget, när pengarna tillhandahålls, avser att bolaget skall förvärva en fordran av ekonomiskt värde mot en låntagare. Att det tilltalade vid uttaget avsett att tillskapa en sådan lånefordran är inte visat eller ens sannolikt. Som en advokat, vilken som konkursförvaltare kunnat följa ett stort antal konkurser kring Rolf Gustafsons och Ulf Munthers verksamhet, har uttryckt det vid ett vittnesförhör ger affärerna det intrycket att köparna inte hade haft någon annan affärsidé än att ta hand om pengarna och försvinna så fort som möjligt. Regelmässigt har sålunda inte kunnat återfinnas någon bokföring. Aktiviteterna i bolagen har bestått i meddelanden till skattemyndigheter om att preliminär skatt inte vidare skulle erläggas, anmälningar till bolagsbyrån och arbete med att komma åt medel på spärrkonton i Riksbanken." (Se domskälen s 60.)

i det arbetsgivande bolaget eller bolag inom samma koncern[348]. Undantaget för anställdas lån för aktieförvärv är dock omgärdat av väsentliga begränsningar enligt följande:

1) Lånebeloppet får icke vid en sammanräkning av tidigare lån som den anställde tagit från bolaget eller annat bolag i samma koncern i samma syfte överstiga två basbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring (ca 70.000 kronor).
2) Själva *låneerbjudandet* måste rikta sig till minst hälften av de anställda i bolaget.[349]
3) Lånevillkoren måste vara så utformade att lånet skall återbetalas inom en 5-årsperiod genom regelbundna – minst två – amorteringar.
4) Vid en sammanräkning av det aktieinnehav som den anställde och denne närstående fysiska eller juridiska personer har i det långivande bolaget *och* bolag inom samma koncern (d v s koncernen som helhet) får aktieinnehavet inte uppgå till 1% av aktiekapitalet och inte mer än 500 aktier i bolaget eller koncernen som helhet. Här är det således fråga om samma spärregler som enligt undantaget från det generella utlåningsförbudet. (Beträffande detta se ovan.)
5) Anställda som ingår i bolagsledningen, jämte närstående – inom den förbjudna kretsen – till dessa, har icke rätt att åberopa undantaget. Emellertid skall arbetstagarledamöterna i ett bolags styrelse i trots av denna begränsning kunna göra gällande undantaget. Genom sist-

[348] Beträffande tillkomsten av undantaget, se proposition 1981/82:95, särskilt bilaga 1 med skrivelse från Industriförbundet. I skrivelsen anges såsom skäl för att skapa utrymme för ett undantag främst behovet av att stimulera sparandet, framförallt aktiesparandet. Föredragande departementschef anger härutöver intresset av att undvika maktkoncentration i näringslivet och söka åstadkomma en bred spridning av ägandet, till vilken anställdas förvärv av aktier i det egna företaget skulle medverka. Vidare skulle anställdas aktieförvärv vara ägnat att förstärka deras känsla av samhörighet med företaget och öka deras inflytande i detta.

Tidigare hade lån till anställda för förvärv av aktier visserligen förekommit, men sådana lån hade förutsatt ett särskilt dispensförfarande enligt dispensregeln i ABL 12 kap.

[349] Någon minimigräns för antalet anställda har icke fastställts i undantagen. Huruvida undantaget är tillämpligt i aktiebolag med endast en anställd är därför oklart. Möjligen skulle vid en ändamålstolkning av undantaget, varvid särskilt skall framhållas syftet med undantaget såsom det beskrivits bl a i förarbetena, se ovan bl a s 277 ff, minimikravet kunna ställas högre. I brist på särskild vägledning i lagstadgans ordalydelse, får emellertid på grundval av legalitetsprincipen anses gälla, att lån till en anställd i ett aktiebolag – under förutsättning givetvis att övriga rekvisit är uppfyllda – icke utgör brott mot förbudet. Annan mening, Lindskog, Kommentar, s 147.

nämnda begränsning avses risken för missbruk av lånemöjligheten kunna förebyggas.

6) Lån enligt det specifika undantaget får överhuvudtaget inte lämnas (från och med den 1 januari 1995), om det sammanlagda beloppet av dylika lån genom penninglånet (därefter) överstiger borgenärsbolagets fria egna kapital.

5.4 Dispenser och förteckningar

Enligt ABL 12:8 kan skattemyndigheten på ansökan bevilja dispens från utlåningsförbuden, om det vid förvärv av aktier i bolaget eller annat bolag i samma koncern är påkallat av särskilda omständigheter eller om det i annat fall föreligger synnerliga skäl. Såvitt gäller som står under Finansinspektionens tillsyn, bl a kreditmarknadsbolag, värdepappersbolag, fondbolag samt Värdepapperscentralen VPC AB och Upplysningscentralen UC AB, skall dispens beviljas av Finansinspektionen. Beträffande försäkringsbolag saknas för närvarande möjlighet till undantag genom dispens, se försäkringsrörelselagen (1982:713) 12:13. I första hand avser dispensmöjligheten lån för aktieförvärv. Beträffande sådana särskilda omständigheter som erfordras för att dispens skall beviljas framgår av praxis, att såsom sådana omständigheter brukar betecknas generationsskiftesproblem o dyl. Vid externa förvärv synes dispens beviljas endast mycket sällan. Ifråga om lån för annat ändamål än aktieförvärv förutsätts, såsom nämnts, synnerliga skäl. Praxis visar att dispens förekommer mycket sällan. Så snart risk föreligger för skatteflykt har dispens icke beviljats[350]. Primärt synes med skatteflykt här avses lån för privat konsumtion, vilket också innefattar lån för förvärv av bostad. I visst fall kan dock dispens beviljas till arbetstagarledamot i styrelse, även om lånet avser privat konsumtion, särskilt om övriga anställda, som icke är aktieägare, erhåller dylika lån[351]. Från och med den 1 januari 1995 skall beträffande lån i syfte

[350] Beträffande praxis se bl a Carlsson, Bernhard, Dispenser från låneförbudet enligt aktiebolagslagen, Lund 1981, ävenledes DsH 1982:3 och DsFi 1987:2. Se också Kedner-Roos vid 12:8. Beträffande förarbeten se prop 1973:93 s 94 ff och 135 f, prop 1975:103 s 497, SOU 1971:15, s 322.

[351] Se prop 1975:103, s 497.

att låntagaren skall förvärva aktier i det långivande bolaget dispens icke längre kunna beviljas i de fall där det långivande bolaget är publikt.

Såsom villkor för dispens gäller icke sällan att låntagaren skall ha en god kreditvärdighet. Något krav på att säkerhet skall ställas för lånet ställs icke i lagstadgandet, men det får antas att en säkerhet är ägnad att öka utrymmet för dispens. Detsamma gäller andra villkor förenade med lånet, t ex att marknadsmässig ränta skall erläggas liksom att regelbunden amortering skall ske. Däremot stadgas det slutligen att bolagets kända borgenärer skall "höras över" ansökningen om dispens. Förfarandet underlättas givetvis av att borgenärerna särskilt anges i ansökningshandlingen. Är det å andra sidan uppenbart, att borgenärernas ställning icke berörs av lånet, behöver sådant hörande icke ske. Slutligen ges i lagstadgandet borgenär, som så begär, rätt att antingen få sin fordran betald eller säkerhet ställd för denna. Det är oklart om denna rätt även skall gälla i fall där borgenärens ställning uppenbarligen icke påverkas av det ifrågavarande lånet. Ändamålsskäl talar för att så icke skall vara fallet. Enligt ABL 18:7, 1 st, gäller slutligen att besvär över dispensmyndighetens beslut förs hos regeringen. Besvärstiden är tre veckor från det att sökanden fick del av beslutet (se förvaltningslagen 24 §, 2 st).

Enligt ABL 12:9 skall sådana penninglån och säkerheter som lämnats med stöd av tillstånd enligt dispensstadgandet upptagas igen av styrelsen och verkställande direktör för varje räkenskapsår upprättad förteckning, såvida ej tillståndsmyndigheten föreskrivit att lånet eller säkerheten ej behöver upptas i sådan förteckning. Förteckningen skall avse dels under räkenskapsåret tillkomna, dels från tidigare räkenskapsår kvarstående lån och säkerhet. I förteckningen skall angivas namnet på de personer till vilka lån lämnats eller till förmån för vilka säkerhet ställts. Vidare skall i förteckningen på motsvarande sätt anges de penninglån och säkerheter som lämnats enligt undantaget om kommersiella lån. Förteckningen skall bevaras under minst en 10-årsperiod räknat från utgången av det räkenskapsår till vilket förteckningen hänför sig. Enligt ABL 10:10, 4 st, skall en revisionsberättelse innehålla yttrande om att förteckning upprättats i enlighet med ABL 12:9, när skyldighet till detta föreligger.

6. Påföljder och ansvar vid brott mot förvärvsutbetalnings- och utlåningsförbuden i aktiebolagslagen

6.1 Ansvar vid olovlig utbetalning – godtrosrekvisitet

Ett förvärv av egna aktier i strid med förbudet i ABL 7:2, första stycket medför att förvärvsavtalet är ogiltigt. Eventuell god tro hos någon av avtalsparterna saknar betydelse för frågan om ogiltighet. När ett avtal befinns vara ogiltigt, skall i regel prestationerna å ömse sidor återgå, d v s aktierna skall återlämnas och betalningen för dessa, i den mån betalning utgått, återbäras[352]. Förbudet är däremot inte straffsanktionerat. Skulle aktiesäljaren inte kunna fullgöra sin återbetalningsskyldighet, uppkommer frågan om hur bristen skall täckas. Eftersom bolaget åsamkats skada på grund av den bristande återbetalningen, och skadan orsakats av en handling i strid med förbudet, ligger det nära till hands att på grundval av ABL 15 kap göra gällande skadeståndsansvar. Ansvariga för den skada som bolaget härigenom lider är de personer i företagets ledning som medverkat i beslut om förvärvet eller verkställandet av beslutet. Till frågan om bolagsledningens skadeståndsansvar återkommer framställningen nedan.

Har däremot förvärvet skett i enlighet med något av de undantag som medges till förbudet i ABL 7:2, andra stycket, synes förvärvet som sådant ej kunna betecknas som ogiltigt. Svårigheter uppkommer emellertid när aktierna icke avyttras inom den tid som stipuleras i undantagsstadgandet (aktierna skall avyttras så snart det kan ske utan förlust, i vissa fall dock senast två år efter förvärvet, såvida icke dispens meddelas). Alternativt kan bolaget dra in aktierna genom nedsättning av aktiekapitalet. Någon

[352] Märk att förvärv som ägde rum före den 7 juli 1944, vid vilken tidpunkt förbudet mot förvärv infördes i svensk rätt, enligt övergångsbestämmelserna icke är ogiltiga.

sanktion mot att ett bolag behåller aktierna i strid med den nyssnämnda avyttringsregeln uppställdes icke tidigare. Genom att ogiltigheten inte drabbade förvärvet som sådant, var ogiltighetssanktionen förbrukad för det fall avyttring icke skedde. Någon straffsanktion hade ej heller stadgats. I aktiebolagsutredningen[353] antogs, att förbuden i ABL 9:1, 4 st, mot att företräda aktier som tillhör bolaget eller dess dotterbolag vid bolagsstämman och utöva rösträtt för densamma samt bestämmelsen i ABL 11:7, 4 st, om att bolagets egna aktier skall med angivande av det nominella beloppet upptagas såsom tillgång utan värde, får en återhållande effekt på innehav av egna aktier och därigenom verkar som en sanktion för skyldigheten att avyttra förvärvade egna aktier. I propositionen kommenteras över huvud taget ej frågan[354]. Det var dock ej uteslutet att även här skadeståndssanktionen kunde aktualiseras, om det visades att bolaget lider skada av att aktierna ej avyttras inom den stipulerade tidsperioden[355]. Det skulle emellertid bl a visas, att bolaget skadades av att det behöll aktierna utöver tidsperioden ifråga, vilken skada måste skiljas från den som uppkommer på grund av att aktierna *förvärvas*. Det säger sig självt att bevissvårigheterna härvidlag stundom kunde vara stora[356].

Såsom framhållits ovan, skall på grund av de ändringar av aktiebolagslagen som genomförts från och med den 1 januari 1995 gälla, att förvärvsförbudet även skall omfatta ett aktiebolags förvärv eller tecknande av egen aktie. Härtill stadgas numera, att förvärvad aktie, förutsatt att förvärvet skett enligt de i andra stycket stadgade undantagen, alltid skall avyttras så snart ske kan utan förlust, dock senast tre år efter förvärvet. Någon möjlighet till dispens att behålla aktien en längre tid än tre år skall icke längre finnas. Avyttras icke aktien inom den föreskrivna tiden, skall aktien enligt förslaget vara ogiltig. I anslutning härtill skall bolaget sätta ned aktiekapitalet med aktiens nominella belopp. Ett belopp motsvarande det belopp med vilket aktiekapitalet nedsatts skall överföras till reservfonden. Förslag till beslut om nedsättning skall läggas fram på den första bolagsstämma som hålls sedan ogiltighet inträtt.

[353] SOU 1971:15, s 201
[354] Se proposition 1975:103, s 366 och 451 f.
[355] Beträffande skadeståndssanktionen, se vidare nedan.
[356] Se proposition 1993/94:196, särskilt s 166 f.

Såvitt sedan gäller åtgärder i strid med utbetalningsförbudet i ABL 12: 1-5 stadgas i första hand i ABL 12:5, att mottagaren av utbetalningen skall återbära vad han uppburit med ränta beräknad enligt räntelagens bestämmelser[357]. Återbäringsskyldigheten skall dock ej gälla den som hade skälig anledning att anta, att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning. Skulle återbäringsskyldigheten helt eller delvis icke kunna fullgöras, skall bristen täckas av dem som medverkat till beslutet om utbetalning eller verkställandet därav eller till upprättandet eller fastställandet av en till grund för beslutet liggande ogiltig balansräkning, allt i enlighet med reglerna i ABL 15:1-4[358].

Skyldigheten att återbära medel, som utbetalats i strid med utbetalningsförbudet gäller oavsett om utbetalningen förorsakat borgenärerna skada; förutsättningen är, såsom stadgas i bestämmelsens första stycke, endast att utbetalningen skett i strid med utbetalningsförbudet. Däremot föreligger ingen återbetalningsskyldighet, när mottagaren "hade skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning".

Såvitt gäller bestämmelsens tillämpning och räckvidd kan i enskildheterna anföras följande.

Bestämmelsen är tillämplig på "utbetalning till aktieägare". Härmed sammanfaller bestämmelsens räckvidd i denna del med kapitlets inledningsbestämmelse ABL 12:1. Såsom ovan anförts skall dock, enligt vad som framkommit i praxis och doktrin, utbetalningsförbudet inte blott anses omfatta utbetalningar till aktieägare, utan också utbetalningar till annan än aktieägare. I denna fråga hänvisas till vad som anförts ovan[359].

Återbäringsskyldigheten drabbar således alla mottagare av utbetalningar i strid med utbetalningsförbudet, även sådana som ej är aktieägare[360].

Vidare avser utbetalningsförbudet endast utbetalningar som skett i strid med denna lag. Att med "denna lag" skulle avses något annat än det

[357] Se SFS 1975:635, 3 – 6 §§.

[358] Lagbestämmelsen överensstämmer med aktiebolagsutredningens förslag, se SOU 1971:15, s 320 ff. Jfr proposition 1975:103, s 484 ff.

[359] Se avsnitt 3.3.

[360] Det är givetvis otillfredsställande från rättssäkerhetssynpunkt att detta förhållande icke kommer till uttryck i lagtexten. Å andra sidan är bestämmelsen om återbäringsskyldigheten icke förenad med straffbud, utan utgör endast ett ingrepp i ett civilrättsligt förhållande.

utbetalningsförbud som formulerats i 12 kap, ger förarbetena till aktiebolagslagen ingen antydan om. Emellertid anknyter ABL 12:1 till reglerna om utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid bolagets likvidation. Återbäringsskyldigheten träffar också utbetalningar i strid med nedsättningsreglerna (olovlig nedsättning av aktiekapital) eller utbetalningar till följd av olovlig nedsättning av reservfond eller uppskrivningsfond. Inom tillämpningsområdet för utbetalningsförbudet och återbäringsskyldigheten faller givetvis också utbetalning i strid med reglerna om utskiftning vid bolagets likvidation. Med uttrycket "denna lag" får sålunda vara avsett, i vart fall indirekt, samtliga de bestämmelser, vars tillämpning på grund av det nu anförda kan komma i fråga.

Återbäringsskyldigheten aktualiseras sålunda i första hand vid olovlig vinstutdelning. Vad som utgör olovlig vinstutdelning har behandlats ovan. I förarbetena understryks, att återbäringsskyldighet bör föreligga såväl om utdelning skett utan att balansräkning fastställts, som när utdelning skett med större belopp än balansräkningen utvisar såsom vinst[361]. Därmed synes reglerna om återbäringsskyldighet sammanfalla med utbetalningsförbudets tillämpningsområde.

Såsom reglerna om återbäringsskyldighet är utformade, ges intryck av att de i första hand tar sikte på kontantutbetalningarna vid olovlig vinsthantering. I själva begreppet "återbäringsskyldighet" synes också ligga en begränsning i detta hänseende, eftersom det som kan återbäras endast kan avse något som erhållits i form av vinstutdelning eller motsvarande. I förarbetena uttalas emellertid, att någon sådan begränsning icke är avsedd. Reglerna om återbäringsskyldighet skall också täcka den situationen där egendom överförs i annan form än genom kontantutbetalningar. Inom ramen för återbäringsskyldigheten faller därför även de fall där aktieägare eller annan erhållit egendom, rättighet eller annan förmån, eller förvärvat egendom till underpris, etc allt i enlighet med utbetalningsförbudet, varvid återbäringsskyldigheten istället skall gälla den ersättning som mottagaren av förmånen (förmån i objektiv mening) kan tvingas betala till bolaget för denna[362]. Återbäringen kan i vissa fall – t ex vid aktie-

[361] Se SOU 1971:15, s 321 och proposition 1975:103, s 485.
[362] Se SOU 1971:15, s 321 och proposition 1975:103, s 486.

bolags ökade skuldsättning till förmån för aktieägare eller annan – i fysisk mening – inskränkas till en ren bokföringsåtgärd (ehuru termen "återbäring" näppeligen ger full täckning härför). Stadgandet om att mottagaren skall "återbära vad han uppburit" skall sålunda tolkas långt mycket vidare än vad stadgandets ordalydelse vid första anblicken ger vid handen.

Vad sedan gäller godtrosregeln har denna utvidgats i förhållande till äldre rätt, enligt vilken återbäringsskyldigheten var ovillkorlig. Enligt de ändringar av aktiebolagslagen som träder i kraft den 1 januari 1995 är dock mottagaren av utbetalningen återbetalningsskyldig endast om det utbetalande bolaget visar, att mottagaren insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot aktiebolagslagen. Före ändringen ifråga gällde att varje mottagare, som haft skälig anledning att antaga att utbetalningen utgjorde olaglig vinstutdelning, var återbäringsskyldig. Såsom ovan framhållits, torde ändringen endast vara av redaktionell och förtydligande karaktär och därför sakna materiell betydelse (se avsnitt 2.4). Av lagtexten framgår vidare tydligt, att godtrosregeln endast gäller i fall när belopp utbetalas som vinstutdelning, och icke vid olovlig kapitalnedsättning eller utbetalning på grund av olovlig nedsättning av reserv- eller uppskrivningsfond. Numera markeras detta i lagtexten genom att det förutsätts, att utbetalningen skett "i form av vinstutdelning". Alla utbetalningar, som inte kan karakteriseras som vinstutdelning, och som är olovliga, skall således återbäras ovillkorligen.

Denna diskrepans i fråga om tillämpningen av godtrosregeln torde inte leda till svårigheter i normalfallet, där det av bolagshandlingarna eller omständigheterna i övrigt framgår, att fråga är om vinstutdelning eller kapitalnedsättning. Rör det sig emellertid om andra, inom ramen för utbetalningsförbudet förtäckta eller dolda, mer eller mindre vederlagsfria transaktioner, som icke uttryckligen rubricerats som vinstutdelning eller kapitalnedsättning, får antas att en aktieägare eller annan endast mycket sällan kan göra gällande godtrosregeln, såsom den utformats i 12:5. Godtrosregeln omfattar nämligen endast de fall där belopp *utbetalats såsom vinstutdelning*, utan att lagens regler därom iakttagits, t ex om bolagsstämma beslutat större utdelning än styrelsen föreslagit eller godkänt, eller när utdelning skett utan att bolagsstämman fattat beslut därom, eller när stämmans beslut om utdelning av formella skäl är ogiltigt eller undanröjs efter klander. Även utdelning i strid med vinstutdelningsförbudet i

ABL 6:5 kan av mottagaren behållas med hänvisning till godtrosregeln. Där utbetalningen icke sker såsom ett led i ett utdelningsförfarande, kan godtrosregeln emellertid ej åberopas. Ett gränsfall föreligger i den situationen där utbetalning sker utan att balansräkningen fastställts, men där avsikten kan vara att utbetalningen skall utgöra utdelning, vilken sedermera skall fastställas. Trots att utbetalningen utan fastställd balansräkning kan anses vara obestämbar till sin natur (den kan vara vinstutdelning, men det kan också röra sig om vilken transaktion som helst, som ger mottagaren förmåner), skulle mottagaren kunna få till stånd en tillämpning av godtrosregeln redan genom påståendet, att utbetalningen utgjorde ett led i en vinstutdelning. Härtill kommer svårigheten, att godtrosregeln enligt ordalydelsen endast kan gälla utbetalningar till aktieägare, enär annan än aktieägare knappast kan ha utgått ifrån att utbetalningen utgjorde laglig *vinstutdelning*.

De ifrågavarande svårigheterna undanröjs visserligen delvis redan av att aktieägare i regel icke kan förhålla sig i god tro beträffande huruvida balansräkning fastställts eller inte[363]. I aktiebolag med en begränsad aktieägarkrets torde dessutom godtrosregeln endast undantagsvis kunna bli tillämplig. För övriga fall av icke såsom vinstutdelning rubricerade utbetalningar till aktieägare torde domstolarna ofta tvingas godtaga en uppgift om att utbetalningen utgjorde en vinstutdelning, t ex i förskott eller på annat sätt, och att avsikten var att utdelningen skulle fastställas i balansräkning av bolagsstämman.

Godtrosrekvisitet gäller således både i frågan om huruvida en viss utbetalning var laglig eller inte och huruvida utbetalningen utgjorde vinstutdelning eller icke. Eftersom varje utbetalning som sker, oavsett om den betecknas som vinstutdelning eller inte, är olovlig – förutsatt att övriga rekvisit i utbetalningsförbudet är uppfyllda – redan på grund av att den icke skett på grundval av fastställd balansräkning, och det i praktiken endast sällan torde förekomma att aktieägare är i god tro beträffande sistnämnda förhållande, torde en aktieägare med framgång icke kunna göra gällande, att han utgått ifrån att utbetalningen var en vinstutdelning, när fastställd balansräkning härom icke föreligger. Endast i de fall där aktieägare på goda grunder antagit, att fastställd balansräkning föreligger och

[363] Jfr proposition 1975:103, s 485.

att de disponibla vinstmedlen i denna även täckt utbetalningen, eller antagit att utbetalningen var en vinstutdelning på grund av en de facto fastställd balansräkning, kan en tillämpning av godtrosregeln komma i fråga[364]. I praktiken är dock utrymmet för dylika godtrossituationer ytterst begränsat.

Kvar står emellertid frågan om utbetalningar till annan än aktieägare. Beträffande en sådan mottagare kan visserligen göras gällande, att han varit i god tro beträffande lagligheten av utbetalningen; att han dessutom skulle ha antagit att utbetalningen var en vinstutdelning, är däremot helt uteslutet. Den i ABL 12:5, första stycket, givna godtrosregeln är helt enkelt ej tillämplig. Likväl får antas, att den ifrågavarande godtrosregeln – som utbetalningsförbudet såvitt gäller utbetalningar till annan än aktieägare – är *analogt* tillämplig på nu omtalade utbetalningar. Kravet på god tro skall därvid givetvis endast gälla lagligheten av utbetalningen. Samma resultat skulle måhända kunna nås genom en tillämpning av allmänna avtalsrättsliga principer gällande avtals ogiltighet vid ond tro beträffande omständighet som utgör ogiltighetsgrund (se t ex avtalslagens 29–31 §§) eller eventuellt en tillämpning av ABL 8:14. I rättspraxis synes närmast den förra principen ha lagts till grund för en godtrosregel i vissa fall. Såsom framgått ovan har rättspraxis främst centrerats kring lån i strid med utbetalningsförbudet. Flera fall har, såsom framgått ovan, härvid berört situationen, där förvärvaren av aktier i bolag erlägger köpeskillingen för aktier medelst uttag (oftast i form av lån) från bolaget i fråga. Förutsättningen för att ålägga mottagaren av medlen, d v s säljaren av aktierna, återbetalningsskyldighet, eller ersättningsskyldighet, har varit, att denne insett eller bort inse att det emottagna beloppet var ett resultat av en olovlig utbetalning.

I rättspraxis har, såsom ovan nämnts, den vanligt förekommande situationen varit, att ett förvärv av aktierna i ett bolag skett med bolagets egna medel. De uttag som gjorts från bolaget för att erlägga köpeskillingen för aktierna har samtidigt överskridit utbetalningsförbudets gränser. Såvitt gäller aktiesäljarens ansvar – oavsett om fråga är om återbäringsskyldighet eller skadeståndsansvar, eller ansvar för täckandet av brist – har i

[364] Huruvida dessa formella regler är tvingande eller dispositiva har diskuterats ovan.

rättspraxis icke alltid klart framgått hur det skall betecknas. Godtrosrekvisitet har i samband härmed ej heller givits klara konturer.

I Suecia-målet (NJA 1951 s 6 I) t ex, som huvudsakligen byggde på 1910 års aktiebolagslag, träffades, såsom framgått av referatet ovan, mellan aktiesäljaren (Carlsund) och aktieförvärvaren (Santesson) avtal den 2 november 1945 om aktieöverlåtelse. Avtalet förutsatte att köpeskillingen skulle erläggas slutgiltigt den 15 samma månad, varefter aktierna skulle överlämnas till köparen. Huvuddelen av köpeskillingen erlades (till synes på likviddagen den 15 november) genom att säljaren övertog tillgångar från bolaget. En annan del av köpeskillingen erlades genom att bolaget upptog lån i bank. I det förra fallet borde säljarens övertagande av tillgångar normalt sett ha lett till, att säljaren momentant kom att stå i skuld till bolaget för motsvarande belopp, vilken skuld sedan på grund av köpeskillingens erläggande av förvärvaren övertogs av denne. I det senare fallet ledde med all säkerhet betalningen av den delen av köpeskillingen medelst av bolaget lånade medel direkt till att aktieförvärvaren stod i skuld till bolaget. Slutresultatet av transaktionerna i fråga blev att bolaget hade en fordran på aktieförvärvaren motsvarande köpeskillingen[365].

[365] Detta förhållande uttrycktes av kärandeparten, konkursbolaget, i målet på följande sätt: "I ersättning för de tillgångar Carlsund uttagit ur Suecia och den skuld Santesson låtit Suecia i Santessons ställe ikläda sig gentemot banken erhöll Suecia en fordran hos Santesson å motsvarande belopp." Såvitt gäller utbetalningsförbudets och ansvarsbestämmelsernas tillämpning kan någon grund för att göra skillnad mellan de förhandenvarande transaktionerna icke utan vidare iakttagas. I båda fallen rör det sig om erläggandet av köpeskillingslikvid, vilket ombesörjs av bolaget för aktieförvärvarens räkning, varvid i båda fallen en överföring sker av tillgångar från bolaget till aktiesäljaren med följd att bolagen erhåller en fordran hos aktieförvärvaren med samma belopp. I Suecia-målet synes emellertid HD:s domskäl ge vid handen, att en dylik distinktion skulle vara motiverad, när HD uttalar följande.

"Vidkommande Carlsunds och Santessons ansvar för återbäringen framgår, att Carlsund senast i samband med överlåtelsen av aktierna i Suecia och således medan han ännu var ägare av dem övertog och därefter behöll tillgångar – däribland en bolagets fordran hos Carlsund själv, vilken fordran alltså avhändes bolaget – till ett belopp av, såvitt nu är i fråga, 850.000 kr. Carlsund får antagas hava insett eller åtminstone bort inse, att den fordran som Suecia därvid erhöll å Santesson var värdelös. Med hänsyn härtill och till vad övrigt förekommit i målet är Carlsund pliktig att återbära vad av nämnda bolag överstiger den utdelning som varit tillåten för bolaget eller således 826.265 kr 47 öre. Santesson har på grund av sin medverkan till berörda obehöriga överförande av tillgångar å Carlsund i allt fall ådragit sig det av konkursboet i målet hävdade ansvaret, nämligen att täcka den brist som kan uppkomma vid Carlsunds återbäring.

Medel till gäldande av den återstående delen av köpeskillingen för aktierna hava erhållits genom att Santesson d. 15 nov. 1945 låtit Suecia i bank upptaga ett lån å 500.000 kr. Santesson är pliktig återbära nämnda belopp, i den mån detta yrkats av konkursboet. Däremot är Carlsund, vilken såvitt visats ej ens avvetat Santessons upptagande av bank-

Fastställandet av aktiesäljarens (Carlsunds) ansvar synes ha följt två linjer: I enlighet med den första linjen synes aktiesäljaren ha ålagts en primär återbäringsskyldighet. Helt säkert är detta dock icke, vilket närmare skall framgå nedan. Enligt den andra linjen, och med avseende på den delen av köpeskillingen som erlades genom bolagets upptagande av lån, synes istället aktiesäljarens medverkansansvar, och ansvar för skada å bolaget, och därmed ansvar för den brist som uppkommit på grund av att återbäringsskyldigheten icke kan uppfyllas, ha gjorts gällande. Det får, såsom nämnts, anses vara underkastat tvivel huruvida distinktionen är sakligt motiverad. Förklaringen till distinktionen tycks heller inte ligga i att det av Högsta domstolen uppställda godtrosrekvisitet för transaktioner av nu aktuellt slag icke uppfyllts beträffande den senare transaktionen, framför allt med hänsyn till att godtrosrekvisitet inte tillämpades på densamma[366].

lånet, icke ansvarig för den brist som kan uppstå vid Santessons berörda återbäring." (NJA 1951 s 6 I, s 25 f).

[366] Beträffande den transaktion som innebär överföring av tillgångar till aktiesäljaren ställer Högsta domstolen upp förutsättningen, att aktiesäljaren insett eller bort inse, att den fordran som bolaget på grund av överföringen av tillgångar utgörande betalning för aktierna erhöll hos aktieförvärvaren var värdelös. Beträffande de av bolaget upplånade medlen prövas inte huruvida godtrosrekvisitet är uppfyllt, utan fastslås utan vidare att aktiesäljarens ansvar är sekundärt och omfattar den brist som uppkommer på grund av att återbäringsskyldigheten inte fullgörs. Det är sedan en annan sak, att HD finner att aktiesäljaren enligt HD:s uppfattning ej anses ha medverkat till utbetalningen, eftersom denne "ej ens avvetat" aktieförvärvarens "upptagande av banklånet", d v s att *medverkansansvaret* (bristtäckningsansvaret) på denna grund är uteslutet, vilket i och för sig också kan ifrågasättas: Det tycks vara osannolikt att aktiesäljaren icke känt till upplåningen: Överföringen av alla tillgångar ägde rum på en och samma dag, nämligen den 15 november 1945. Upplåningen torde ha erfordrat någon form av fullmakt eller i vart fall samtycke (ev medverkan) från aktiesäljarens sida, eftersom aktierna vid tidpunkten i fråga ännu icke slutgiltigt hade avhänts denne. Tilläggas kan måhända, att för det fall HD hade funnit, att den senare transaktionen i princip också skulle kunna föranleda återbäringsskyldighet, och på grundval av detta tillämpat godtrosrekvisitet, den sannolikt också hade befunnits, att aktiesäljaren "bort inse", att den fordran som bolaget erhöll å aktieförvärvaren på grund av bolagets utbetalning av de upplånade medlen var värdelös. Några skäl till att aktiesäljaren skulle ha större svårigheter att inse värdet av bolagets fordran å aktieförvärvaren i det senare fallet kan knappast anföras. Transaktionerna synes ha ägt rum under en och samma dag, den 15 november 1945; om aktiesäljaren bort inse att fordran på aktieförvärvaren på grund av överföringen av tillgångar var utan värde, borde samma insikt ha förelegat beträffande den fordran som uppkom på grund av betalningen av den resterande köpeskillingen.

En avgörande distinktion skulle däremot kunna ha varit att aktiesäljaren beträffande det upplånade beloppet icke *vetat* (känt till) att beloppet härrörde från bolaget. (Detta *borde* visserligen aktiesäljaren ha känt till eftersom han *borde* ha insett aktieförvärvarens svaga återbetalningsförmåga, undermåliga ekonomi, förmåga att på egen hand finansiera förvärvet m m.) Denna distinktion berörs såvitt kan förstås emellertid ej av HD –

Överhuvudtaget är grunderna för Högsta domstolsmajoritetens domskäl i denna del höljda i dunkel. Så långt är emellertid klart, att domskälen bygger på en tillämpning av 54 § i 1910 års aktiebolagslag och den däri förekommande regleringen av ansvar: primärt ansvar och återbäringsskyldighet för mottagaren av utdelningen oavsett god tro (ovillkorlig återbäringsskyldighet) och sekundärt ansvar för den brist som uppkommer på grund av att återbäringsskyldigheten inte kan fullgöras helt eller delvis. Eftersom fråga är om "förtäckt" vinstutdelning, och icke en regelrätt sådan, har Högsta domstolen i enlighet med vad som framgått ovan (ny)konstruerat rekvisit, vars uppfyllande innebär att vinstutdelningen/utbetalningen är olovlig. Ett av dessa rekvisit är, som behandlats ovan, att ett lån är att betrakta som olovlig vinstutdelning, om låntagaren vid utlåningstillfället saknade förmåga att återbetala lånet (d v s att den fordran som tillkom bolaget på grund av utlåningen praktiskt taget saknade värde). Ett *ytterligare rekvisit*, som uppställs i Suecia-målet, i detta fall för att återbäringsskyldigheten skall inträda, är att mottagaren av de utbetalda medlen skall ha varit i ond tro beträffande vederlagsfriheten av den ifrågavarande utbetalningen (varken insett eller bort inse om bolagets fordran på grund av utlåningen saknade värde).[367]

Ett komplicerande moment, som är typiskt i fall av förvärv av aktier med bolagets egna medel, är att lånet visserligen tas av aktieförvärvaren, men att de upplånade medlen mottas (ofta direkt) av aktiesäljaren. I vissa fall sker utbetalningen av medlen från bolaget direkt till aktiesäljaren, varvid fordran å aktieförvärvaren uppkommer, i andra fall åter mottar aktieförvärvaren själv de lånade medlen för att senare utbetala desamma till aktiesäljaren. Det kan självfallet också tänkas, att utbetalningen verkställs av tredje man. För frågan om aktiesäljaren varit i god tro beträffande aktieförvärvarens förmåga att återbetala lånet till bolaget är det givetvis av viss betydelse, om aktiesäljaren mottagit medel direkt från bola-

om nu den inte kan sägas falla inom ramen för diskussionen om medverkansansvar – och är kanske på det hela taget irrelevant.

[367] Det nu anförda motsägs inte av HD:s konstaterande, att aktiesäljaren "ej ens avvetat" att aktieförvärvaren upptagit banklånet. Vad aktiesäljaren "borde ha insett" fordrar i nu nämnda hänseenden betydligt mer än kravet på att aktiesäljaren "avvetat" förekomsten av upptagandet av ett bolagets lån, se NJA 1951 s 6, s 26. Har aktiesäljaren ej ens känt till ("avvetat") att bolaget lånat upp medel, kan det argumenteras att han ej heller bort känna till utlåningen av dessa medel till aktieförvärvaren, vilken sedan erlagt köpeskillingen medelst de sålunda lånade medlen.

get (i form av bolagets mera allmänna tillgångar) eller om betalningen verkställdes av aktieförvärvaren eller annan. Slutsatsen, att aktieförvärvaren lånat medel av bolaget, ligger nära till hands i dylika fall, varför förutsättningen för att aktiesäljaren skall vara i ond tro beträffande aktieförvärvarens återbetalningsförmåga ofta också synes kunna uppfyllas.

För det fall ett lån till aktieägare eller annan likställs med vinstutdelning, i vart fall på så sätt att såsom olovlig vinstutdelning skall betraktas lån till någon som saknar återbetalningsförmåga, bör rätteligen *låntagaren* (d v s aktieförvärvaren) betraktas som mottagare av medlen, och inte den person som slutgiltigt mottar medlen på grund av en aktiebelåningssituation. Av Högsta domstolens domskäl i förevarande fall synes emellertid framgå, att aktiesäljaren, såsom slutgiltig mottagare av de lånade medlen vid tillämpningen av 54 §, är mottagare och primärt återbäringsskyldig (det är också beträffande aktiesäljaren som godtrosrekvisitet aktualiseras, vilket rekvisit ju till synes är utan mening vad gäller låntagaren/aktieförvärvaren själv). Högsta domstolens resonemang i denna del synes utgå från det förhållandet, att aktiesäljaren vid emottagandet av tillgångarna från bolaget fortfarande är aktieägare i bolaget. Måhända kan detta resonemang motiveras av att överföringen av tillgångar från bolaget till aktiesäljaren i sig ses som en förtida vinstutdelning, enär överföringen utgjorde ett led i betalning av köpeskillingen för aktierna. (Att aktierna skulle vara mindre värda än den avtalade köpeskillingen, hade ej gjorts gällande i målet.) Motiveringen synes emellertid vara en aning långsökt. Det regelvidriga är trots allt inte mottagandet av tillgångarna i sig, utan mottagandet i kombination med insikten om att bolagets fordran hos aktieförvärvaren på grund av överföringen är utan värde. Huruvida Högsta domstolen förutsätter, för att återbäringsskyldigheten skall inträda, att aktiesäljaren *i egenskap av aktieägare* emottar tillgångar från bolaget är oklart. Domstolens hänvisning till att överföringen av tillgångarna skedde senast i samband med överlåtelsen av aktierna i bolaget och medan aktiesäljaren fortfarande var aktieägare tyder dock på detta. Förhåller sig saken så, skulle Högsta domstolens tillämpning av 54 § i 1910 års lag, som ju enligt sin ordalydelse endast reglerar vinstutdelning till aktieägare, vara mera bokstavstrogen än vad första intrycket ger vid handen.

Sammanfattningsvis kan följande moment för olovlig vinstutdelning urskiljas i Suecia-målet.

1. Aktieförvärvaren erlägger köpeskillingen för aktierna medelst lån av det bolag, som aktierna avser.
2. Aktieförvärvaren saknar återbetalningsförmåga vad gäller lånet.
3. Utbetalningen av köpeskillingen sker genom överföring av tillgångar direkt från bolaget till aktiesäljaren (eller allmänt genom överföring från bolaget till aktieförvärvaren och därefter från denne till aktiesäljaren).
4. Aktiesäljaren är vid utbetalningstillfället aktieägare i bolaget.
5. Aktiesäljaren insåg eller borde ha insett att de emottagna medlen härrörde från bolagets lån till aktieförvärvaren (för förvärv av aktierna) samt att bolagets fordran på grund av lånet saknade värde med hänsyn till att låntagaren/aktieförvärvaren vid lånetillfället saknade återbetalningsförmåga.

Överförs emellertid dessa tentativt framdestillerade förutsättningar för återbäringsansvar på den delen av köpeskillingen (500.000 kr) som erlades på grund av bolagets upptagande av lån och påföljande utlåning till aktieförvärvaren av det upplånade beloppet, uppkommer frågan, varför inte också aktiesäljaren beträffande dessa medel ansågs vara primärt ansvarig och återbäringsskyldig. Frågan prövas icke explicit av Högsta domstolen. Av de ovan givna förutsättningarna synes de tre första utan vidare kunna uppfyllas. Det finns också skäl för antagandet, att aktiesäljaren fortfarande var aktieägare när denna, den återstående delen av köpeskillingen erlades efter det bolaget upptagit lån i bank. Enligt aktieöverlåtelseavtalet (2 §) skulle nämligen det slutliga avhändandet av aktierna ej ske förrän hela köpeskillingen erlagts. Insiktsrekvisitet torde också vara uppfyllt; det är förenat med stora svårigheter att undvika slutsatsen, att aktiesäljaren åtminstone *borde insett*, att även den delen av köpeskillingen som här är ifråga härrörde från ett lån av bolaget, vilket aktieförvärvaren på samma sätt som avseende övriga lån i bolaget och lån överhuvudtaget saknade förmåga att återbetala[368]. Icke desto mindre får den omständigheten att aktiesäljaren inte ålades återbäringsskyldighet beträffande den återstående köpeskillingen anses innebära, att enligt Högsta domstolens uppfattning något av de senare förutsättningarna brustit. Primärt ansvarig och återbäringsskyldig för återstoden av denna köpeskillingen var

[368] Se härom bl a i SOU 1941:9, s 286.

istället aktieförvärvaren enligt Högsta domstolens bedömning. Även här är det oklart huruvida Högsta domstolens bedömning grundar sig på en strikt tillämpning av 54 § i 1910 års lag, i synnerhet mot bakgrund av att det knappast var klarlagt att aktieförvärvaren vid lånetillfället var aktieägare. (Möjligen kan man komma till den slutsatsen, om man bedömer att skuldförhållandet uppkom i samband med att den återstående delen av köpeskillingen erlades och aktieförvärvaren härigenom slutgiltigt förvärvade äganderätten till aktierna. En sådan tolkning av händelseförloppet synes dock vara väl så formalistiskt. Den förutsätter mycket större klarhet i frågan om den exakta tidpunkten för äganderättsövergången än vad processmaterialet ger underlag för.)

En ytterligare oklarhet i Högsta domstolens domskäl är grunden för aktieförvärvarens medverkansansvar såvitt gäller överföringen av tillgångar för erläggandet av den första delen av köpeskillingen. Ansvaret skulle här enligt Högsta domstolen omfatta den brist som kunde uppkomma vid aktiesäljarens uppfyllande av återbäringsskyldigheten. Enligt ordalydelsen i 54 § 1910 års aktiebolagslag kan endast den som deltagit i beslut om olovlig vinstutdelning åläggas medverkansansvar. En strikt tillämpning av 54 § kan svårligen innebära att aktieförvärvaren, som vid tidpunkten för överföringen av tillgångarna och därmed utbetalningen av den första delen av köpeskillingen varken var styrelseledamot eller aktieägare eller i övrigt hade någon beslutande funktion i bolaget, skulle kunna göras medansvarig på denna grund. I detta hänseende synes således Högsta domstolen gå utanför bestämmelsens ordalydelse. Samtidigt hade det ej heller varit förenligt med lagbestämmelsens ordalydelse, att ålägga aktieförvärvaren primärt ansvar och återbäringsskyldighet, eftersom bolagets utbetalning av lånemedel till aktieförvärvaren strikt sett icke kunnat betecknas som vinstutdelning till aktieägare; aktieförvärvaren var ju enligt Högsta domstolens uppfattning icke aktieägare vid det tillfälle då överföring av tillgångar skedde till aktiesäljaren och fordran i anledning härav uppkom hos aktieförvärvaren.

Överhuvudtaget synes ovanstående försök till analys av Suecia-målet vara ägnat att demonstrera, hur påfallande oklara Högsta domstolens domskäl är. Det kan ifrågasättas om inte Högsta domstolens behandling av de olika rättsfrågorna i målet borde ha vilat på andra grunder. Ett långt större mått av konsekvens och klarhet hade t ex det ansvarssystem som

Nial etablerade i sitt utlåtande i målet. Enligt Nial skulle såsom mottagare av den olovliga utbetalningen ("maskerade vinstutdelningen") i första hand betraktas aktieförvärvaren/låntagaren. Denne skulle därmed drabbas av återbäringsskyldighet. Aktiesäljaren skulle i egenskap av aktieägare, styrelseledamot m m däremot endast kunna göras ansvarig för sin medverkan i beslutet om utbetalning. Detta ansvar skulle vara sekundärt i den meningen att det endast skulle gälla den brist som uppstod på grund av att återbäringsskyldigheten inte uppfylldes i sin helhet (i praktiken skulle detta innebära ett ansvar för i princip hela beloppet, framför allt på grund av låntagarens betalningsoförmåga). Samma utgångspunkt såvitt gäller ansvaret synes minoriteten (två justitieråd) ha haft[369].

Suecia-målet har, trots sin mycket oskarpa relief, haft en stor betydelse för senare rättspraxis. I rättsfallet *NJA 1966 s 475* tas Suecia-målet till utgångspunkt vid bedömningen av aktiesäljarens ansvar. Såsom framgått av den ovan givna redogörelsen av rättsfallet, var sakomständigheterna i fallet i likhet med dem i Suecia-målet, att betalningen för aktierna i den ifrågavarande aktieöverlåtelsen ägde rum medelst från bolaget uttagna (lånade) medel. Fallet gällde aktiesäljarens (Zachrisson) ansvar för det av aktieförvärvaren (Glimvall) emottagna beloppet. Någon direkt utbetalning från bolaget till aktiesäljaren, såsom ägde rum i Suecia-målet, tycks ej ha skett. Betalningen tycks dessutom ha skett först en tid efter det att säljaren slutgiltigt avhänt sig aktierna. I fokus för konkursboets talan var i första hand aktiesäljarens *medverkansansvar* enligt 73 §, 2 mom, 3 st i 1944 års aktiebolagslag[370]. Konkursboet gjorde således gällande, att aktiesäljaren medverkat till beslut om vinstutdelning eller till verkställighet av sådant beslut och var i anledning därav ansvarig för *brist* som uppkommit vid återbäringen. Eftersom aktieförvärvaren var ur stånd att fullgöra någon del av sin primära återbäringsskyldighet enligt 73 §, 2 mom, 1 st, omfattade aktiesäljarens sekundära ansvar hela uttaget

[369] Se även motsvarande dissens mellan majoriteten och minoriteten i NJA 1951 s 6 II (s 30, särskilt s 37 f.)

[370] I bestämmelsen stadgades, i stor överensstämmelse med vad som gäller enligt 1975 års aktiebolagslag, att "för brist, som kan uppkomma vid återbäringen, vare de, som medverkat till beslutet om vinstutdelning eller verkställandet av detta eller till upprättandet eller fastställandet av oriktig balansräkning, ansvariga efter de beträffande skadeståndsskyldighet i 208, 211 och 212 §§ stadgade grunderna". Motsvarigheten till de sistnämnda bestämmelserna i 1975 års aktiebolagslag återfinns i dess 15:e kap.

ur bolaget. Full klarhet i grunden för konkursboets talan i denna del ges emellertid inte. I tillägg till det nu redovisade anförde nämligen konkursboet, att den omständigheten att aktiesäljaren, när han mottog köpeskillingen, ej längre var styrelseledamot eller aktieägare i bolaget, saknade betydelse i vad gällde hans skyldighet att till bolaget återbära vad sålunda uppburits, "enär enligt konkursboets förmenande återbäringsskyldighet åvilar icke blott aktieägare och personer i organställning utan jämväl tredje man som mottager utbetalning av sådant slag varom i målet är fråga". Huruvida det citerade uttalandet utgör en hänvisning till 73 §, 2 mom, 1 st, om primär återbäringsskyldighet, eller 2 mom, 3 st, om sekundärt ansvar för brist, ger varken uttalandet eller rättsfallet i övrigt besked om.

Rådhusrätten synes emellertid ha tolkat konkursboets talan så, att den begränsats till en tillämpning av 2 mom, 3 st, om medverkansansvar. Sådant ansvar förutsatte enligt rådhusrättens mening, att aktiesäljaren i egenskap av styrelseledamot, aktieägare, VD, eller motsvarande ställning medverkat till beslut om uttaget eller verkställandet därav. Följaktligen kunde aktiesäljaren vid mottagandet av betalningen för aktierna icke ha kunnat gjort sig skyldig till medverkan, enär han vid detta tillfälle ej hade sådan ställning i bolaget. Ingenting tydde enligt rådhusrätten på, att aktiesäljaren, så länge han fortfarande kvarstod i sådan ställning, begått handling eller vidtagit åtgärder som kunnat leda till medverkansansvar. Hovrättens domskäl synes i huvudsak sammanfalla med rådhusrättens. Detsamma gäller tillämpningen och tolkningen av 73 § i nu aktuella delar. Ett skiljaktigt hovrättsråd gör en annan bevisvärdering än majoriteten, men av den skiljaktiga meningen framgår klart, att uppfattningen om hur 73 § var att tillämpa sammanfaller med majoritetens och sålunda rådhusrättens.

I Högsta domstolens dom görs emellertid en utvikning. Inledningsvis ansluter Högsta domstolen visserligen till rådhusrättens strukturering av 73 §: Primärt återbäringsskyldig är aktieförvärvaren enligt 73 §, 2 mom, 1 st. "I förevarande mål är fråga huruvida ansvarighet för den sålunda uppkomna bristen vid återbäring kan åläggas Zachrisson jämlikt 3 st i det anförda lagrummet." Högsta domstolen har uppenbarligen härigenom tolkat kunkursboets talan så, att den begränsats till tillämpningen av det tredje stycket om det *sekundära ansvaret* (bristtäckningsansvaret, subsi-

diärt ansvar), vilket kan sammanhänga med att konkursboet till utvecklingen av sin talan i Högsta domstolen valde att företrädesvis föra argumentation kring stadgandets sista stycke. I enlighet härmed uttalade Högsta domstolen, att under den tiden aktiesäljaren fortfarande var styrelseledamot och aktieägare i bolaget, han inte vidtog åtgärder som konstituerade medverkansansvar. Emellertid synes enligt Högsta domstolens mening medverkansansvaret kunna sträckas längre än vad underrätternas domar givit utrymme för. Medverkansansvar kan icke endast grundas på aktiva åtgärder i form av medverkan i beslut eller verkställandet av beslutet, utan enligt Högsta domstolens ståndpunkt även på den omständigheten att aktiesäljaren, i samband med att överenskommelsen om aktieöverlåtelse ingicks, insett eller haft anledning att misstänka att aktieförvärvaren ämnade fullfölja aktieköpet genom uttag från bolaget. Detta godtrosrekvisit synes kunna härledas ifrån skadeståndsreglernas vårdslöshetsrekvisit (208, 211 och 212 §§ i 1944 års aktiebolagslag), till vilket, genom ett tillägg i 1944 års lag, 3 §, 2 mom, 3 st hänvisar[371]. I grund och botten synes trots allt aktiesäljarens ansvar för medverkan vila på den grunden att aktiesäljaren i egenskap av bolagets företrädare vid den tidpunkt då avtal om aktieöverlåtelse träffades medverkade i *beslut om* olovlig vinstutdelning (jfr härvid aktiesäljarens ställning i Suecia-målet, där denne tog emot tillgångar på grund av en olovlig vinstutdelning vid en tidpunkt då han fortfarande var i kontroll över aktiebolaget, varför slutsatsen skulle kunna bli, att han medverkade i såväl beslut om som verkställighet av en olovlig vinstutdelning).

[371] Så långt (varvid majoriteten såsom skall framgå nedan, går ytterligare ett steg) överensstämmer majoritetens motivering med en av de beträffande motiveringen skiljaktiga justitieråden (justitierådet Söderlund) i minoriteten. Den andra, beträffande motiveringen skiljaktiga ledamoten i Högsta domstolen synes däremot i gemenskap med det i hovrätten skiljaktiga hovrättsrådet vara inne på en annan linje vad gäller godtrosrekvisitet. Det skall enligt denna uppfattning inte vara tillfyllest att visa att aktiesäljaren, när han fortfarande var styrelseledamot eller aktieägare, borde insett att köpeskillingen skulle erläggas medelst uttag från bolaget; snarare skall enligt denna mening fordras, att *full* insikt om detta förhållande föreligger, vilken ståndpunkt av denna dissident (justitierådet Riben) motiveras av att fråga icke är om en enligt ordalydelsen i 73 §, 2 mom sedvanlig och formenlig vinstutdelning, utan en utbetalning som strängt taget går utöver stadgandets ordalydelse: "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 det enligt ordalagen avsedda – varit för den handlande klart att bolagsmedel skulle tagas i anspråk. Bristtäckningsansvar bör sålunda förutsätta uppsåt i detta hänseende, d v s insikt om att bolagsmedel skulle komma att anlitas." NJA 1966 s 475, s 488.

Högsta domstolens domskäl innehåller emellertid utöver den nu redovisade bedömningen möjligheten till ytterligare utvidgning av ansvaret. För det fall där aktiesäljaren icke längre är i sådan ställning att han kan göras medverkansansvarig genom en direkt tillämpning av medverkansreglerna i tredje stycket – i förevarande mål vid tidpunkten för mottagandet av köpeskillingen från aktieförvärvaren, vid vilken tidpunkt aktiesäljaren icke längre var aktieägare eller styrelseledamot i bolaget – synes Högsta domstolens domskäl innebära, att det inte är uteslutet att aktiesäljaren ändå kan göras ansvarig, om han haft *vetskap* om det uttag ur bolaget som gjorde det möjligt att erlägga köpeskillingen. Domstolen uttalar härvid följande:

> "Konkursboet har gjort gällande, att Zachrisson i vart fall då han den 16 november 1960 mottog 120.900 kr såsom slutlikvid för aktierna visste, att Glimvall erhållit beloppet genom uttag från bolaget. 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."

Uttalandet lämnar läsaren i tvivelsmål om frågan huruvida det avser medverkansansvaret i det tredje stycket, d v s det sekundära ansvaret, eller återbäringsskyldigheten enligt primäransvarsstadgandet i första stycket. Eftersom, enligt vad Högsta domstolen själv inledningsvis uppger, målet hänför sig till en tillämpning av tredje stycket, ligger det nära till hands att antaga att det citerade uttalandet avser detsamma. Full klarhet på denna punkt kan emellertid inte nås. Domskälen är på denna punkt synnerligen knapphändiga[372]. I vilken utsträckning rättstillämpningen i det förevarande målet bygger på Suecia-målet är svårt att bedöma. Likheterna så-

[372] Den skiljaktiga mening som utvecklades av justitierådet Riben är inte ägnad att ytterligare belysa majoritetens domskäl. Här uttalas visserligen, att aktiebolagslagens bestämmelser i nu aktuella delar icke kan läggas till grund för ansvar för aktiesäljaren för omständigheter som inträffat efter det att aktiesäljaren frånträtt rollen som styrelseledamot och aktieägare. Ett sådant ansvar kunde enligt den skiljaktiga meningen endast härledas ur "allmänna rättsgrundsatser" och förutsatte att aktiesäljaren *visste*, att aktieförvärvaren skaffat medel till likviden genom lån hos bolaget eller insåg att lånet tagits under omständigheter som gav det karaktär av olaga vinstutbetalning. Uttalandets eventuella betydelse som tolkningsdatum försvagas emellertid väsentligt av det förhållandet, att inte vid någon jämförelse med majoritetsuttalandet ges besked om på vilka punkter det innebär en avvikelse från majoritetens uppfattning.

vitt avser sakomständigheterna är stora. I Suecia-målet tillämpades visserligen 1910 års aktiebolagslag (i förevarande mål 1944 års lag), men ändringen i 1944 års lag 73 § 2 – 3 stycket såvitt gäller bristtäckningsansvaret (ansvar även för medverkan till verkställandet av beslut om vinstutdelning samt ansvar enligt skadeståndsreglerna) torde sakna betydelse vid en jämförelse domarna emellan. En analys av domarna och domskälen visar, att väsentliga likheter men också viktiga skillnader såvitt avser rättstillämpningen föreligger. I Suecia-målet hålls t ex aktiesäljaren, såvitt avser den större delen av köpeskillingen, primärt ansvarig och återbäringsskyldig för vad han emottagit under den tid han fortfarande var aktieägare och styrelseledamot. Aktieförvärvaren däremot åläggs bristtäckningsansvar. I förevarande mål görs istället *aktieförvärvaren* primärt ansvarig och aktiesäljaren i princip *sekundärt* ansvarig för brist. Aktiesäljarens primära ansvar i Suecia-målet förutsätter enligt nu gällande regler att aktiesäljaren insett eller bort inse, att den fordran som bolaget erhöll å aktieförvärvaren på grund av utbetalningen var värdelös. I det förevarande målet erfordras för sekundärt ansvar istället, att aktiesäljaren varken insett eller haft anledning att misstänka, att aktieförvärvaren ämnade fullfölja aktieförvärvet genom uttag från bolaget.

Bortses ifrån att det i ena fallet rör sig om primärt ansvar och i det andra fallet sekundärt ansvar, kan dock ej uteslutas, att utgångspunkten i båda målen varit ett och samma subjektiva rekvisit, nämligen vad aktiesäljaren insett eller bort inse om värdet av bolagets uppkommande fordran hos aktieförvärvaren på grund av uttaget. I det förevarande målet kan möjligen ha antagits, att försäljaren bort inse, att aktieförvärvaren saknat möjlighet att återbetala lån från bolaget, eftersom han känt till att aktieförvärvarens ekonomi var svag. Tillkommande omständigheter ledde emellertid Högsta domstolen till slutsatsen, att aktiesäljaren saknade skäl att misstänka, att aktieförvärvaren skulle låna (uttaga) medel från bolaget för att erlägga köpeskillingen för aktierna. Under sådant förhållande är det helt enkelt irrelevant att bedöma aktiesäljarens insikter om värdet av bolagets fordran.

Vad sedan gäller transaktioner under den tid som aktiesäljaren icke längre är aktieägare eller styrelseledamot synes i Suecia-målet aktiesäljaren närmast göras bristtäckningsansvarig (ehuru frågan om aktiesäljarens status som styrelseledamot och aktieägare vid denna tidpunkt är oklar),

alltmedan i förevarande mål (där det för övrigt görs klart att aktiesäljaren inte längre är aktieägare eller styrelseledamot), uttalanden i domskälen närmast tyder på att aktiesäljaren träffas av primärt ansvar. (Aktie*förvärvaren* i Suecia-målet hålles däremot primärt återbäringsskyldig.) I förevarande mål är aktieförvärvaren, liksom således aktiesäljaren, primärt ansvarig.

I båda målen laborerar Högsta domstolen vidare också med ett subjektivt rekvisit. I Suecia-målet bedömde Högsta domstolen vad aktiesäljaren "avvetat" beträffande aktieförvärvarens upptagande av banklån för bolagets räkning, vilka lånade medel sedan uttogs av aktieförvärvaren och utgjorde del av betalningen för aktierna. I förevarande mål tycks kravet på vetskap istället avse själva uttaget som sådant. Icke heller här behöver emellertid olikheterna i vad vetskapen eller kunskapen skall omfatta utesluta att insiktsrekvisiten i fallen är identiska. I Suecia-målet kan Högsta domstolen ha resonerat så, att om aktiesäljaren inte ens känt till att bolaget tagit ett banklån, kan han ej heller ha känt till att de lånade medlen uttagits ur bolaget av aktieförvärvaren[373]. Hur sedan det grundläggande insiktsrekvisitet skall formuleras, kan ej med säkerhet fastställas på grundval av domskälen i målen. Det är t ex möjligt, att Högsta domstolen även här i båda fallen utgått ifrån vad aktiesäljaren insett eller bort inse beträffande värdet av den fordran som bolaget på grund av uttaget hade hos aktieförvärvaren, men att rekvisitet icke kom att tillämpas, enär aktiesäljaren icke ens känt till att uttag skett. En slutgiltig tillämpning av detta insiktsrekvisit skulle då förutsätta, att aktiesäljaren dels känt till de omständigheter som gjort ett uttag ur bolaget från aktieförvärvarens sida möjligt (jämför bolagets banklån), dels ock känt till att uttag ur bolaget faktiskt skett, vilka förutsättningar är naturliga och givetvis kan variera beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Först när dessa förutsättningar är uppfyllda, kan således prövas huruvida aktiesäljaren insett eller bort inse att bolagets på grund av uttaget uppkommande fordran var värdelös[374].

Det finns, i vart fall vid första påseendet, således väsentliga skillnader

[373] Jfr situationen i minoritetsvotum i NJA 1966 s 475, s 488.

[374] Här bör inskjutas, att HD i de båda fallen icke prövat huruvida aktiesäljaren bort inse att banklån upptagits eller att uttag skett; det är möjligt att HD vid en sådan prövning skulle ha nått slutsatsen, att sådan insikt förelåg.

i rättstilllämpningshänseende de båda fallen emellan. Vid en närmare analys kan emellertid i vad avser åtminstone, såsom framgått ovan, de grundläggande subjektiva rekvisiten, en viss överensstämmelse befinnas föreligga. Ytterligare ett steg närmare full överensstämmelse kan tas om man beaktar olikheterna i utformningen av talan i fallen. I Suecia-målet var talan mot aktiesäljaren i första hand grundad på det primära ansvaret, under det att talan i 1966 års fall främst inriktats på bristtäckningsansvaret, i kombination med ett visst utrymme, snarast i form av en andrahandsgrund, för primärt ansvar. Är man dessutom beredd att reducera vikten av att aktiesäljaren i Suecia-målet vid tidpunkten för mottagandet av dellikvid var aktieägare eller styrelseledamot, vilket förhållande som förutsättning för att ålägga aktiesäljaren primärt ansvar kanske inte bör överdrivas, synes grunden för aktiesäljarens primära ansvar för återbäringen kunna vara densamma i de båda fallen.

Den tillämpliga rättsregeln i denna del skulle därvid kunna formuleras enligt följande: Om aktiesäljaren vid emottagandet av likvid för aktierna, oavsett om han vid denna tidpunkt var aktieägare eller styrelseledamot, visste att likviden härrörde från ett uttag från det bolag aktierna avsåg, samt insåg eller borde insett att bolagets fordran på grund av uttaget (lånet) var värdelös på grund av aktieförvärvarens svaga ekonomi, är aktiesäljaren (eventuell solidariskt med aktieförvärvaren) primärt ansvarig att återbära den sålunda erlagda betalningen.

Den så formulerade rättsregeln är inte utan vidare förenlig med ansvarsreglerna i 1944 års aktiebolagslag (ej heller 1975 års lag), enligt vilka, såsom nämnts ovan, återbäringsskyldigheten åvilar aktieägare som emottagit utdelning eller liknande utbetalning. Ej heller kan regeln underordnas det ovan redovisade, i analogi med ansvarsreglerna utsträckta utbetalningsförbudet avseende utbetalningar till tredje man, vilka ju, för att återbäringsskyldighet skall kunna komma ifråga och ogiltighet träffa transaktionen, skall avse vederlagsfria utbetalningar från bolagets sida till annan än aktieägare. Den nu behandlade situationen avser uttag från en aktieförvärvares sida, med påföljande betalning av aktieförvärvaren till aktiesäljaren (att betalningen stundom kan gå direkt från bolaget till aktiesäljaren kan endast ha betydelse vad gäller tillämpningen av det subjektiva rekvisitet), varvid betalningen utgör ett led i en transaktion, i vilken bolaget inte är part och varvid betalningar dessutom sker mot veder-

lag. Närmast till hands att antaga är istället, att det är den till grund för återbäringsskyldigheten liggande ogiltigheten av utbetalningen (uttaget, transaktionen, etc) till aktieförvärvaren som medför att en aktiesäljare, som är i ond tro beträffande de omständigheter som grundade ogiltigheten, blir återbäringsskyldig för de emottagna, och sålunda lagvidrigt uttagna medlen. Det är härvid praxis och de allmänna rättsgrundsatserna om godtrosförvärv av lösöre, vilka numera huvudsakligen kodifierats i lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre, och specifikt i regler som gäller beträffande förvärv från någon vars förvärv eller åtkomst i sin tur är ogiltigt enligt bestämmelserna i avtalslagens tredje kapitel eller andra ogiltighetsregler, som närmast är tillämpliga[375]. Kvalificerat godtrosförvärv kan endast komma ifråga, om – med tillämpning av nyssnämnda, numera kodifierade rättsgrundsatser – aktiesäljaren varit i god tro beträffande de omständigheter som konstituerade ogiltighet, d v s att aktiesäljaren varken insett eller bort inse att det uttag som aktieförvärvaren gjort från bolaget (normalt i form av lån) icke resulterade i annat än en motprestation i form av en värdelös fordran för bolaget hos aktieförvärvaren.

I rättsfallet *NJA 1976 s 618* fördes utvecklingen i rättspraxis beträffande ansvarsfrågan ytterligare ett steg vidare. Aktiesäljaren och aktieförvärvaren hade här träffat överenskommelse om att betalningen för aktierna – efter avdrag för bolagets skulder – skulle ske genom att bolagets likvider för brödleveranser till ICA-matmarknad månatligen skulle utbetalas till aktiesäljaren. I enlighet med överenskommelsen uppbar aktiesäljaren en del av betalningen på så sätt. Drygt fem månader efter det att överenskommelsen träffats gick bolaget i konkurs. Aktieförvärvaren var under den aktuella tiden solvent, men försattes sedermera i konkurs. Målet bedömdes efter ansvarsbestämmelserna i 1944 års aktiebolagslag.

Beträffande aktiesäljarens ansvar fann tingsrätten, att bristtäckningsbestämmelsen (medverkansansvaret) i 73 § 2 mom tredje stycket i 1944 års lag var tillämplig. Aktiesäljaren hade medverkat till aktieförvärvarens uttag (d v s lån) i enlighet med bestämmelsen. I denna del vann tingsrättens dom laga kraft. Av domskälen framgår att aktieförvärvaren befanns vara primärt ansvarig.

Föremål för prövning i Högsta domstolen var frågan om ICA-mat-

[375] Se härom t ex Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 58 ff.

marknads ansvar. Här kan inskjutas, att ICA icke hade påstått ha någon del i själva aktieöverlåtelsen som sådan utan endast i verkställandet av betalningar på grund av brödleveranser. Utbetalningarna ägde rum till aktiesäljaren på grundval av en fullmakt som undertecknats av aktieförvärvaren och förevisats ICA. (Likviden synes dock enligt vittnesuppgift – ICA:s kamrer – ha lämnats med checkar ställda på det bolag som aktierna avsåg och icke på aktiesäljaren.) Genom fullmakten var aktiesäljaren legitimerad mottagare av betalningarna, varför betalning med befriande verkan (enligt 29 § skuldebrevslagen) endast kunde ske till aktiesäljaren.

I första hand prövade Högsta domstolen huruvida ICA kunde tillskrivas medverkansansvar (bristtäckningsansvar). Enär ICA ej hade organställning i bolaget, var en *direkt* tillämpning av medverkansbestämmelsen utesluten. Med hänvisning till det ovan refererade rättsfallet NJA 1966 s 475 erinrade emellertid konkursbolaget om att enligt rättspraxis även personer utan organställning, och som ej är aktieägare, kan åläggas återbäringsskyldighet. En sådan skyldighet för ICA kunde emellertid inte härledas ur medverkansbestämmelsen, eftersom ICA:s medverkanshandling endast utgjordes av reguljära betalningar till ny legitimerad innehavare av fordran på grund av brödleveranserna[376].

Till synes i överensstämmelse med tidigare praxis, såsom den redovisats och tolkats ovan, prövade emellertid Högsta domstolen härefter huruvida det förhållandet att fråga var om en *ogiltig* vinstutdelning (utbetalning) skulle ha rättsverkningar för därefter genomförda transaktioner mellan aktieförvärvaren och aktiesäljaren och därigenom få återverkningar på ICA:s utbetalningar. Att i första ledet aktieförvärvarens uttag ur bolaget för erläggandet av likvid för aktierna skulle betecknas som olovlig vinstutdelning var uppenbart: Aktieförvärvaren saknade möjligheter att återbetala uttagen i form av lån (han var insolvent och gick sedermera i konkurs) och uttaget innebar ett intrång på bolagets bundna kapital. Denna "ursprungliga ogiltighet" drabbade även den påföljande utbetalningen – i form av överlåtelse av bolagets fordran för brödleveran-

[376] Intressant är att notera, att Högsta domstolen i denna del hänvisade till förarbetena till den nya aktiebolagslagen och propositionen 1975:103, s 575 f och uttalanden däri om bl a *concursus necessarius* (den nödvändigt medverkande, i detta fall gäldenären ICA), i vilket fall enligt förarbetena medverkansansvar skulle vara uteslutet.

serna – till aktiesäljaren[377]. Ogiltigheten av denna senare transaktion förutsatte att aktiesäljaren var i ond tro. Detta subjektiva rekvisit, vilket av Högsta domstolen ansågs vara uppfyllt, täckte emellertid, såvitt kan utläsas av domskälen, endast det förhållandet, att aktieförvärvaren avsåg att finansiera aktieköpet genom uttag från bolaget på det sätt som skett. Rekvisitet tycks enligt Högsta domstolen inte i denna del explicit omfatta ett krav på insikt om att bolagets fordran å aktieförvärvaren på grund av uttaget var värdelös. Det sålunda begränsade insiktsrekvisitet synes ej överensstämma med tidigare rättspraxis, förutsatt att den ovan gjorda tolkningen härav är korrekt. Måhända bör med hänsyn till vad Högsta domstolen sedan anför beträffande frågan om ICA:s insikter (se nedan) ett sådant krav ändå intolkas i domskälen.

För att ICA skulle kunna göras ansvarigt fordrades dock ytterligare, att ogiltigheten av nu nämnda transaktion – betalningen av köpeskillingen för aktierna genom överlåtelse av bolagets fordran till aktiesäljaren – var känd för ICA i så måtto, att ICA, då betalningen skedde, ägde kunskap om de omständigheter som medförde ogiltigheten eller hade skälig anledning till misstanke därom (30 § skuldebrevslagen). Om så var fallet skulle ogiltigheten av den ursprungliga vinstutdelningen få återverkningar i "tredje led". Högsta domstolen uttalade härvid följande.

> "Klart är att ICA-matmarknad ägt kännedom om att överlåtelsen skedde för att [aktieförvärvarens] skuld till [aktiesäljaren] skulle likvideras; detta framgår av den till ICA-matmarknad överlämnade fullmakten. Härutöver måste emellertid krävas att ICA-matmarknad också ägt kännedom om att [aktieförvärvaren] 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."

Följaktligen kunde ogiltigheten av överlåtelsen av fordran ej göras gällande mot ICA-matmarknad.

Gemensamt för det nu refererade rättsfallet och tidigare rättspraxis synes i första rummet vara, att till grund för aktiesäljarens eller annan än

[377] Denna senare utbetalning ansågs vara ogiltig enligt *grunderna* för ABL 73 §, 2 mom, NJA 1976 618, s 623.

aktieförvärvarens ansvar och återbäringsskyldighet ligger den omständigheten att en olovlig utbetalning (i form av utdelning, uttag, lån, etc) är *ogiltig,* och att denna ogiltighet återverkar på de transaktioner som aktieförvärvaren (förstahandsmottagaren) genomför med användning av de sålunda emottagna medlen, i första hand betalning på det ena eller andra sättet till aktiesäljaren, men även därmed sammanhängande transaktioner, allt förutsatt att aktiesäljaren eller annan har varit i ond tro om de omständigheter som låg till grund för ogiltigheten[378].

I vad som ovan benämns *Sveton-målet* (NJA 1980 s 311), vari för övrigt också 1944 års aktiebolagslag, 73 §, tillämpades, gällde, såsom redovisats ovan, målbolagets säkerhet (pant i fast och lös egendom för aktieförvärvarens skuld till aktiesäljaren). Genom säkerställandet förvärvade målbolaget en "latent" regressfordran mot aktieförvärvaren. Eftersom aktieförvärvaren vid säkerställandet var insolvent (och säkerheten ej var affärsmässigt betingad, utan snarare vederlagsfri) ansågs transaktionen utgöra en olovlig vinstutdelning. Det stod därmed klart, att aktieförvärvaren i princip var återbäringsskyldig för antingen belopp motsvarande säkerheten eller säkerheten i sig. Sedan aktieförvärvaren gått i konkurs och aktiesäljaren med hänvisning till säkerheten och på grund därav gällande förmånsrätten bevakat sin fordran i konkursen, uppkom fråga om huruvida, och i så fall till vilket belopp, aktiesäljaren var berättigad till förmånsrätt och utdelning. Av betydelse i detta sammanhang var med andra ord frågan, om aktiesäljaren kunde göra gällande säkerheten/förmånsrätten i konkursen eller – i enlighet med den terminologi som nyttjats hitintills i framställningen, – huruvida säkerställandet (avtalet om säkerheten)

[378] En oregelbundenhet i behandlingen av det subjektiva rekvisitet synes HD göra sig skyldig till när, såvitt gäller ogiltighetens effekter på den första transaktionen mellan aktieförvärvaren och aktiesäljaren (utbetalningen genom överlåtelse av fordran), där, såsom ovan anförts, det subjektiva rekvisitet formuleras så, att aktiesäljaren "måste ha förstått, att [aktieförvärvaren] avsåg att finansiera aktieköpet genom uttag från bolaget", under det att, såvitt gäller ICA-matmarknads ansvar, erfordras, att detta bolag ägt kännedom om att överlåtelsen skedde för att [aktieförvärvarens] skuld till [aktiesäljaren] skulle likvideras samt att aktieförvärvaren "var insolvent" eller i vart fall "måste misstänka att så var förhållandet". Rimligen borde även beträffande aktiesäljaren ha krävts, att han varit i ond tro beträffande aktieförvärvarens brist på återbetalningsförmåga. Det är ju trots allt förhandenvaron av en dylik brist som gör att aktieförvärvarens uttag från bolaget, om det betecknas som ett lån, är att betrakta som olovligt och ogiltigt. Bland de omständigheter som grundar ogiltighet och beträffande vilka aktiesäljaren (eller annan) skall vara i ond tro bör således återfinnas aktieförvärvarens brist på återbetalningsförmåga.

var giltigt. I det följande bortses från den mycket ringa del av det i målet aktuella beloppet som trots allt täcktes av disponibla vinstmedel och till vilken del fråga möjligen var om *lovlig* vinstutdelning.

Såvitt gäller det första ledet i transaktionskedjan, nämligen uttaget (lånet, utdelningen, etc) från bolaget, förutsattes för olovlighet (ogiltighet) enligt Högsta domstolen, med hänvisning till tidigare praxis, att "den fordran mot aktieägaren som bolaget förvärvat på återbetalning av det lånade beloppet framstått som osäker på grund av låntagarns insolvens samt att borgenären insett eller bort inse att så var fallet". De sist citerade rekvisitet beträffande borgenärens onda tro synes emellertid ingenting ha att skaffa med lovligheten eller giltigheten av uttaget, d v s lånet från bolaget. Enligt 1944 års aktiebolagslag förelåg återbäringsskyldighet för aktieägare som gjort uttaget eller tagit lånet (eller erhållit utdelning) oavsett hans goda tro; återbäringsskyldigheten var i detta hänseende ovillkorlig. I 1975 års aktiebolagslag har dock, som bekant, numera införts ett krav på ond tro. Vad sedan "borgenären", d v s aktiesäljaren i detta fall, insett eller bort inse, torde sakna relevans för frågan om lovligheten eller giltigheten av uttaget[379].

I överensstämmelse med hur i denna framställning tidigare rättspraxis tolkats skulle emellertid, oaktat vad som omedelbart ovan anförts, domskälen i Sveton-målet i här aktuellt avseende kunna tolkas så, att ogiltigheten av det olovliga uttaget även medför att säkerställandet med utnyttjandet av bolagets tillgångar i de andra ledet i transaktionskedjan, nämligen aktieförvärvaren och aktiesäljaren emellan, och till förmån för aktiesäljaren, är ogiltigt, om denne insett eller bort inse att aktieförvärvaren

[379] Förhåller sig saken däremot så, att aktiesäljaren i uttagsögonblicket fortfarande är styrelseledamot, VD, aktieägare eller i övrigt har organställning, torde frågan om hans insikter i förevarande hänseende vara av betydelse vid bedömningen av frågan huruvida han medverkat till beslut om eller verkställande av beslut om uttag. Se härom ovan. Måhända skulle man också kunna framföra teorin om utdelning eller uttag på grund av tidigare aktieinnehav i bolaget, särskilt ifall av enmans- eller fåmansbolag, där försäljningen av aktierna och aktieförvärvarens betalning av aktierna med bolagets medel skulle betraktas som den tidigare aktieinnehavarens slutgiltiga utdelning från bolaget. Så synes emellertid domstolarna inte ha tolkat situationen i tidigare praxis och sådan är tydligen ej heller HD:s uppfattning i Sveton-målet: att HD använder uttrycket "borgenären" tyder på att man betraktar avtalsrelationen mellan aktiesäljaren och aktieförvärvaren såsom skild från relationen mellan den nye aktieägaren (aktieförvärvaren) och målbolaget. Inte heller i övrigt ges i HD:s domskäl anvisningar om att den nyss framförda teorin skulle ha varit bestämmande för HD:s ståndpunkt i frågan.

var insolvent vid säkerställandetidpunkten. Så ansågs vara fallet i Svetonmålet, enär aktiesäljaren "måste ha haft full insikt om [aktieförvärvarens] ekonomiska ställning".

I det s k *Nordanland-målet,* NJA 1990 s 343, var fråga om lån från dotterbolag till moderbolag (enda aktieägaren). Hade utbetalningarna i form av lån betecknats som sedvanlig utdelning (d v s icke såsom förtäckt utdelning), hade moderbolaget med all säkerhet betraktats såsom primärt återbäringsskyldigt redan av den anledningen, att dotterbolaget saknade medel för vinstutdelning och moderbolaget icke var i god tro därom (jfr ABL 12:5). Nu kvalificerades istället utbetalningarna rättsligt såsom lån – och de hade också till synes bokats såsom sådana hos bolagen – varför ABL 12:5 icke var direkt tillämplig. På grundval av rättspraxis och den princip som utvecklats i Suecia-målet befanns emellertid lånen kunna utgöra förtäckt vinstutdelning, om låntagaren vid utlåningstidpunkten saknade återbetalningsförmåga (så att fordringarna med anledning av lånen redan från början måste anses ha varit praktiskt tagit värdelösa) och det låntagande moderbolaget dessutom insett eller bort inse detta. Till detta skall läggas förutsättningen för att utdelningen är olovlig, nämligen att det långivande dotterbolaget saknade utdelningsbara medel (och det låntagande moderbolaget insett eller bort inse detta). Uppfyllandet av det subjektiva rekvisitet i nyssnämnda hänseenden förefaller i det förevarande målet ha förenklats betydligt av det förhållandet, att hanteringen av lånen i de båda bolagen ombesörjdes av en och samma person, som var styrelseledamot i moderbolaget och hade rätt att ensam teckna bolagets firma, och hade fullmakt från styrelsen i dotterbolaget att ensam teckna detta bolags firma.

Vid en *sammanfattning* av nu genomgången rättspraxis tycks följande principer i frågan om ansvar enligt ABL 12:5 kunna urskiljas vid en jämförelse med doktrin och förarbeten.

1. *Primärt* återbäringsskyldig enligt ABL 12:5 första stycket är givetvis aktieägare som mottagit utdelning i strid med utbetalningsreglerna, förutsatt att han ej insåg eller borde ha insett att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning. Såsom uttalats i förarbetena[380], torde aktieägare i bolag med en begränsad aktieägarkrets endast sällan kunna

[380] Se proposition 1975:103, s 484 ff.

åberopa godtrosregeln. Ej heller finns i allmänhet något större utrymme för god tro för aktieägare som tar aktiv del i bolagets skötsel. Lagstiftaren har vid införandet av godtrosregeln närmast haft i åtanke aktieägarna i de börsnoterade aktiebolagen eller överhuvudtaget i aktiebolag med stor ägarspridning, särskilt i de fall där den verkställda utdelningen visserligen faller inom ramen för det i den fastställda balansräkningen utdelningsbara beloppet, men inte täcks av vad som påkallas av försiktighetsregeln[381]. Återbäringsskyldigheten avser i första hand lagstridiga kontantutbetalningar till aktieägare, men träffar i linje med vad som ovan anförts beträffande utbetalningsbegreppet även utbetalningar i andra former[382]. Primärt återbäringsskyldig är även den som *utan att vara aktieägare* emottagit belopp från ett aktiebolag, om utbetalningen strider mot utbetalningsförbudet (d v s är vederlagsfri och icke i sin helhet omfattas av utdelningsbart belopp i fastställd balansräkning), förutsatt i övrigt att mottagaren varken insett eller bort inse att utbetalningen var vederlagsfri och ej insett eller bort inse att utbetalningen – till den del den var vederlagsfri – saknade täckning av utdelningsbara medel (inklusive vad som kan påkallas med en tillämpning av försiktighetsregeln). Det är givet att i dessa fall utrymmet för god tro får antas vara större än i fall av utdelning till aktieägare.

2. *Primärt* återbäringsskyldig är vidare den som – i enlighet med vad som ovan sagts – i egenskap av aktieägare emottar utdelning som, utan att gå utöver utdelningsbart belopp, överskrider det av styrelsen föreslagna eller godkända utdelningsbeloppet, eller när utdelning sker utan att fastställd balansräkning föreligger eller bolagsstämman fattat beslut därom, eller beslutet om utdelning av andra formella skäl är

[381] Till upplysning i övrigt om godtrosregelns räckvidd kan med hänvisning till förarbetena *(ibidem)* tilläggas, att regeln omfattar alla de fall då belopp utbetalas såsom vinstutdelning utan att lagens regler därom iakttagits, t ex om bolagsstämman beslutat om större utdelning än styrelsen föreslagit eller godkänt eller då utdelning skett utan att bolagsstämman fattat beslut därom, eller då stämmans beslut om utdelning av formella skäl är ogiltigt eller undanröjs efter klander. Inom godtrosregelns tillämpningsområde faller också vinstutdelning i strid med ABL 6:5. Enär godtrosregeln endast träffar belopp som mottagits på grund av vinstutdelning, kan mottagaren av belopp på grund av aktiekapitalnedsättning i strid med reglerna i övrigt i ABL 6 kap icke till sitt försvar åberopa god tro; här gäller ovillkorlig återbäringsskyldighet.

[382] Se utbetalningsbegreppet ovan avsnitt 3.3.

ogiltigt (eller undanröjs efter klander). Även här får för återbäringsskyldighet förutsättas att mottagaren insett eller bort inse den eller de omständigheter som grundat utdelningens olaglighet. Självfallet får också beträffande sådana omständigheter större och dominerande aktieägare förutsättas ha bättre kunskap, särskilt i fråga om fåmansbolag, än små aktieägare i bolag med spritt aktieägande.

3. Vad som sagts under 2. ovan gäller förutom sedvanlig vinstutdelning även vederlagsfria utbetalningar till annan än aktieägare under samma förhållanden i övrigt, allt förutsatt att dessa förhållanden kan utgöra ogilighetsgrund vid utbetalning till annan än aktieägare; huruvida så är fallet, är, såsom angivits ovan, ännu icke fastslaget i praxis och får därför betraktas som osäkert. Också i nu angivna fall får antas, att mottagaren generellt sett oftare kan hänvisa till god tro än aktieägare i fåmansbolag eller dominerande aktieägare i andra bolag. Sker utbetalningen däremot till person i bolagsledningen, som inte är aktieägare, eller i övrigt i sådan ställning i bolaget att de ifrågavarande förhållandena normalt sett är iakttagbara, kan god tro endast sällan göras gällande.

   De omständigheter som ovan angivits vid varje särskilt fall, och som mottagaren av utbetalningen eller utdelningen skall vara i ond tro om, utgör också grunder för att transaktionen är ogiltig. De hitintills uppräknade fallen avser dessutom det primära ledet i vad som kan komma att bli en längre transaktionskedja, d v s en öppen eller förtäckt utdelning, eller utbetalning till aktieägare eller annan, direkt från bolaget. I det följande, när ansvarsområdet utvidgas till att omfatta även andra mottagare av de aktuella medlen (egendomen), skall diskussionen gälla sekundära led i transaktionskedjan, d v s de fall där någon emottagit medel (eller egendom) från aktieägare eller annan, vars tidigare, primära transaktion med bolaget är ogiltig. Att det sedan i praktiken stundom kan förekomma (och har förekommit, se t ex förhållandena i Suecia-målet), att betalning sker direkt från aktiebolaget till någon i det sekundära ledet, fritar icke aktieägare eller annan i det primära ledet från ansvar, när i själva verket utbetalningen har skett till förmån för denne. I den icke atypiska situationen sålunda, där säljaren av aktier i ett bolag erhåller betalning för aktierna genom att bolaget överför medel eller andra tillgångar till säljaren, skall den nye, eller möjli-

gen blivande, aktieägaren ses som förmånstagare och den person till vilken utdelningen eller utbetalningen i själva verket sker, och den tidigare aktieägaren såsom mottagare i andra hand av samma medel. Teoretiskt kan visserligen argumenteras, att aktiesäljaren, bl a eftersom aktierna alltsomoftast vid emottagandet av köpeskillingen icke slutgiltigt avhänts och aktieägaren följaktligen vid denna tidpunkt fortfarande skulle kunna betecknas som ägaren till aktierna, emottar aktieutdelning eller utbetalning på grund av sitt aktieinnehav, vilken utdelning skulle kunna konstituera det slutgiltiga uttaget (avkastningen) på grund av aktieinnehavet. Problemet med en sådan konstruktion är dock bl a att den utbetalning som sker till aktiesäljaren icke utan vidare kan betecknas som vederlagsfri, enär aktiesäljaren ju i själva verket avhänder sig aktierna i bolaget. Högsta domstolen förefaller ej heller ha utgått från denna teori i rättspraxis, vilken teori förutsätter att aktiernas marknadsvärde bedöms och jämförs med den överenskomna köpeskillingen; någon sådan prövning har såvitt kan ses icke skett i Högsta domstolen. Även om således utbetalning sker direkt till aktiesäljaren, skall den enligt resonemanget ovan anses ha, i det primära skedet, skett till aktieförvärvaren och därefter, i det sekundära ledet, till aktiesäljaren.

4. *Primärt* ansvarig är den som emottagit medel (tillgångar, egendom) från aktieägare eller annan till vilken utdelning eller utbetalning primärt har skett under omständigheter som gör att utdelning eller utbetalningen är ogiltig enligt punkterna 1 – 3 ovan, förutsatt att mottagaren av medel från aktieägare eller annan insett eller bort inse att den primära utdelningen eller utbetalningen var ogiltig, d v s insett eller bort inse de omständigheter – enligt punkterna 1 – 3 ovan – som grundar ogiltigheten.
5. *Primärt* ansvarig är också den aktiesäljare i motsvarande situation som i punkt 4 ovan, som emottar köpeskillingen från bolaget eller aktieförvärvaren, om han därvid inser eller bort inse att den utbetalning som därigenom skett till aktieförvärvaren, eller till förmån för honom, oavsett om fråga är om lån, utdelning eller annan utbetalning, är ogiltig.
6. *Primärt* ansvarig är slutligen varje mottagare av medel i tredje led, eller annat efterföljande led, under samma förutsättningar som ovan under punkt 4 och 5, d v s att mottagaren insett eller bort inse de omstän-

digheter som grundar ogiltigheten i det primära ledet. Hur sedan det fall skall bedömas, där emottagaren av medel i det sekundära ledet har befunnits vara i god tro, men mottagaren i tredje ledet varit i ond tro, kan icke med full säkerhet fastställas. Måhända skall man i analogi med rättsfallet NJA 1975 s 708 låta det första godtrosförvärvet definitivt utsläcka möjligheterna att återvinna utbetalningen[383].

Vid bedömningen av frågan om mottagaren av medel i andra eller tredje led (eller efterföljande led) har gjort ett godtrosförvärv eller inte saknar det strängt taget betydelse huruvida mottagaren erlagt en motprestation (vederlag) eller inte. Oberoende av för vilket ändamål de ogiltigt utdelade eller utbetalade medlen använts, t ex återbetalning av lån, erläggande av köpeskilling, donation, m m, skall enligt vad som framgått av rättspraxis – vari betalning i många fall har skett mot fullt vederlag i form av aktier – mottagaren anses vara primärt återbäringsskyldig. Till frågan om vilka personers goda eller onda tro skall vara avgörande, t ex när mottagaren i andra eller tredje led är ett aktiebolag, en bank eller någon större institution, hänvisas till Nials genomgång av denna fråga[384].

7. Det sekundära ansvaret (bristtäckningsavsvaret) enligt ABL 12:5, 2 st, åvilar den som i egenskap av styrelseledamot, VD, aktieägare eller revisor (ävenledes stiftare och likvidator), i enlighet med bestämmelserna i ABL 15:1-4, medverkar till beslutet om utbetalningen eller verkställande därav eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning. Även om bestämmelsens första led skulle kunna tolkas så att medverkansansvar (och därmed bristtäckningsansvar) också träffar andra än sådana personer som ingår i bolagsorganen, t ex rådgivare, banker m m, utesluter hänvisningen i bestämmelsens andra led till ABL 15 kap sådant utsträckt medverkansansvar. Bristtäckningsansvarig är således endast de personer som uttryckligen är föremål för reglering i ABL 15:1-4. I vissa fall kan föreligga svårighet att avgöra huruvida en person är aktieägare eller inte, särskilt när aktieägaren avhänt sig aktierna i samband med utbetalning. Här avses främst den situation som låg till grund för Sue-

[383] Se härom Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s 58 f och Rodhe, Handbok i sakrätt, Lund 1985, s 33 ff.
[384] Se Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, s 29 ff.

cia-målet och från detta mål utgående rättspraxis, där aktierna betalades med målbolagets tillgångar. När den dominerande aktieägaren i ett enmans- eller fåmansbolag träffar överenskommelse om överlåtelse av aktierna, vilken överenskommelse implicit eller explicit bygger på den förutsättningen att betalning skall ske medelst målbolagets tillgångar, kan aktiesäljaren knappast undvika bristtäckningsansvar. Härtill kommer att aktiesäljaren, enligt vad som ovan anförts, är att se som primärt ansvarig tillsammans med aktieförvärvaren. Så var fallet beträffande den större delen av köpeskillingen i Suecia-målet, i vilket det låg inom ramen för överenskommelsen att betalning för aktierna skulle erläggas med bolagets tillgångar. I andra fall, t ex beträffande en mindre del av köpeskillingen i Suecia-målet, men även i NJA 1966 s 475, har av omständigheterna inte tillräckligt klart framgått, att parterna redan i samband med aktieöverlåtelseavtalets träffande överenskommit eller underförstått att betalning skulle ske på här aktuellt sätt. Att sedan i tiden efter aktieöverlåtelsen aktieförvärvaren uttar medel från bolaget och erlägger betalning oberoende av aktiesäljaren, borde icke föranleda ansvar för denne. Det senare får dock förutsätta, att aktieförvärvaren för beslut om utbetalning eller verkställandet av ett sådant beslut ej erfordrar biträde eller medverkan från aktiesäljarens sida. Men även om aktiesäljaren i en dylik situation icke direkt medverkat till beslut eller verkställt beslut om utbetalning på nu angivet sätt, framgår av rättsfallet NJA 1966 s 475, att medverkan även kan bestå i det förhållandet, att aktiesäljaren insett eller bort inse, att aktieförvärvaren avsåg att helt eller delvis fullfölja aktieköpet genom uttag från bolaget. Vad som härvid exakt konstituerar medverkan är oklart. Är det t ex till fyllest att aktiesäljaren bort inse att aktieförvärvet skulle fullföljas genom uttag från bolaget, eller erfordras härutöver att aktiesäljaren också bort inse att aktieförvärvaren saknat återbetalningsförmåga icke bara vid aktieförvärvet utan också senare vid själva uttaget från bolaget. Om redan insikten om det förstnämnda förhållandet skulle vara tillräckligt för att utgöra medverkan enligt bestämmelsen i fråga, synes denna sträckas långt utöver sin ordalydelse. Högsta domstolens uttalande bör emellertid tolkas så, att båda förutsättningarna måste vara uppfyllda, men att, enär den första förutsättningen icke var uppfylld enligt vad Högsta domstolen bedömde, det

saknades anledning för Högsta domstolen att ingå i en prövning av den andra förutsättningen. Likväl förefaller Högsta domstolen – med den nu angivna tolkningen – spränga ramarna för medverkansbestämmelsen genom att såsom medverkan "till beslutet om vinstutdelning eller verkställandet av detta" kvalificera en aktieförsäljning, i vilken aktiesäljaren haft anledning att misstänka att aktieförvärvaren skulle besluta och verkställa om olovlig vinstutdelning. Situationen är ej jämförbar med den i NJA 1976 s 618, vari aktiesäljaren i egenskap av aktieägare på ett aktivt sätt medverkade till att betalning skulle erläggas för aktierna genom direkta uttag från bolaget. I det följande behandlas det sekundära ansvaret (bristtäckningsansvaret, medverkansansvaret) mera utförligt.

6.2 Medverkansansvar vid olovlig utbetalning

I den s k bristtäckningsbestämmelsen i ABL 12:5, 2 st, stadgas, att den som "medverkat till beslutet om utbetalningen eller verkställandet därav eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning" är ansvarig enligt ABL 15 kap 1-4. Sistnämnda bestämmelser i aktiebolagslagen reglerar de olika bolagsorganens skadeståndsansvar. Skadeståndsansvariga enligt ABL 15:1-3 är stiftare, styrelseledamot, verkställande direktör, revisor och aktieägare. Även likvidator omfattas på grund av ABL 13:7, 4 st. Huruvida även andra i praktiken existerande bolagsorgan, såsom t ex koncernchefen, är underkastade nu nämnda reglering är ovisst och omdiskuterat, men det är möjligt att bestämmelserna i vart fall analogivis är tillämpliga på dylika *de facto* organ. (Ytterst baseras de aktiebolagsrättsliga skadeståndsreglerna trots allt på allmänna principer om uppdragstagares ansvar gentemot uppdragsgivare, varför sådana principer blir tillämpliga för det fall någon tillämpning av de aktiebolagsrättsliga reglerna ej är aktuell.)

Vad sedan gäller enskildheterna vid tillämpningen av bristtäckningsregeln är först att anteckna, att hänvisningen i stadgandet till ABL 15 kap begränsas till kapitlets första fyra paragrafer, varför följaktligen 5–6 § motsatsvis icke torde bli tillämpliga. Det sagda innebär t ex att en talan

på grundval av bristtäckningsregeln mot bolagsorgan icke förutsätter att den i 5 § angivna andelen aktieägare röstat mot förslag om ansvarsfrihet. En skadeståndstalan mot t ex en styrelseledamot skulle således kunna väckas utan att frågan om ansvarsfrihet först prövas. Å andra sidan skulle den rätt för en minoritet att väcka skadeståndstalan mot bolagsorgan som stadgas i 5 § 2 stycket ej heller gälla. Huruvida detta medför att väckande av skadeståndstalan förutsätter majoritetsbeslut på bolagsstämma eller möjligen initiativ av styrelsen (ny styrelse?), är osäkert. I brist på annan vägledning synes dock de nu angivna reglerna böra gälla.

De i ABL 15:6 stadgade preskriptionsreglerna är vidare ej heller tillämpliga såvitt gäller bristtäckningsansvaret. Allmänna regler om preskription får antas istället blir tillämpliga, vilket i princip innebär att en 10-årig preskriptionstid gäller från tidpunkten när den skadegörande handlingen utfördes[385].

I frågan om de bolagsorgan som omfattas av bristtäckningsregeln finns en given begränsning i ABL 15:1-3. Härtill kommer ansvaret för likvidator. Såsom ovan nämnts, omfattas möjligen även *de facto* bolagsorgan, t ex koncernchefen, i vart fall analogivis. Huruvida även andra personer än sådana som utgör bolagsorgan träffas av bristtäckningsansvaret är inte helt klarlagt. Frågan gäller i praktiken företrädesvis konsultens, rådgivarens, bankens m m, ansvar för uppkommen brist. En direkt tillämpning av bristtäckningsregeln är visserligen utesluten. Frågan gäller emellertid främst om analogier är tänkbara.

Dotevall[386] synes ha nått slutsatsen, att detta är fallet, när han konstaterar följande.

> "Avslutningsvis kan sägas att i NJA 1976 s 618 fastslogs att även de som inte är organ i bolaget eller aktieägare kan drabbas av återbetalningsskyldighet."[387]

Hänvisningen till rättsfallet NJA 1976 s 618 avser med all säkerhet domskälen i följande delar.

[385] Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt, s 228.
[386] Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, s 411. Jfr också Kedner/Roos, II, s 352 ff.
[387] Se Dotevall, *op. cit.*, s 411, fotnot utelämnad.

"I första hand uppkommer frågan, om ett betalningsansvar för ICA-matmarknad kan grundas på att företaget skulle kunna anses med 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 i 73 §, 2 mom, 3 st (jfr Stenbeck m fl, Aktiebolagslagen, 1970, s 181 f och 1975 års aktiebolagslag 12 kap 5 § och 15 kap 1–4 §§). 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, 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 Högsta domstolens dom den 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. Se vidare Rodhe, Aktiebolagsrätt, 1976, s 198 f.

Om man bortser från spörsmålet om betydelsen av att den skedda överlåtelsen kan vara ogiltig – härtill återkommes i det följande – synes ej rimligen kunna bli fråga om att ålägga ICA-matmarknad ersättningsansvar på nu anförd 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 skuldebrevslagen 29 §, 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 575 f. En skadeståndsskyldighet 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"[388].

Såsom framgår av det citerade avsnittet, bygger Högsta domstolens uttalande, i huvudsak *obiter dicta*, på rättsfallet NJA 1966 s 475. Av det sistnämnda fallet skulle följaktligen enligt Högsta domstolen i 1976 års fall framgå, att även person som ej intar organställning i bolaget eller är aktieägare däri skulle kunna drabbas av återbäringsskyldighet på grund av *medverkan* till den olovliga vinstutdelningen, vilken medverkan ju är utgångspunkten för Högsta domstolens argumentation i denna del: ICA-matmarknad hade ju endast i egenskap av gäldenär erlagt sin gäld för brödleveranser till aktiesäljaren i moderbolaget. Någon direkt tillämpning av bristtäckningsbestämmelsen på grund av medverkan kunde det

[388] Se rättsfallet s 623.

därför inte bli fråga om. NJA 1966 s 475 skulle dock enligt Högsta domstolen i 1976 års fall kunna ge ett visst utrymme för utsträckning av bestämmelsen (eventuellt analogivis) på annan än bolagsorgan.

Det nu av Högsta domstolen i 1976 års fall anförda resonemanget grundar sig uppenbarligen på Högsta domstolens uttalande i 1966 års fall, att aktiesäljaren (Zachrisson) vid emottagandet av slutlikvid för aktierna – vid vilken tidpunkt han icke längre var ledamot av styrelsen för eller aktieägare i bolaget – ändå i princip skulle ha kunnat gjorts betalningsansvarig, om han vid den nämnda tidpunkten visste, att aktieförvärvaren erhållit beloppet genom uttag från målbolaget. Den exakta ordalydelsen av uttalandet är den följande.

> "Konkursboet har gjort gällande, att Zachrisson i vart fall då han den 16 november 1960 mottog 120.900 kr. såsom slutlikvid för aktierna visste, att Glimvall erhållit beloppet genom uttag från bolaget. 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[389].

Vid första anblicken synes uttalandet innebära, att i praxis har utvecklats ett medverkansansvar och bristtäckningsansvar utöver det som direkt framgår av ABL 12:5, 2 st. Även andra personer än sådana som utgör bolagsorgan eller aktieägare skulle således kunna göras betalningsansvariga för den brist som uppkommer på grund av att den primärt återbetalningsskyldige enligt ABL 12:5, 1 st, är ur stånd att fullgöra sin skyldighet.

Vid en närmare analys visar det sig emellertid, att detta alls icke är innebörden av föreliggande praxis. I vart fall finns ingenting som tyder på att även andra än bolagsorgan eller aktieägare skulle kunna göras betalningsansvariga enligt ABL 12:5, 2 st. Skälen härför är följande.

Inledningsvis bör noga skiljas mellan återbäringsskyldighet enligt ABL 12:5, 1 st, och bristtäckningsansvar enligt ABL 12:5, 2 st. Återbäringsskyldigheten grundas på ogiltigheten av den förra transaktionen, d v s den olovliga utbetalningen. Bristtäckningsansvaret synes närmast vara att hänföra till skadeståndsreglerna, vilket även hänvisningen till ABL 15 kap tyder på. Återbäringsskyldigheten, återigen, avser givetvis endast

[389] Se NJA 1966 s 475, s 485.

de personer som mottagit någonting på grund av den olovliga utbetalningen, eller möjligen på motsvarande sätt tillgodogjort sig denna utbetalning genom att en gäld avskrivs, genom att kvittning sker eller på annat sätt. Bristtäckningsansvaret, och därmed skadeståndsansvaret, gäller de personer, och här således bolagsorgan och aktieägare, som icke mottagit någonting på grund av utbetalningen, utan medverkat till att utbetalningen kommit till stånd. Bristtäckningsansvaret enligt ABL 12:5, 2 st, kan således icke avse återbäringsskyldighet i egentlig mening, eftersom de personer som omfattas av regleringen ingenting har att återbära; de har inte emottagit något. Personerna i fråga har istället att betala en ersättning för den skada, d v s den brist, som uppkommer när den återbäringsskyldige är oförmögen att återbära den ifrågavarande utbetalningen; skadeståndsskyldigheten grundas på försumlighet.

Det ovan citerade HD-uttalandet i NJA 1966 s 475 träffar noga taget endast aktiesäljarens *återbäringsskyldighet* avseende det belopp som aktiesäljaren emottagit vid slutlikviden för aktierna. Aktiesäljarens betalningsansvar härutinnan är att hänföra till den i praxis åstadkomna extenderingen av ABL 12:5, 1 st: Primär återbäringsskyldighet åvilar den person som i första hand emottagit utbetalningen från bolaget i fråga. Har sedan medlen vidareförts, såsom t ex i 1966 års fall, till aktiesäljaren såsom betalning av köpeskilling för aktierna, gäller såsom framgått ovan enligt praxis, att den som i ond tro ("med vetskap om") emottagit det olovligen utbetalda beloppet också är återbäringsskyldig för allt som emottagits. Något bristtäckningsansvar är det här inte fråga om. Av redogörelsen ovan framgår, att det istället är ogiltigheten av utbetalningen som drabbar vidare led i transaktionskedjan för det fall mottagaren är i ond tro. (Ett slags civilrättsligt "häleriansvar".) Huruvida detta ansvar sedan är att hänföra till resultatet av tillämpningen av vindikationsrättsliga grundsatser eller inte är oklart, främst med hänsyn till att vindikationsrätten knappast omfattar betalningsmedel. (Se härom mera ovan.)

I den mån den person som i andra hand emottagit ett olovligen utbetalt belopp ändå skall anses vara bristtäckningsansvarig, vilket i och för sig är fullt möjligt, skall ett dylikt bristtäckningsansvar icke sammanblandas med det ansvar som gäller enligt ABL 12:5, 2 st. Grunden för ansvaret, och detta är det väsentliga, är ändå den omständigheten, att den ansvarige emottagit ett olovligen utbetalt belopp – eller på annat sätt tillgodo-

gjort sig bolagets medel – i ond tro (med vetskap om att fråga var om olovlig utbetalning). Bristtäckningsansvar skulle detta ansvar kunna betecknas som av det skälet, att ansvaret endast avser den brist som uppkommer sedan den i första hand återbäringsskyldige tömts på alla sina tillgångar. Det sagda förutsätter emellertid att de i transaktionskedjan ingående personerna icke är solidariskt ansvariga gentemot bolaget, vilket kan ifrågasättas. (Mer om detta nedan.)

1966 års fall är emellertid långt ifrån lättolkat. Sätts det ovan givna citatet i sitt sammanhang, uppstår vissa förbryllande effekter. I domskälens[390] inledning formulerar nämligen Högsta domstolen följande anslag.

> "Jämlikt 73 § 2 mom 1 st aktiebolagslagen har Glimvall blivit skyldig att till bolaget återbära viss del av det av honom den 16 november 1960 hos bolaget uttagna beloppet å 120.900 kr, ävensom att erlägga ränta å delbeloppet. Det är ostridigt, att Glimvall icke förmått fullgöra denna skyldighet. I föreliggande mål är fråga huruvida ansvarighet för den sålunda uppkomna bristen vid återbäringen kan åläggas Zachrisson jämlikt 3 st i det anförda lagrummet."

För den händelse målet uteslutande skulle gälla den i citatet angivna frågan, nämligen om ansvarighet för den uppkomna bristen jämlikt stadgandets tredje stycke, vilket uttalandets formulering ger utrymme för, måste ju även aktiesäljarens betalningsansvar, enligt vad som ovan diskuterats, falla under samma tredje stycke. Så skall emellertid det inledande, ovan citerade avsnittet icke tolkas. Målet rör icke uteslutande en tillämpning av stadgandets tredje stycke. Högsta domstolen har istället valt att följa konkursboets uppläggning av talan, varigenom Högsta domstolen först prövar bristtäcknings- och medverkansansvar enligt 3 st och därefter – när det befinns att något sådant ansvar icke föreligger – återbäringsskyldighet, vilken skyldighet – utan att Högsta domstolen direkt anger detta – anknyter till stadgandets första stycke. (Bristtäckning för den som i andra hand mottar belopp har ett samband med talans uppläggning, d v s talan riktas i första hand mot förstahandsmottagaren.)

Vid en återgång sedan till de ovan citerade domskälen i 1976 års fall kan konstateras, att Högsta domstolen i detta fall utgått ifrån att 1966 års fall endast rörde medverkansansvar enligt ansvarsregelns tredje stycke.

[390] Se NJA 1966 s 475, s 484.

Något sådant medverkansansvar är det emellertid icke fråga om, och uttalandet i 1976 års fall om att även person som ej intar organställning i bolaget eller aktieägare kan drabbas, kan därför ej avse ansvar på grund av medverkan, utan endast ansvar på grund av tillgodogörande (företrädesvis emottagande) av olovlig utbetalning, under vissa närmare angivna förutsättningar[391].

Vad som synes vara en feltolkning av domskälen i 1966 års fall leder till att premisserna för Högsta domstolens argumentation i 1976 års fall är delvis oriktiga. I trots härav når Högsta domstolen i 1976 års fall, efter en prövning av frågan huruvida ICA-matmarknad kan åläggas medverkansansvar, en riktig och viktig slutsats, nämligen den att något medverkansansvar icke förelåg, och således att ICA-matmarknad – oaktat att bolagets företrädare eventuellt haft insikt om att fråga var om olovlig vinstutdelning – icke kunde befinnas ersättningsansvarigt på grund av medverkan[392].

En långt större tolkningssvårighet gör sig emellertid gällande i Sueciafallet. I det fallet yrkade, såsom redovisats ovan, konkursboet, att aktiesäljaren Carlsund skulle återbära det han "uttagit" (850.000 kr med vissa avdrag) och aktieförvärvaren (Santesson) att återbära det han uttagit, d v s närmare bestämt ca 500.000 kr med vissa avdrag. Härutöver yrkades att envar av aktiesäljaren och aktieförvärvaren skulle täcka den brist som

[391] Jfr konkursboets utformning av talan i 1966 s 475, års fall, se NJA 1966 s 479 f; "Konkursboet genmälde: Den omständigheten att Zachrisson, när han mottog beloppet om 120.900 kr, ej längre var styrelseledamot eller aktieägare i bolaget saknar betydelse i vad gäller hans skyldighet att till bolaget återbära vad sålunda uppburits, enär enligt konkursboets förmenande återbäringsskyldighet åvilar icke blott aktieägare och person i organställning utan jämväl tredje man som mottager utbetalning av sådant slag, varom i målet är fråga. Det bestrides att man vid bedömande av frågan huruvida återbäringsskyldighet föreligger äger taga hänsyn till dolda reserver eller dylikt. Endast sådana vinstmedel som är utdelningsbara enligt fastställd balansräkning kan komma i fråga."

[392] Om å ena sidan HD i 1976 års fall godtar principen, att även annan än bolagsorgan eller aktieägare kan göras ansvarig för medverkan, avvisas å andra sidan såsom orimligt medverkansansvar för ICA-matmarknad, oavsett att företagets företrädare eventuellt insett, att fråga var om olovlig vinstutdelning. Såsom – måhända en smula otillräckligt – skäl härför anför HD det skuldebrevsrättsliga förhållandet, att ICA-matmarknad varit civilrättsligt skyldigt att erlägga betalning till aktiesäljaren (eller förvärvaren av fordringen gentemot ICA-matmarknad), eller med andra ord att ICA-matmarknad med befriande verkan endast kunnat betala till aktiesäljaren. Jfr skuldebrevslagen 29 §. För vinnande av klarhet i denna fråga hade det säkerligen varit mera ändamålsenligt om HD närmare undersökt *grunderna* för att någon annan än bolagsorgan eller aktieägare skall göras ansvarig för medverkan.

eventuellt kunde uppkomma vid uppföljandet av återbäringsskyldigheten. Dessutom gjorde konkursboet gällande, att ersättningsskyldighet förelåg enligt 1910 års regler i aktiebolagslagen om skadestånd (70 och 135 §§).

Såsom framgått ovan, fann Högsta domstolen att aktiesäljaren var återbäringsskyldig i enlighet med konkursboets yrkande på den grunden att aktiesäljaren fick antagas ha insett eller åtminstone bort inse, att den fordran som målbolaget erhöll hos aktieförvärvaren var värdelös. I detta senare förhållande innefattas givetvis insikten om att uttag skett från bolaget. Aktiesäljarens återbäringsskyldighet har i denna del sin grund i *dels* ogiltigheten av uttaget (som i själva verket gjordes av aktieförvärvaren), *dels* den omständigheten att aktiesäljaren i ond tro emottagit det belopp eller de tillgångar som ogiltigt uttagits.

Särskilda bekymmer bereder Högsta domstolens i anslutning härtill gjorda uttalande om aktieförvärvarens bristtäckningsansvar.

> "Santesson har på grund av sin medverkan till berörda obehöriga överförande av tillgångar å Carlsund i allt fall ådragit sig det av konkursboet i målet hävdade ansvaret, nämligen att täcka den brist som kan uppkomma vid Carlsunds återbäring."

Uttalandet ger ett visst tolkningsutrymme för medverkansansvar för annan än bolagsorgan eller aktieägare, eftersom det tydligen inte förutsätts för aktieförvärvaren Santessons ansvar, att denne har sådan status. Till grund för aktiesäljaren Carlsunds återbäringsskyldighet låg nämligen bl a det av Högsta domstolen explicit nämnda förhållandet, att aktiesäljaren fortfarande var aktieägare i målbolaget vid övertagandet av de aktuella tillgångarna. Huruvida uttalandet skall ses såsom ett *obiter dictum* eller ett *ratio decidendi* med avseende på grunden för *aktieförvärvarens* ansvar – för aktiesäljarens ansvar var det säkerligen icke avgörande att han var aktieägare vid den nämnda tidpunkten – kan inte med säkerhet fastställas. Återigen ger Högsta domstolens uttryckssätt vid första anblicken intrycket av att domstolen har tillämpat bristtäckningsregeln (innefattande medverkansansvar) i 1910 års motsvarighet till ABL 12:5, 2 st, nämligen 54 §. Mot bakgrund av att aktieförvärvaren vid den aktuella tidpunkten varken var bolagsorgan eller aktieägare, skulle därmed enligt

denna tolkning bristtäckningsansvaret utsträckts till att omfatta även andra än bolagsorgan och aktieägare.

Med all säkerhet är emellertid denna tolkning oriktig. Felet består i att alltför stor vikt fästs vid uttrycken "bristtäckning" och "medverkan" i Högsta domstolens ovan citerade domskäl. Det förstnämnda uttrycket är detsamma som används av konkursboet i dess yrkande och återspeglar därför endast detta förhållande. Uttrycket "medverkan" är, ehuru måhända aningen vilseledande, icke en direkt återföring på medverkansansvar såsom det stadgas beträffande bolagsorgan och aktieägare, utan istället kanske den träffsäkraste beskrivningen på aktieförvärvarens delaktighet i transaktionen. Det bör understrykas, att såväl aktieförvärvaren (i första hand) som aktiesäljaren (i andra hand) varit mottagare av olovligt utbetalda eller uttagna medel eller tillgångar. Rätteligen bör båda ha varit primärt – och solidariskt, varom mera nedan – återbäringsskyldiga beträffande det ifrågavarande beloppet. Att så inte blev fallet sammanhänger med att konkursboets yrkande icke var så utformat[393].

Sammanfattningsvis träffas således icke andra än bolagsorgan eller aktieägare av det bristtäckningsansvar som stadgas i ABL 12:5, 2 st. Ehuru rättspraxis i vissa stycken må framstå som oklar i denna fråga, föreligger ingenting entydigt i domstolarnas domskäl som talar häremot. Att sedan återbäringsskyldigheten kan drabba annan än den som i första hand emottagit en olovlig utbetalning, vilket får anses framgå av rättspraxis, är en annan sak.

Vidkommande sedan vad som i övrigt erfordras för ansvar enligt ABL 12:5, 2 st, ges endast en mycket knapphändig vägledning i doktrin och praxis. När en hänvisning i stadgandet sker till ABL 15:1–4, får antas att de däri uppställda subjektiva rekvisiten, uppsåt eller oaktsamhet (eller grov oaktsamhet för aktieägare) är tillämpliga. Beträffande oaktsamhetsrekvisitet i allmänhet hänvisas till den numera relativt omfattande litteraturen på området och rättspraxis[394]. I det följande skall innebörden av oaktsamhet vid olovlig utbetalning något beröras.

[393] Märk här HD:s uttryckssätt, att aktiesäljaren "i allt fall" ådragit sig bristtäckningsansvar. Se NJA 1951 s 6 I, s 25.

[394] Se här bl a Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, s 88 ff; Taxell, Bolagslednings ansvar, Åbo 1983, båda med vidare hänvisningar. Se även den s k Fermentadomen meddelad av Södra Roslags tingsrätt den 22 mars 1991 (mål nr T 6-299-87).

Förutsättningarna är följande. Fråga är om ansvar för skada som åsamkats bolaget. Ansvaret tar sig uttryck i skyldighet att täcka den brist som uppkommer för bolagets del vid återgång av en ogiltig transaktion, nämligen den olagliga utbetalningen. Ansvariga är ledamot i styrelsen, VD, revisor, stiftare, likvidator och aktieägare (eventuellt koncernchefen). Ansvaret är subsidiärt i förhållande till återbäringsskyldigheten i ABL, 12:5, 1 st, i den meningen att bolaget har i första hand att uttömma sina möjligheter att återfå det som utbetalats[395]. Det kan tilläggas, att subsidiariteten inte innebär, att bristtäckningsansvaret bortfaller därför att mottagaren av betalningen på grund av god tro saknar återbäringsskyldighet. Oaktsamheten skall vidare ha legat bolagsorgan eller aktieägare till last på grund av att medverkan till beslut om olovlig utbetalning eller verkställande därav eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning. Ersättningsskyldigheten för de bristtäckningsansvariga är solidarisk. Jämkning kan ske enligt ABL 15:4. Såsom framhållits ovan, inträder bristtäckningsskyldigheten oberoende av om den ansvarige på ett eller annat sätt tillgodogjort sig, företrädesvis emottagit, den olovliga utbetalningen. Ansvaret förutsätter med andra ord inte vinning hos den ansvarige[396].

Vad sedan gäller den närmare innebörden av oaktsamhetsrekvisitet vid olovlig utbetalning har rättspraxis huvudsakligen rört utbetalningar i en- eller fåmansföretag, i lejonparten av fallen i form av lån i samband med en överlåtelse av aktierna i bolaget, varvid också nästan uteslutande har gällt, att talan har förts av (eller mot) bolaget i konkurs. I Suecia-målet framhöll Nial i sitt sakkunnigutlåtande[397] beträffande en dylik lånetrans-

[395] Beträffande vad som fordras i detta hänseende för att det subsidiära ansvaret skall kunna göras gällande, se bl a om enkel borgen i Walin, Borgen och tredjemanspant, Lund 1984, s 19 ff och s 155 ff. Se även rättsfallet NJA 1974 s 508. Huruvida ansvaret även är subsidiärt i förhållande till de personer som är i andra hand återbäringsskyldiga för emottagna medel enligt den rättspraxis som utvecklats, och som beskrivits ovan, på så sätt att bristtäckningsansvaret endast utlöses sedan även dessa personer tömts på sina tillgångar för fullgörandet av återbäringsskyldigheten, är oklart. Det är inte givet att det förhållandet, att samtliga personer som är återbäringsskyldiga enligt ABL 12:5, 1 st, och den utsträckta tillämpning som stadgandet har kommit att få i rättspraxis, är solidariskt ansvariga gentemot bolaget för det olovligt utbetalda beloppet, dock högst med vad som emottagits, medför att bristtäckningsansvaret är subsidiärt även i nu omförmält hänseende. Beträffande det subsidiära ansvaret, se även minoritetsvotum i Suecia-målet, NJA 1951 s 6 I, s 26 ff, särskilt s 27.

[396] Se beträffande uppsåt och oaktsamhet även SOU 1941:9, s 286.

[397] Se NJA 1951 s 6 I, s 11 f.

aktion, att det kunde ifrågasättas, "om man icke rent av borde gå så långt att styrelsen bleve ansvarig för varje brist vid återbetalningen, i den mån det erfordrades för att tillgodose borgenärerna"[398]. I vart fall måste man enligt Nial kräva, att "styrelsen med särskild omsorg såge till att bolagets fordran mot aktieägaren vore fullt säker åtminstone till den del som erfordrades för att bolagets bundna kapital skulle vara täckt". Det är enligt Nial överhuvudtaget knappast försvarligt, att styrelsen utöver de utdelningsbara medlen gav aktieägaren kredit av den omfattning som fråga var om i Suecia-målet utan tillfredsställande säkerhet. Kravet på styrelseledamotens omsorg kunde vidare inte bli mindre (utan snarare större) om ledamoten hade eget intresse i transaktionen.

I övrigt lämnar Suecia-målet ingen upplysning om tillämpningen av oaktsamhetsrekvisitet. I det minoritietsvotum som avgavs av justitierådet Gyllenswärd formuleras emellertid aktiesäljarens bristtäckningsansvar i enlighet med motsvarigheten till den nu ifrågavarande bestämmelsen enligt följande.

> "Med hänsyn till föreliggande omständigheter har han därvid måst inse, att synnerlig anledning förelåg till antagande av den fordran å Santesson till motsvarande belopp som bolaget erhöll var värdelös eller åtminstone till att, innan Carlsund deltog i ett förfarande av denna natur och betydelse för bolagsförmögenheten, verkställs undersökning rörande Santessons ekonomiska ställning, vilken uppenbarligen härigenom skulle hava blivit klarlagd."

De slutsatser som eventuellt kan dras av uttalandena i Suecia-målet är, att oaktsamhetsrekvisitet kan sägas innebära ett krav på insikt och brist på omsorg, vilket krav skulle kunna omsättas i regeln, att – i vart fall i samband lånetransaktionen – bolagsorgan och aktieägare (i de senare fallet om grov oaktsamhet föreligger) är bristtäckningsansvariga om de insett eller bort inse de omständigheter som föranledde att utbetalningen var olovlig. Såvitt avser lånetransaktioner innebär det sagda, att bristtäckningsansvar åligger den som insett eller bort inse att bolaget har lånat ut medel till en person som saknar återbetalningsförmåga (samt att bola-

[398] Hänvisningen i utlåtandet i omedelbar anslutning till det citerade uttalandet till Nials Aktiebolags och andra företags borgenärsförbindelser, Stockholm 1948, s 16 f, synes ej vara relevant för en senare upplaga av samma arbete, eftersom motsvarande ståndpunkt ej återfinns däri.

get saknar utdelningsbara medel till motsvarande belopp). Äger lånetransaktionen rum i samband med en överlåtelse av aktier i ett enmansbolag, såsom t ex i Suecia-målet, är situationen densamma. Är aktiesäljaren t ex styrelseledamot i bolaget när lånet beslutas eller verkställs, uppkommer bristtäckningsansvar. Har han däremot avhänt sig aktierna och avgått ur styrelsen när lånet ges, innebärande således att han icke deltagit i beslutet eller verkställandet av lånet, bör å andra sidan något bristtäckningsansvar icke komma ifråga. (Att aktiesäljaren däremot kan bli återbäringsskyldig på grund av den i praxis uppställda principen om civilrättsligt häleriansvar, är en annan sak). Att det sedan i vissa fall kan föreligga svårigheter att fastställa tidpunkten för såväl avhändandet av aktierna som utträde ur styrelsen kan knappast undvikas.

Se härvid minoritetsvota i Suecia-målet NJA 1951 s 6 I, s 26 ff, där en skiljaktig ledamot av Högsta domstolen uttalade, att "i beaktande av omständigheterna" aktiesäljaren fick anses ha kvarstått i styrelsen och ännu icke slutgiltigt avhänt sig aktierna, när han med aktieförvärvaren träffade överenskommelsen om "sättet för likviden", varför aktiesäljaren medverkat i det olaga uttagandet av tillgångar från bolaget. Ett annat justitieråd (Nissen) fann å andra sidan, med hänsyn till de svårigheter som förelåg att fastställa tidpunkten för de i aktieöverlåtelsen ingående momenten och med hänsyn till "det sätt varpå alla dessa transaktioner ävensom bolagsstämmans hållande ingrepo i och i viss utsträckning förutsatte varandra", att man vid prövningen av målet fick utgå ifrån att samtliga transaktioner ägde rum samtidigt, med resultat att aktiesäljaren i uttagsögonblicket icke längre kunde anses vara aktieägare eller styrelseledamot. I justitierådet Gyllenswärds skiljaktiga mening har inkorporerats tanken, att en styrelseledamot skulle kunna göras ansvarig för även sådan bolagets utlåning som kommit till stånd efter det att ledamoten avgått ur styrelsen (motsvarande för aktieägare som slutgiltigt avhänt sig aktierna och VD som avgått m m). Har ledamoten verkat på så sätt att han beslutat om framtida utlåning, låter det sig göras att låta honom ansvara, men i övrigt torde styrelseledamoten knappast kunna kopplas till bolagets framtida beslut. Inte ens om aktiesäljaren är identisk med den ende ordinarie styrelseledamoten och aktiesäljaren i samröre med aktieförvärvaren vidtagit vissa mått och steg, eller till och med kommit överens om, att betalningen för aktierna skall ske genom uttag från bolaget, kan personen ifråga i egenskap av styrelseledamot göras bristtäckningsansvarig (ej heller i egenskap av dominerande eller enda aktieägare). Det är sannolikt just med hänsyn härtill som möjligheten att åtkomma aktiesäljaren och göra honom primärt återbäringsskyldig utvecklats i rättspraxis. Att således aktiesäljaren diskuterar, eller till och med kommer överens med aktieförvärvaren om hur denne skall ordna med betalningen för aktierna, bör icke kunna leda till att aktiesäljaren i egenskap av styrelseledamot eller bolagsorgan över huvud "medverkar" till olovlig utbetalning. Något beslut om

olovlig utbetalning eller verkställande av därav har nämligen ledamoten i styrelsen ej varit delaktig i.

I NJA 1966 s 475 synes grunden för konkursboet talan i här intressant hänseende varit, att aktiesäljaren i egenskap av styrelseledamot eller aktieägare medverkat till beslutet om den olovliga utbetalningen genom att i anslutning till att aktieöverlåtelseavtal träffades överenskomma med aktieförvärvaren om att viss del av betalningen skulle ske genom uttag i form av lån ur målbolaget. Härutöver skulle aktiesäljaren i denna egenskap ha medverkat till verkställandet av beslutet genom att mottaga köpeskillingen med full vetskap om att de medel med vilka betalningen fullgjordes i sin helhet uttagits ur bolagets tillgångar. Att bristtäckningsansvar skulle kunna uppkomma genom sistnämnda medverkande vid verkställandet, lämnas av domstolarna uppenbarligen utan avseende, vilket säkerligen sammanhänger med att aktiesäljaren vid tidpunkten för betalningen var styrelseledamot eller aktieägare, men framför allt med den omständigheten att aktiesäljaren tog emot köpeskilling i denna sin egenskap och icke i egenskap av styrelseledamot eller beslutsfattande eller verkställande aktieägare i bolaget. Däremot godtogs till synes konkursboets teori, att medverkan i beslut kan anses ha skett genom att aktiesäljaren med aktieförvärvaren träffat överenskommelse om att denna skulle för betalning av aktierna upptaga lån hos målbolaget (domstolarna fann dock icke styrkt att sådan överenskommelse gjorts). Det är möjligt att HD utsträcker denna teori till att även omfatta det förhållandet, att aktiesäljaren i egenskap av styrelseledamot eller aktieägare insett eller haft anledning misstänka att aktieförvärvaren helt eller delvis avsåg att fullfölja aktieköpet genom uttag från målbolaget. (Se NJA 1966 s 475, s 484.) Hur det förhåller sig med denna sak är dock osäkert, med hänsyn till hur HD:s slutsats i denna del formulerats, nämligen att det av utredningen icke kan anses framgå, att aktiesäljaren "under detta skede av mellanhavandet medverkat till [aktieförvärvarvens] uttag på sätt i 73 § 2 mom, 3 st aktiebolagslagen avser". Huruvida slutsatsen sammanhänger med att ond tro (ej haft anledning att misstänka) ej ansågs styrkt eller förutsättningarna för bristtäckningsansvar i annat hänseende ej var uppfyllda, framgår inte med tillräcklig klarhet. En jämförelse med det minoritetsvotum som avgavs av justitierådet Riben ger dock en antydan om att det förra förhållandet låg till grund för slutsatsen. Skulle detta vara en riktig tolkning av majoritetens domskäl, har i själva verket ett mycket långtgående prejudikat skapats såvitt avser bolagsorganens bristtäckningsansvar: Så snart anledning föreligger att misstänka, att blivande majoritetsägare och eventuell styrelseledamot av bolaget avser att erlägga köpeskillingen medelst uttag från bolaget ifråga, är den förre vid tidpunkten för uttaget avgångne styrelseledamoten och annat bolagsorgan bristtäckningsansvarig. Genom uppställandet av en dylik regel undandras ett bolagsorgans möjlighet att undkomma ansvar för bolagets åtgärder genom att avgå från sin post i bolaget, vilket är ett synnerligen märkligt resultat av den regel som således förmodas ha formulerats av HD. Även om regeln begränsas till att gälla uteslutande sådana styrelseledamöter som är säljare av alla eller så gott som alla aktier i bolaget, synes den inte utan vidare ha fog för sig. Möjligen skulle kunna göras gällande, att en ledamot av ett aktiebolags styrelse eller en verkställande direktör på grund av de aktsamhetskrav som föreligger vid fullgörandet av det uppdrag som ligger däri har en viss undersök-

ningsplikt i vad avser aktieförvärvarens finansieringsmöjligheter. I de fall där det framstår som klart, att aktieförvärvaren saknar en självständig finansieringsförmåga, och att det är någorlunda uppenbart, att aktieförvärvaren avser att erlägga betalning för aktierna medelst uttag från det förvärvade bolaget, skulle ett beslut om försäljning av aktierna av en person som samtidigt har ställning av styrelseledamot eller VD kunna innefatta ett beslut om olovlig utbetalning.

Oaktsamhetsrekvisitet skulle således beträffande lån som utgör olovlig utbetalning kunna sammanfattas i kravet på insikt (insett eller bort inse) om de förhållanden som konstituerade olovligheten, d v s att låntagaren saknade återbetalningsförmåga samt att bolaget saknade utdelningsbara medel. Att en person i bolagsledningen bort inse ett visst förhållande, innefattar också ett konstaterande om att han inte visat tillräckligt stor omsorg vid beslut eller verkställandet därav i vad avser granskningen av sakomständigheterna. Överförs denna tillämpning av oaktsamhetsrekvisitet från det begränsade område som lånetransaktionen ändock utgör till området för olovliga utbetalningar över huvud enligt ABL 12 kap, bör rimligen grunderna för tillämpningen av rekvisitet vara detsamma. Avgörande bör följaktligen vara huruvida ett bolagsorgan eller aktieägare insett eller bort inse att den utbetalning (i vid mening) som skall beslutas eller verkställas är vederlagsfri (i den mening som ovan närmare fastställs) samt att utdelningsbara medel saknas för att täcka utbetalningen. Även här kan en slutsats om vad ett bolagsorgan bort inse grundas på den undersökning som bort vidtas för att fastställa frågan om vederlagsfrihet och förekomsten av utdelningsbara medel. Såvitt sedan gäller övriga frågor om varje enskild styrelseledamots, VD:s, revisors, ansvar för medverkan i beslut och verkställandet därav hänvisas till mera allmänna arbeten om bolagsledningens ansvar[399]. Var och en som deltagit i beslut om olovlig vinstutdelning, och som inte uttryckligen reserverat sig däremot (huruvida det protokollförts eller inte bör inte vara avgörande, men har givetvis betydelse från bevissynpunkt), är följaktligen bristtäckningsansvarig om de ovan givna sakförhållandena borde ha insetts. Detsamma gäller var och en som deltagit i verkställandet av utbetalningen ifråga. Här bör slutligen tilläggas, att en utbetalning enligt vad som ovan anförts kan vara olovlig också på den grunden, att den skett utan att balansräk-

[399] Se ovan fotnot 370.

ning fastställts dessförinnan. Oberoende av om utdelningsbara medel finns i bolaget, kan således en sådan förtäckt vinstutdelning vara olovlig i händelse av att den är vederlagsfri. Bolagsorgan och aktieägares onda tro bör i sådant fall omfatta såväl vederlagsfriheten som den omständigheten, att fastställd balansräkning icke föreligger.

Bristtäckningsansvaret enligt ABL 12:5, 2 st, är enligt det ovan sagda ett ansvar för ersättning av den brist eller skada som uppkommer på grund av att återbäringsskyldigheten enligt ABL 12:5, 1 st, icke kan fullgöras. Utöver detta bristtäckningsansvar kan självfallet skadeståndsanspråk mot bolagsorganen och aktieägare grundas på de allmänna skadeståndsbestämmelserna i ABL 15 kap. Detta förutskickades redan i förarbetena till 1944 års aktiebolagslag[400].

För frågan om utbetalningar från ett aktiebolag kan de allmänna skadeståndsbestämmelserna ha följande tilläggsvärde.

1. Skadeståndsgrundande kan vara alla utbetalningar som är mer eller mindre vederlagsfria oberoende av om de är olovliga eller inte, förutsatt givetvis att det subjektiva rekvisitet uppsåt eller oaktsamhet (för aktieägare grov oaktsamhet) – i andra fall åter fordras överträdelse av aktiebolagslagen eller bolagsordningen – är uppfyllt.
2. Talan om ansvarighet för brist kan enligt 12:5, andra stycket, föras av bolaget eller dess konkursbo. Enligt de allmänna skadeståndsbestämmelserna kan talan även föras av aktieägare eller annan (företrädesvis borgenärer), under de i punkt 1. givna förutsättningarna[401].

Gemensamt för skadeståndstalan enligt 12:5, 2 st, och 15 kap är att den måste riktas mot bolagsorgan eller aktieägare. Frågan huruvida talan även kan riktas mot annan än bolagsorgan och aktieägare har behandlats ovan och besvarats nekande. I aktiebolagslagen saknas regler om en sådan ordning. I rättspraxis har såvitt bekant skadeståndsskyldighet eller

[400] Se härom bl a i SOU 1941:9, s 286.

[401] Se härom SOU 1941:9, s 286, där följande uttalande återfinns: "Fråga om återbäring av vinstutdelning torde väl i regel uppkomma först i samband med bolagets konkurs. I konkursen lär konkursförvaltaren i allmänhet fullgöra sin skyldighet att väcka de anspråk på återbekommande av vinstutdelning och vid brist i återbäringen på ansvarighet för brister som tillkomma bolaget. Men om detta ej sker och borgenärer hos bolaget icke erhålla full betalning för sina fordringar, kan av dem talan föras om skadestånd enligt 197 §." I anslutning härtill hänvisar lagberedningen till de allmänna skadeståndsbestämmelserna.

bristtäckningsansvar icke ådömts annan än bolagsorgan och aktieägare. Återbäringsskyldigheten enligt 12:5, 1 st, har däremot träffat alla mottagare av olovliga utbetalningar. I vilken mån skadeståndstalan mot annan än bolagsorgan eller aktieägare kan grundas på allmänna skadeståndsrättsliga principer skall i korthet beröras nedan efter det att medverkansansvar vid överträdelse av utlåningsförbuden diskuterats.

Slutligen skall i detta avsnitt beröras några frågor gällande återbärings- och medverkansansvarets *innebörd*. Vad först gäller vilket värde som skall återbäras, uppkommer problem i praktiken endast vid utbetalning av sakvärden. Avgörande härvid torde vara värdet av den utbetalade egendomen i själva utbetalningsögonblicket. Genomgående gäller beträffande såväl återbärings- som medverkansansvaret, att det är värdet av aktiebolagets prestation i utbetalningsögonblicket, förutsatt givetvis att den är vederlagsfri, med avdrag för värdet i samma ögonblick av motprestationen, som är föremålet för återbäringen eller bristtäckningen. Till detta kommer ränta enligt räntelagen (5 §) samt eventuell annan avkastning från den utbetalade egendomen ifråga, om utbetalningen t ex rör sakvärden.

Häremot skulle visserligen kunna invändas, att en återvinning inom ramen för en konkurs innebär en rak återbäring av vad som erhållits och att samma regel borde gälla vid återbäring till aktiebolag. Detta är dock endast huvudregeln. I fall av ond tro hos mottagaren av den återvinningsbara egendom stadgas genomgående undantag i konkurslagen 4 kap 14 § och följande bestämmelser. Ett eventuellt vederlag för den återvinningsbara egendomen skall t ex mottagaren icke ha rätt att återfå, om det icke har kommit konkursboet tillgodo, förutsatt att den som lämnade vederlaget hade eller bort haft kännedom om att gäldenärens avsikt var att undanhålla borgenärerna detta. I ondtrosfallet skall också avkastning som belöper på tiden från mottagandet av egendomen till dess återvinning påkallas, och för tiden därefter, med tillägg för ränta, återbäras. Att en rak återbäring skall ske i alla fall av återvinning, utom i ondtrosfallet (jfr konkurslagen 4:5) sammanhänger med att återvinningsreglerna – med undantag av konkurslagen 4:5 – icke innehåller ett subjektivt rekvisit. Vid en tillämpning av aktiebolagslagens återbäringsbestämmelse förutsätts dock för det primära ansvaret ond tro, varför också bör gälla att den återbäringsskyldige skall stå risken för värdenedgång, samt har att återbära

avkastning av egendomen, m m. I allmänhet bör dock – med hänsyn till att värdet vid utbetalningstillfället är grunden för återbäringsskyldigheten – eventuella värdeuppgångar kunna tillgodogöras av den återbäringsskyldige, förutsatt att icke allmänna rättsgrundsatser om otillbörlig vinst leder till ett annat resultat.

På motsvarande sätt kan den återbäringsskyldige ges rätt till ersättning för kostnader som har haft värdehöjande effekter, förutsatt att dessa är till nytta för bolaget. Vid s k blandade transaktioner får förutsättas, att den återbäringsskyldige har retentionsrätt i egendomen, för att på så sätt säkerställa bolagets återbäring av den återbäringsskyldiges motprestation. Återbäringen skulle också kunna effektueras på så sätt, att den återbäringsskyldige kvittar sin återbäringsskuld mot en fordran hos det återbäringsberättigade bolaget. Vid partiell ogiltighet, d v s i det fallet där det som utbetalats eller delats ut – varvid av intresse främst synes vara utdelning av sakvärden – endast delvis skall återbäras, torde i linje med vad som ovan anförts, återbäringsplikten avse vad som olovligen utdelats i kronor räknat; om sedan återbäringen faktiskt sett kommer till stånd genom att de olovligen utdelade tillgångarna återbärs, eller på annat sätt, är förmodligen av underordnat intresse. Möjligen kan tilläggas, att om det återbäringsberättigade bolaget framställer krav härom, det har rätt till att återfå den olovligen utdelade egendomen, mot att den återbäringsskyldige erhåller det lovliga utdelningsbara beloppet.

Vad sedan gäller bristtäckningsansvarets innebörd har ovan påtalats dess subsidiära natur i förhållande till återbäringsansvaret. Ansvaret inträder först när återbäringsskyldigheten icke kan fullgöras (eller icke skall fullgöras, på grund av utbetalningsmottagarens goda tro), varför i analogi med en enkel borgen alla rättsmedel först måste uttömmas såvitt gäller den primärt ansvariga mottagaren. Ansvaret skilda återbäringsansvariga emellan är emellertid solidariskt. För den händelse bristtäckningsansvaret helt eller delvis fullgörs, utlöses en regressfordran och motsvarande regressansvar hos och för det aktuella aktiebolaget.

Förhållandet mellan återbäringsskyldighet, bristtäckningsansvar och regressfordran kan stundom vara ytterst komplicerad. Antag t ex att ett aktiebolag ("säljarbolaget") avhänder sig ett dotterbolag ("dotterbolaget") till ett annat aktiebolag ("köparbolaget"). Antag vidare att dotterbolaget har betydande substans och att köpeskillingen motsvarar substansvärdet. Antag slutligen att

köparbolaget finansierar förvärvet genom ett externt lån, vilket sedermera regleras genom upptagande av lån från dotterbolaget, varvid får förutsättas att det senare lånet icke är av den karaktären, att det utgör ett brott mot det särskilda utlåningsförbudet, d v s det förutsättes att köparbolaget hade egen finansieringsförmåga eller det sedermera upptagna lånet från dotterbolaget eljest icke utgjorde ett led i köparbolagets förvärv av dotterbolaget. För det fall det skulle befinnas att det ifrågavarande lånet i enlighet med Suecia-principen helt eller delvis utgör förtäckt vinstutdelning, och att utdelningen dessutom är olovlig på grund av att den utgör ett intrång i dotterbolagets bundna kapital, vilket härmed således förutsätts utan närmare undersökning, föreligger återbäringsskyldighet för köparbolaget. Möjligen kan också säljarbolaget vara primärt återbäringsskyldigt (jfr Suecia). För den händelse återbäringsskyldigheten icke helt eller delvis fullgörs, inträder bristtäckningsansvaret företrädesvis hos dotterbolagets ledning, men även dess dominerande aktieägare, vilket också således skulle kunna vara säljarbolaget (för det fall detta bolag i egenskap av aktieägare i dotterbolaget deltagit i beslut om olovlig vinstutdelning). Fullgörs bristtäckningsansvaret, innebär detta ett berikande av dotterbolaget *och* köparbolaget, varvid det primärt ansvariga köparbolagets regressansvar medför – om detta fullgörs – en återbetalning av i princip samma medel till den bristtäckningsansvarige. Fullgörandet från dennes sida skulle följaktligen endast medföra rundgång av pengar och därför knappast vara meningsfullt. (Situationen är givetvis en annan, om dotterbolaget befinner sig i konkurs och den bristtäckningsansvariges medel används för att täcka fordringarna i konkursen.) Frågan är emellertid hur saken gestaltar sig om innan bristtäckningsansvaret görs gällande dotterbolaget säljer sin fordran på grund av återbärings- resp bristtäckningsansvaret, och/eller köparbolaget säljer samtliga aktier i dotterbolaget. Av visst intresse härvid är självfallet till vilket pris avhändandet av fordringen resp aktierna skett. Har t ex fordringen på grund av återbäringsskyldigheten sålts för ett belopp motsvarande hela återbäringsskyldigheten, har också det återbäringsskyldiga bolagets, d v s köparbolagets, aktier i dotterbolaget ökat med motsvarande värde, varför återbäringsskyldigheten på grund härav i princip härav skulle kunna fullgöras utan att brist uppstod. Har å andra sidan fordringen sålts för ett mer eller mindre symboliskt pris, ökar icke den återbäringsansvariges fullgörandekapacitet, varför bristtäckningsansvaret aktualiseras. Här uppstår frågan om bristtäckningsansvaret skall gälla fullt ut, särskilt med hänsyn till att tillvägagångssättet att sälja återbäringsfordringen till ett symboliskt pris medför, att den bristtäckningsansvariges möjligheter att göra gällande sin regressfordran minskar i motsvarande mån. Analogin från enkel borgen är inte självklar, men möjligen skulle situationen kunna liknas vid den där en borgenär, som har säkerhet för en fordran om 200 hos en gäldenär i form av en pant värd 200, säljer panten till underpris, låt oss säga 100, för att sedan kräva borgensmannen på resterande del. I analogi med principerna för enkla skuldebrev kan dock fastställas, att en förvärvare av dotterbolagets fordran på grund av den olovliga vinstutdelningen icke är bättre ställd än dotterbolaget självt. Säljs istället aktierna i dotterbolaget till en utomstående person, uppstår i praktiken samma situation, om försäljningen sker till ett mer eller mindre symboliskt pris: den bristtäckningsansvarige avskärs i realiteten från möjligheten att få täckning för sin regressfordran

hos den primärt återbäringsansvarige, nämligen köparbolaget, eftersom varje berikande av det tidigare dotterbolaget genom fullgörandet av bristtäckningsansvaret icke längre får effekter på köparbolagets betalningsförmåga.

6.3 Ansvar och påföljder enligt utlåningsförbuden

Enligt ABL 19:1, p 3 dömes den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet bryter mot lånebestämmelserna i ABL 12:7 (eller ABL 12:9) till böter eller fängelse i högst 1 år. Preskriptionstiden för brott mot ABL 12:7 är enligt ABL 19:1, andra stycket, utan hinder av vad som stadgas i BrB 35:1, fem år (inom vilken tidsperiod den misstänkte skall häktas eller erhålla del av åtal för brottet) räknat från utförandet av den brottsliga handlingen. (För brott mot ABL 12:9 gäller emellertid den i BrB 35:1 stadgade preskiptionstiden om 2 år under samma villkor i övrigt.) Fullbordat brott får enligt förarbetena[402] anses föreligga i och med att utbetalning sker av förbjudet lån eller, i fråga om säkerhet, pantförskrivning sker eller borgensförklaring avges. Vid övertagande av lån får det avgörande istället vara övertagandetillfället. Beträffande lån i andra former, allt enligt vad som ovan utvecklats, kan motsvarande tidpunkter för fullbordande av brott fastställas. Vid pant av fast egendom får förutsättas att pantbrev överlämnats (eller i de fall där pantbrev innehas av tredje man, denuntiation skett). Enligt samma princip får fullbordat brott vid pantsättning av annan egendom (t ex lös egendom i företag) i och med överlämnandet av företagshypoteksbrev eller motsvarande. Vid pantsättning av lösöre gäller i analogi härmed att överlämnandet av lösöret fullbordar brottet.

Ett löfte om att låna ut pengar (eller låta någon överta lån) eller pantsätta egendom är, även om det är juridiskt bindande, inte tillräckligt för fullbordat brott. Detsamma gäller undertecknandet av ett låneavtal, en låneförbindelse, utfästelse eller liknande från långivarens sida. Dylika handlingar skulle istället kunna betecknas som försök till brott enligt BrB 23:1. Emellertid förutsätter straffbarhet för försök till brott enligt BrB 23:1, 1 st, att särskilt stadgande givits om att försök till brott är brottsligt;

[402] Proposition 1975:103, s 575.

något sådant stadgande återfinns dock icke inte i ABL 19:1, varför utlåning på detta förberedande stadium, där pengarna faktiskt inte har överförts, icke utgör brottslig handling. En anomali i detta sammanhang är att redan *avgivandet av en borgensförklaring* konstituerar fullbordat brott. En borgensförklaring är vid en jämförelse med löfte om lån, skriftligt eller muntligt, strängt taget ingenting annat än att borgensmannen åtar sig att (vid proprieborgen) primärt tillsammans med låntagaren, eller sekundärt (vid enkel borgen) svara för lånet. Någon utbetalning aktualiseras inte förrän långivaren gör gällande detta ansvar, varför i konsekvens härmed fullbordat brott inte borde föreligga förrän borgensansvaret medfört att utbetalning skett. Förhållandet är rimligtvis detsamma vid pantsättning, i det att själva pantförskrivningen eller löfte härom icke kan grunda fullbordat brott, utan härför erfordras, att själva panten överlämnats eller på annat sätt frånhänts det säkerhetsställande bolaget. Det finns skäl att ytterligare något återkomma till denna fråga nedan.

Frågan om den *civilrättsliga giltigheten* av lån som lämnats i strid med lånebestämmelserna har varit omdiskuterad. Utgångspunkten är härvid en till synes mera allmän princip inom avtalsrätten, att avtal i strid med legala förbud icke kan upprätthållas eller prestationen därunder framtvingas med stöd av samhällets sanktionsmaskineri[403]. I fråga om effekten av lånebestämmelserna i vad avser låns och säkerställandens civilrättsliga giltighet uttalas i förarbetena till bestämmelserna följande[404].

> "Det har ifrågasatts om ett försträckningsavtal – eller ett avtal om ställande av säkerhet – som ingåtts i strid mot bestämmelserna i denna paragraf är rättsligen giltigt. Frågan torde ha egentlig praktisk betydelse när det gäller avtal om ställande av säkerhet. Fråga kan exempelvis uppkomma huruvida en bank kan utnyttja en borgen eller en pant som ställs i strid med paragrafen. Av allmänna rättsgrundsatser följer att ett avtal som strider mot legalt förbud kan vara ogiltigt i sådan del. Så är emellertid inte alltid fallet. Huruvida ogiltighet föreligger eller ej, är bl a beroende av vilka syften som uppbär det legala förbudet (jfr t ex rättsfallen NJA 1942:614, särskilt vad som uttalas på s 618 och 1953:99). Enligt min mening är inte de skäl som uppbär låneförbudet av sådan art att ogiltighet bör anses inträda. Som framgår av mina uttalanden i 1973 års

[403] Se om s k *pacta turpia*, eller *ex turpi causa non oritur actio*, vilket ungefär innebär att talerätt uppstår inte om avtalssyftet är osedligt, i avtalsrättsliga framställningar, bl a Ramberg, Allmän avtalsrätt, 3 uppl, Stockholm 1991, s 40 f. Jfr rättsfallet NJA 1989 s 768.

[404] Proposition 1975:103, s 496.

lagstiftningsärende kan däremot ett olagligt lån utgöra skattepliktig intäkt för låntagaren."

Ett lån eller säkerställande i strid med lånebestämmelserna skall, i vart fall om förarbetena skall betraktas som varande auktoritativa, således icke vara civilrättsligt ogiltigt. Grunden för detta är, såsom framgår i det ovan citerade uttalandet, att "de skäl som uppbär låneförbudet" inte är av "sådan art" att ogiltighet bör anses inträda. Något besked om vilka "skäl" som åsyftas lämnas icke, varför hållbarheten av uttalandet blir svårbedömt. Såsom ovan påvisats, har emellertid lånebestämmelserna främst tillkommit med hänsyn till skattemässiga överväganden, varför uttalandet synes vara motiverat av att de straff- och skatterättsliga sanktionerna är tillräckliga för att uppnå lagens syften[405]. Möjligen kan härutöver kreditlivets och omsättningens intressen åberopas.

Fästes sålunda avseende vid förarbetena till lånebestämmelserna, vilket är rimligt, gäller *dels*, att fullbordat brott begås i och med utbetalningen av det utlånade beloppet, *dels* att ett löfte, ehuru juridiskt bindande, eller låneavtal, ej utgör en brottslig handling, och ej kan utgöra försök till brott, eftersom försök till utlåning ej är särskilt straffsanktionerat, *dels*, slutligen, att såväl löfte (muntligt eller skriftligt) om utlåning, låneförbindelse, låneavtal, pantsättning, borgen, m m, som verkställd utlåning eller säkerställande är civilrättsligt bindande och giltigt.

I praxis har, med bortseende från tingsrättsfall, till synes hitintills frågan om civilrättslig verkan av de i ABL 12:7 förbjudna transaktionerna endast varit uppe i ett par fall, nämligen NJA 1976 s 618 och i NJA 1992 s 717. I det förstnämnda fallet, som ingående diskuterats ovan, anfördes som en andrahandsgrund för ICA-matmarknads betalningsskyldighet, att det generella utlåningsförbudet enligt ABL 12:7 var tillämpligt beträffande åtminstone en del av aktieförvärvarens lån av bolaget, som således i praktiken utbetalades genom att ICA-matmarknad betalade för brödleveranser direkt till aktiesäljaren. Argumentet synes ha varit, att det gene-

[405] Jfr konsumentkreditlagens (1992:830) straffsanktionerade förbud för kreditgivare att av köparen emottaga löpande skuldebrev, växelförbindelse eller liknande värdepapper (17 §). Inte heller detta förbud anses ha någon civilrättslig verkan. Det straffsanktionerade förbudet har befunnits tillräckligt i praktiken för att skydda köparen mot att dennes invändningsrätt på grund av köpet beskärs. Se bl a Hellner/Ramberg, Speciell avtalsrätt I, Köprätt, 2 uppl, Stockholm 1991, s 325 f.

rella utlåningsförbudets tillämplighet medförde ogiltighet i fråga om lånet, varför även ICA-matmarknads utbetalningar fick anses vara ogiltiga; ICA-matmarknad skulle därför tvingas att ånyo betala för brödleveranserna.

Högsta Domstolen avvisade emellertid den nu skisserade ståndpunkten bl a genom följande uttalande:

"Det kan ifrågasättas, huruvida ens någon del av Lagerströms lån från bolaget är att betrakta såsom upptagen efter nämnda lagstiftnings ikraftträdande. Emellertid torde ej vara erforderligt att ta ställning till detta spörsmål. Det måste nämligen antagas, att påföljden av överträdelse av ifrågavarande låneförbud blir endast den i lagen angivna, nämligen straffansvar och eventuell skadeståndsskyldighet för den som överträtt förbudet, däremot icke tillika att avtal som ingåtts med överträdelse av låneförbudet blir ogiltigt."

I direkt anslutning härtill hänvisar Högsta domstolen till prop 1975:103, s 496 samt vad Rodhe anfört i frågan i Aktiebolagsrätt, 8 uppl, s 101.

Minoriteten synes i grunden inta samma ståndpunkt, men valde att formulera denna på ett annat sätt. Se minoritetsuttalandet på s 626. Minoriteten gör – och häri ligger själva dissensen – härvid följande uttalande:

"Det kan ifrågasättas, huruvida ens någon del av Lagerströms lån från bolaget är att betrakta såsom upptagen efter nämnda lagstiftningens ikraftträdande. Huru därmed än må förhålla sig, är det i vart fall ostridigt, att det avtal om lämnande av lån från bolagets sida till Lagerström som innefattas i den fullmaktshandling, varigenom fordringarna på ICA-matmarknad överläts på Inga Gustavsson ingåtts före ikraftträdandet av låneförbudet i 75 a § aktiebolagslagen. Det innebär, att själva ingåendet av avtalet inte har utgjort straffbar överträdelse av något låneförbud och självfallet också att avtalet blivit civilrättsligt giltigt. Ett infriande av de civilrättsliga förpliktelser som följde av avtalet – hit hör ICA-matmarknads skyldighet att fullgöra betalning till Inga Gustavsson – kan i vart fall under dessa förhållanden inte innefatta straffbar medverkan till brott mot nyssnämnda stadgande i 75 a § aktiebolagslagen. Följaktligen, och då, såsom förut nämnts, det inte påståtts att något förfarande som innefattar samverkan i avsikt att tillfoga konkursbolaget skada ligger ICA-matmarknad till last, kan någon på straffbar medverkan grundad ersättningskyldighet inte åläggas ICA-matmarknad."

Minoritetsuttalandet synes å ena sidan innebära att konkursbolagets yrkande i det förevarande fallet – med de härför angivna grunderna – tolkas något vidare, såsom även innefattande ett yrkande om ersättning (skadestånd) på grund av brott eller medverkan till brott, än vad majoritetens domskäl ger uttryck för (där frågan om skadeståndsskyldighet på grund av brott endast nämns i förbigående majoritetens bedömning är istället mera inriktad på konsekvenserna av att utlåningen blir ogiltig, nämligen att ICA-matmarknad på grund av den eventuella ogiltigheten icke (med befriande verkan) äger åberopa den till aktiesäljaren gjorda betalningen, d v s betalningen som sådan var ogiltig, och att ny betalning måste ske). Å andra sidan tolkar minoriteten

också yrkandet snävare än majoriteten, med hänsyn till att minoriteten icke tar upp frågan om konsekvenserna av ogiltighet till bedömning, eller över huvud berör frågan om betalningsskyldighet eller ersättningsansvar på grund av ogiltighet. Med denna inriktning begränsas sålunda minoritetens prövning till frågan om ersättningsansvar/skadeståndsskyldighet på grund av ICA-matmarknads medverkan till brott. Ehuru slutsatsen, att medverkan till brott från ICA-matmarknads sida icke föreligger, och därför ej heller ersättningsskyldighet, synes vara riktig, är inte argumentationen helt övertygande. Det förhållandet, att avgivandet av ett avtalslöfte gällande lån icke är en straffbar handling, leder inte med nödvändighet till att utbetalningen av lånet, eller annan sådan medverkanshandling, icke är straffbar. Såsom ovan anförts, är ett löfte om lån möjligen att anse såsom försök till brott, men som sådan icke en straffbar handling. Det brottsliga förfarandet består i själva utbetalningen av lånebeloppet, eller med andra ord, såsom det även kommer till uttryck i själva utlåningsförbuden, nämligen "lämnandet" av penninglån. Det är därmed inte heller avgjort, att medverkan till brott är utesluten enkom av det skälet, att låneavtal har träffats före ikraftträdandet av de ifrågavarande utlåningsförbuden. Själva ingåendet av låneavtalet utgör nämligen under alla händelser icke en straffbar överträdelse av utlåningsförbuden. Sålunda är det möjligt, att ett infriande av de civilrättsliga förpliktelser som följer av ett låneavtal, även om avtalet träffats före ikraftträdandetidpunkten, och även om avtalet och de däri ingående löftena icke konstituerar straffbar handling, kan betecknas som straffbar medverkan till brott. Vad sedan minoriteten avser med uttalandet att avtalet "blivit" civilrättsligt giltigt, är inte helt lätt att inse. Skall måhända saken tolkas så, att låneavtalet, i det ögonblick det träffades, var ogiltigt, men på grund av införandet av låneförbudet och en regel om att förbjudna lån icke är ogiltiga (vilken regel i så fall godtas av minioriteten) "blir" giltigt? Eller är kanske låneavtalet giltigt helt enkelt av den anledningen, att det träffats före låneförbudets ikraftträdande (varför minoriteten icke skulle ha uttalat sig om ogiltigheten av låneavtal som träffas efter ikraftträdandet)?

Omständigheterna i det andra rättsfallet var följande. En privatperson ("aktiesäljaren") överlät enligt aktieöverlåtelseavtal av den 1 juni 1981 sina aktier i Rederi AB Framnäs ("Framnäs") till ett annat aktiebolag ("köparbolaget"). För aktierna skulle köparbolaget erlägga en bestämd köpeskilling och ytterligare ett belopp (tilläggsköpeskilling) vid ett senare tillfälle beroende på vissa omständigheter. I syfte att säkerställa detta sistnämnda åtagande avseende tilläggsköpeskillingen utfäste sig Framnäs att ge aktiesäljaren företräde till en så stor del av en blivande likvid som skulle tillkomma Framnäs vid försäljning av ett fartyg som motsvarade tilläggsköpeskillingen. Arrangemanget var, att köparen av detta fartyg, för den händelse en skyldighet att erlägga tilläggsköpeskilling utfästes, skulle betala direkt ur köpeskillingen till aktiesäljaren. För vad Framnäs

i anledning härav skulle kunna svara, hade köparbolaget ett motsvarande regressansvar. Det slutliga ansvaret för tilläggsköpeskillingen vilade därmed å köparbolaget.

En av de frågor som domstolarna hade att bedöma, och som deras uppmärksamhet främst var inriktad på – och som är relevant i detta sammanhang – var huruvida Framnäs infriande av utfästelsen skulle innebära ett brott mot aktiebolagslagens utlåningsförbud och om utfästelsen i följd härav inte skulle kunna göras gällande mot Framnäs.

Hovrätten gjorde följande bedömning.

Inledningsvis (s 6) diskuterade hovrätten huruvida Framnäs utfästelse närmast var att beteckna som en borgensförbindelse eller ett löfte om framtida lån. Framnäs åtagande var accessoriskt till köparbolagets ansvar för tilläggsköpeskillingen. Med hänsyn till köparbolagets regressansvar i förhållande till Framnäs, för den händelse Framnäs åtagande skulle utlösas och infrias, låg det enligt hovrätten nära till hands att beteckna Framnäs åtagande som en borgensförbindelse. Det förhållandet emellertid, att enligt avtalet huvudgäldenären, d v s köparbolaget, icke primärt skulle krävas på tilläggsköpeskillingen, tydde enligt hovrätten på att det istället var fråga om "löfte om framtida lån". Eftersom lånebestämmelserna i aktiebolagslagen omfattar både försträckning och borgen, var enligt hovrätten "utfästelsens rättsliga kvalificering ej avgörande" för frågan om utfästelsens civilrättsliga verkan.

Helt utan betydelse var emellertid inte kvalifikationsproblemet. Som grund för att icke förpliktigas infria utfästelsen hävdade nämligen Framnäs, att ett infriande skulle utgöra en handling i strid med utlåningsförbudet, varför icke endast utfästelsen var ogiltig; företrädarna för Framnäs skulle dessutom hållas straffrättsligt ansvariga enligt ABL 19:1. Emellertid kunde det ifrågasättas om straffansvar överhuvudtaget skulle kunna drabba de *nuvarande* företrädarna för Framnäs. Skälet härtill var enligt hovrätten följande:

"I fall utfästelsen anses som fullbordad redan 1981 skulle sådant ansvar snarare ligga på Ivar Sund [aktiesäljaren] eller medverkande företrädare för Concita [aktieförvärvaren]. Som borgensliknande åtagande betraktat kan ju utfästelsen anses fullbordad i och med att den gavs. Och eftersom den fick form av bindande utfästelse enligt lagen (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva blir det irrelevant om den var benefik eller onerös. Om den istället betraktas som utfästelse att i framtiden lämna lån, skulle den ej innebära fullbordat brott förrän lånet betalats ut. Den föreliggande tvisten ger emellertid ej underlag för säker bedömning av var ett möjligt straffrättsligt ansvar borde placeras."

Betänkligheterna mot att förpliktiga Framnäs att infria utfästelsen skulle således enligt hovrätten resonemang vara mindre om brottet redan var fullbordat än om Framnäs genom att infria utfästelsen fullbordade brottet, särskilt som Framnäs företräddes av andra personer när utfästelsen gavs än de som kunde ställas till svars för brott på grund av att utfästelsen infriades. Det kunde kanske tyckas, att det, av de skäl som nu angivits för målets utgång –

d v s för frågan om Framnäs skyldighet att infria utfästelsen eller, med andra ord, utfästelsens giltighet – hade varit särskilt angeläget, att fastställa huruvida utfästelsen civilrättsligt är att kvalificera som ett borgensåtagande eller utfästelse om framtida lån. Skall en nyanserad bedömning ske av förarbetsuttalandet om den generella giltigheten av lån och säkerhetsställanden, bör en sådan bedömning måhända knyta an till distinktionen mellan utfästelser som redan utgör fullbordade brott, å ena sidan, och utfästelser som först genom infrianden konstituerar brott, å den andra. Det är säkerligen för rättsmaskineriet mera motbjudande att tvingas förpliktiga någon att infria en utfästelse, utifall själva infriandet skulle utgöra brottslig handling. Det refererade förarbetsuttalandet synes också ta sikte främst på frågan om giltigheten av transaktioner och särskilt säkerställanden som t ex borgen eller pant, där brottet redan är fullbordat och själva infriandet icke konstituerar brott. Det är fullt möjligt att departementschefens bedömning om transaktionens civilrättsliga giltighet skulle ha blivit en annan, om till grund för uttalandet hade legat det nu ofullbordade brottet, t ex utfästelse om lån. Sådan utfästelse om framtida lån saknade emellertid enligt departementschefen praktisk betydelse. Praktiken synes emellertid ha hunnit ifatt teorin även i denna del.

Överraskande nog tar emellertid hovrätten ej ställning till den civilrättsliga kvalificeringen av utfästelsen. Den undviker frågan genom en hänvisning till förhållandet, att den föreliggande tvisten ej ger "underlag för säker bedömning av var ett möjligt straffrättsligt ansvar borde placeras". Hovrättsuttalandet i denna del synes vara grundat på avsaknaden av klarhet i vad avser de faktiska omständigheterna m m. Kvalificeringen av utfästelsen synes emellertid vara en rent rättslig fråga, varom omständigheterna i tvisten gav tillräckliga besked. Möjligen kan hovrättens inställning härutinnan sammanhänga med, att det inte varit avgörande för hovrättens bedömning huruvida på grund av den ena eller andra rättsliga kvalifikationen av utfästelsen i fråga Framnäs var immunt mot straffbestämmelserna. Hovrättens bevekelsegrunder är emellertid oklara.

Vidare framgår inte helt klart huruvida hovrätten tar avstånd från förarbetsuttalandet eller inte. Efter en genomgång av lagförarbetena i denna begränsade del uppmärksammar hovrätten särskilt uttalandet, att frågan om ogiltighet måste avgöras bland annat mot bakgrund av de syften som bär upp det legala förbudet. Omedelbart i anslutning härtill anför hovrätten, att en nyanserad bedömning måste göras utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet. Huruvida hovrättens uttalande härutinnan bygger på det refererade förarbetsuttalandet om ett förbuds syften, kan ej med säkerhet klargöras. Skulle så vara fallet, föreligger med all säkerhet ett missförstånd. Förarbetsuttalandet om ett förbuds syften underbygger endast en bedömning av giltighetsfrågan som sådan, d v s generell ogiltighet eller generell giltighet skall gälla, och kan således icke tas till intäkt för en "nyanserad bedömning i det enskilda fallet" av giltighetsfrågan. Det är emellertid fullt möjligt att hovrätten valt att ta avstånd från förarbetsuttalandet om generell giltighet (bl a med hänvisning till förbudsyftena) och självständigt utvecklat en princip om hänsynstagande till omständigheterna i det enskilda fallet. Detta innebär också att hovrätten icke förespråkar generell ogiltighet, eftersom en sådan princip skulle få "stötande

konsekvenser ifall en godtroende mottagare av ett borgenslöfte inte skulle kunna göra löftet gällande".

Principen om en nyanserad bedömning av ogiltighetsfrågan utifrån omständigheterna i det enskilda fallet fick i den förevarande tvisten följande tillämpning.

"Utfästelsen gavs i detta fall till förmån för aktiesäljarens framtida fordran på eventuell ytterligare köpeskilling. Ivar Sund [aktiesäljaren] medverkade som ensamägare till Framnäs till att binda sitt bolags framtida tillgångar för ett rörelsefrämmande ändamål och det utan att bolaget skulle få något vederlag för det. Ett sådant förfarande angriper direkt det borgenärsskydd som låneförbudet är satt att försvara. När förpliktelsen, som i detta fall, inte blivit fullgjord saknas därför bärande skäl att upprätthålla den. Konsekvenserna av en sådan slutsats drabbar endast Ivar Sund som aktivt deltog i tillkomsten av den lagstridiga utfästelsen. Mot denna bakgrund talar enligt hovrättens mening goda skäl för att rättsordningen ej accepterar att utfästelsen görs gällande."

Den nyanserade bedömning som förordas av hovrätten har säkerligen mycket som talar för sig, men för det onda med sig, att möjligheterna att förutse huruvida en civilrättslig transaktion är giltig eller ogiltig reduceras betydligt. Det senare gäller särskilt som hovrätten icke har angivit några replipunkter för den nyanserade bedömningen av mera allmängiltig karaktär. Såsom ovan nämnts, vore en fullt tillämpbar sådan hållpunkt distinktionen mellan fullbordade och ofullbordade brott. I hovrättens nyanserade bedömning utgör denna hållpunkt endast en faktor av flera, om över huvud. I beaktande av att hovrätten undviker att ta ställning till den civilrättsliga kvalifikationen av den aktuella utfästelsen, förefaller det klart att också utfästelser som utgör *fullbordade* brott, och vars infriande således icke leder till ytterligare straffrättsligt ansvar, vid hovrättens nyanserade prövning kan bedömas vara ogiltiga. Den nyanserade prövningen rymmer till synes även möjligheten att utfästelser, vars infriande konstituerar brottslig handling, är giltiga, låt vara att sannolikheten för att så skulle vara fallet trots allt är betydligt mindre.

En fastare grund för behandlingen av ogiltighetsfrågan skulle emellertid ha lagts, om hovrätten klart uttalat, att part icke kan förpliktigas att infria en utfästelse, om infriandet medför straffansvar. Förutsättningarna i tvisten och i vad avser tillämpningen av de aktiebolagsrättsliga bestämmelserna över huvud var emellertid sådana, att hovrätten efter att ha tagit ställning till utfästelsens civilrättsliga beteckning skulle ha kunnat fastställa, att en borgensutfästelse i alla här relevanta hänseenden är att jämställa med en utfästelse att i framtiden lämna lån, varför ett fullbordat brott i båda dessa fall borde ha förelegat först när utfästelsen infrias.

Högsta domstolen lade större vikt vid den rättsliga kvalificeringen av Framnäs åtagande. Detta innebar en utfästelse från Framnäs sida gentemot säljaren av aktierna att tillse, att denne på ovan nämnda sätt skulle erhålla betalning för tilläggsköpeskillingen. Betalningsutfästelsen skulle

enligt Högsta domstolen betraktas som en "säkerställandeåtgärd", närmast jämförlig med borgensutfästelse men mera långtgående". Enligt vad som avtalades, var emellertid avsikten, att förvärvaren av aktierna slutgiltigt skulle svara för tilläggsköpeskillingen, varför en eventuell betalning från Framnäs sida till säljaren av aktierna i enlighet med utfästelsen skulle medföra, att Framnäs lämnade lån till förvärvaren av aktierna.

Med hänsyn till att utfästelsen lämnades i samband med själva aktieöverlåtelsen fann Högsta domstolen, att den "alltsedan förvärvstillfället utgjort ett led i finansieringen" av förvärvet av aktierna. Till följd härav befanns Framnäs ha ställt säkerhet i syfte att förvärvet av aktierna i Framnäs skulle kunna genomföras. Därmed var det särskilda utlåningsförbudet i ABL 12:7, 3 och 5 st, tillämpligt.

Genom att beteckna Framnäs åtagande som en "säkerställandeåtgärd", jämförlig med borgensutfästelse, kvalificerar Högsta domstolen åtagandet definitivt, och undviker därigenom den problematik som hovrätten konfronterades genom att avstå från kvalificering. Eftersom fråga är om ett säkerställande av borgenskaraktär, får den brottsliga handlingen såvitt beträffar överträdelsen av ABL 12:7 anses vara fullbordad i och med Framnäs åtagande i samband med aktieöverlåtelsen. Vad som skall gälla om utfästelse eller löfte om framtida penninglån ligger således utanför Högsta domstolens ställningstagande. Därmed är frågan om giltigheten av säkerställandet ej heller avhängigt av det specifika problem som sammanhänger med den allmänna obenägenheten från domstolars sida att genom sin dömande verksamhet tvinga fram fullbordandet av en brottslig handling: säkerställandet i det aktuella fallet var ju redan fullbordat i samband med att åtagandet från Framnäs sida gjordes vid aktieöverlåtelsen. För det fall Högsta domstolen i sin prövning skulle finna att rättshandlingen ändå var ogiltig, skulle ogiltigheten följaktligen inte grundas på nu anförda förhållande. Det bör därmed också fastställas, att Högsta domstolen överhuvudtaget icke uttalat sig om giltigheten av utfästelser eller löften om penninglån eller säkerställanden, utan endast om *verkställda* säkerheter och penninglån. Det får beträffande den förstnämnda kategorin av utfästelser och löften antas, att dylika generellt sett är ogiltiga med hänsyn till att ett slutgiltigt verkställande härav skulle innebära fullbordandet av en brottslig handling.

Såvitt gäller säkerheter eller lån som verkställts och som således konsti-

tuerar fullbordade brott mot ABL 12:7 lät sig Högsta domstolen övertygas av uttalandena i förarbetena (proposition 1975:103, s 496; se även s 772) om att sådana transaktioner i princip skall anses vara giltiga. Grunden för detta är enligt Högsta domstolens bedömning, att ogiltighet är ett alltför ingripande och otillfredsställande resultat i de fallen där ett aktiebolag säkerställer kreditgivning till någon inom den förbjudna kretsen eller där fråga är om kreditgivning avsedd att åstadkomma förvärv av bolagets aktier. Det sagda skall enligt Högsta domstolen gälla i det fall kreditgivaren i det enskilda fallet borde ha förstått vad lånet skulle användas till. Principen skall dock inte gälla utan undantag. I de fall nämligen där en "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", skall enligt Högsta domstolen rättshandlingen anses vara ogiltig. I det förevarande fallet skulle aktiesäljaren således icke ha "något befogat anspråk på att få åberopa rättshandlingen" med hänsyn till att han hade ett "bestämmande inflytande" över Framnäs och medverkade "i en överträdelse av låneförbudet till sin egen förmån". Högsta domstolens konklusion blir i anledning härav följande.

> "I den nu föreliggande situationen är det fråga om en betalningsutfästelse... som riktar sig till säljaren av aktierna ... och för denne utgör ett slags säkerhet. Frågan om utfästelsens infriande berör alltså inte någon tredje man, t ex en kreditgivande bank, som har anspråk på att få sin rätt skyddad. [Aktiesäljaren] har i sin egenskap av ägare till samtliga aktier i [Framnäs] medverkat till tillkomsten av betalningsutfästelsen i strid med låneförbudet. Under sådana förhållanden kan han inte ha anspråk på att [Framnäs] skall infria utfästelsen. Den omständigheten att [aktiesäljaren] vid avtalstillfället inte förstått att utfästelsen stred mot låneförbudet kan inte inverka på denna bedömning."

Framnäs utfästelse, av Högsta domstolen kvalificerad som säkerhet, var därmed att beteckna som ogiltig.

Slutsatsen är med all säkerhet riktig. Domstolarna skall inte sanktionera vare sig löften eller utfästelser om säkerheter eller penninglån eller åtaganden av förevarande slag. Möjligen kan invändas, att gränsdragningen mellan den säkerhet som befanns vara ogiltig i fallet, och säkerheter i andra fall från aktiebolagets sida för krediter, som banker eller andra kreditinrättningar lämnar personer, vilka köper aktier i bolaget ifråga, icke är helt klar. Varför skulle t ex aktiesäljaren, som vid tidpunkten för

aktieöverlåtelsen har ett bestämmande inflytande över sitt bolag, vara sämre ställd i nu aktuellt hänseende än den aktiesäljare som istället för att ha säkerhet av sitt aktiebolag väljer att finansiera eller garantera transaktionen genom bankers eller andra kreditinrättningars medverkan: samma resultat som i det förevarande fallet kan ju åstadkommas genom att aktiesäljaren vänder sig till bank och erhåller en utbetalning eller garanti härom mot säkerhet som ställs från aktiebolagets sida. Det är svårt att inse att någon av de inblandade parterna i ett dylikt fall är mera förtjänta av rättsordningens skydd än säljaren av aktierna i Framnäs.

Frågan huruvida brott mot låneförbudet är *perdurerande* i den meningen, att preskriptionstid för brottet börjar löpa först då lånet återbetalas, har väckts i doktrinen[406]. Detta har emellertid avvisats i förarbetena i ett departementchefsuttalande[407]. Preskriptionstiden börjar således att löpa i och med att brottet fullbordas, i lånefallet när utbetalning sker av otillåtet lån och i säkerhetsfallet när exempelvis panten eller pantbrevet traderas.

6.4 Medverkansansvar vid överträdelse av utlåningsförbuden i ABL 12:7

Ansvar för överträdelse av utlåningsförbuden enligt ABL 12:7 ådöms i första hand den som beslutar om eller i kraft av sin ställning i bolaget verkställer en utbetalning eller beordrar en anställd att göra utbetalningen. Ansvariga är främst företrädare för bolaget, d v s styrelseledamot eller VD, firmatecknare m m. Straffansvar förutsätter uppsåt eller grov oaktsamhet. Huruvida även andra än behöriga företrädare för bolaget kan ställas till ansvar lämnar varken lag eller förarbeten något besked om. I undantagsfall bör dock detta vara möjligt, t ex beträffande chefer på s k mellannivå, inom vars ansvarsområde utlåningsverksamheten faller. I vart fall kan beträffande sådana personer ansvar för medverkan komma ifråga.

Såvitt gäller medverkan tillämpas, i beaktande av att fängelse ingår i

[406] Se bl a Rodhe, Förtäckt vinstutdelning och lån från aktiebolag, s 42.
[407] Se proposition 1975:103, s 575 f.

straffskalan, brottsbalkens regler härom analogt. Det centrala stadgandet härvid är BrB 23:4, 1 st, enligt vilket envar som främjat en straffbar gärning med råd eller dåd (anstiftan eller medhjälp) har straffansvar. Envar medverkande skall härvid bedömas efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last. Beträffande utlåningsförbuden måste emellertid uppmärksammas att brottsbeskrivningen är utformad så att s k *concursus necessarius* oftast föreligger. En överträdelse av utlåningsförbuden fordrar två medverkande, en företrädare för bolaget som lånar ut medlen samt låntagaren som tar emot de utlånade medlen. Lagreglerna riktar sig emellertid endast mot företrädaren för bolaget. I anledning härav är medverkansansvar oftast uteslutet vid *concursus necessarius*, om den medverkande låntagaren inte gjort mer än vad som fordrats för att brottet ska komma till stånd, d v s emottagit beloppet. Skulle emellertid låntagarens medverkan sträcka sig utöver blotta emottagandet av lånebeloppet, t ex där låntagaren är en person i organställning i det långivande bolaget, kan givetvis straffansvar aktualiseras[408]. Det kan dock ifrågasättas om inte i det senaste exemplet den verkställande direktören istället skall anses såsom huvudgärningsman, därest han deltagit i beslutet om utlåningen eller verkställandet av beslutet.

Medverkansansvarig är således var och en som med råd och dåd främjat utlåningsbrottet. På grund av principen om *concursus necessarius* undantas dock i regel låntagaren själv. Annan medverkan än det blotta emottagandet av lånebeloppet kan dock medföra straffansvar, t ex medverkan av jurist, ekonom, annan konsult, förmedlare, bank, m m. I ett hovrättsfall från 1990[409] var bl a till bedömning frågan om banktjänstemäns ansvar. Bakgrunden till målet var i korthet följande.

Enligt köpeavtal av den 3 januari 1985 förvärvade ett aktiebolag (A) samtliga aktier i ett annat aktiebolag (B) för en överenskommen köpesumma om 11.370.000 kr. I förvärvet ingick även B:s dotterbolag. Revisorn i samtliga nu nämnda bolag företrädde vid förvärvet alla tre bolagen fullt ut med stöd av utförliga generalfullmakter. I syfte att finansiera köpet upptog A hos bank ett lån om 11.000.000 kr. Den 4 januari 1985 upprättades vid ett av bankens lokalkontor ett skuldebrev avseende en kredit

[408] Se proposition 1975:103, s 576 och Beckman, m fl, Kommentar till brottsbalken, II, 3 uppl, s 596 och 598.
[409] Målnummer B 1301/90, DB 195 domen avkunnad den 27 november 1990 av Svea hovrätt.

uppgående till det nämnda beloppet. Krediten förföll till betalning den 30 januari 1985. Som säkerhet för krediten överfördes den 3 januari 1985 från de båda målbolagen till två skilda, spärrade konton i banken 5.200.000 kr resp 5.900.000 kr.

Revisorn dömdes till brott mot ABL 12:7 och 19:1 av tingsrätten. Av intresse här är frågan om banktjänstemännens ansvar. Åtalade i målet var chefen för bankens lokalkontor och rörelsechefen vid ett av bankens regionkontor (tillika ledamot av bankens kreditdirektion). Chefen för lokalkontoret hade enligt egen utsaga kontaktats av revisorn under hösten 1984. Frågan om förvärvet diskuterades vid ett möte under hösten, där bl a revisorn och kontorschefen deltog. Den 21 december 1984 tog revisorn återigen kontakt med kontorschefen, varvid frågan om ett lån om 11.000.000 kr avhandlades. Ärendet hänvisades vidare till regionkontoret och rörelsechefen därstädes. Vid själva utbetalningen av lånebeloppet medverkade lokalkontorschefen till upprättandet av skuldebrevet och ett s k limitsammandrag, i vilket han tillstyrkte lånet. Vidare hade han utgått ifrån att ett koncernförhållande förelåg mellan låntagande bolag och säkerställande bolag. Han hade fått uppgift om att det fanns säkerhet från dotterbolagen och att detta skulle noteras någonstans och spärras i datan. Rörelsechefens vid regionkontoret roll var främst att utanordna ett beviljande av lånet. Han föredrog ärendet inför kreditdirektionen och beviljade tillsammans med övriga ledamöter det aktuella lånet. I tingsrätten dömdes banktjänstemännen för medhjälp till brott mot utlåningsförbuden. Hovrätten däremot gjorde en annan bedömning och anförde härvid följande.

Rörelsechefen vid regionkontoret hade deltagit i beredandet och beviljandet av krediten till A. Han hade emellertid inte haft att göra med skuldebrevets utformning och hade enligt hovrättens mening inte överbevisats om att ha uppställt krav om eller på annat sätt initierat en pantförskrivning av bolagens medel. Åtalet mot honom lämnades därför "redan på denna grund" utan bifall. Lokalkontorschefen hade å andra sidan medverkat till skuldebrevets utformande och förstått vad lånesumman skulle användas till. Utredningen gav emellertid inte stöd för att lokalkontorschefen *initierat eller aktivt verkat för pantsättningen* av ifrågavarande konton. Enär han således inte gjort mer än vad som krävs för att en pantsättning skall komma till stånd, d v s emottagandet av panten, kunde

enligt hovrätten hans medverkan inte anses vara straffbar enligt principen om *concursus necessarius*.

Det kan här bara konstateras, att med den förutsättning som hovrätten uppställt för att medverkan till brott bör kunna anses vara för handen, nämligen att bankens företrädare skall ha uppställt krav om eller på annat sätt initierat det säkerställande av de spärrade medlen som konstituerade själva brottet, lämnas ett stort utrymme för tillämpningen av grundsatsen om *concursus necessarius* och ges endast mycket sällan tillfälle att ställa någon till ansvar för medhjälp. Det torde nämligen vara ytterst sällsynt att företrädare för en bank uttryckligen uppställer krav på eller initierar pantförskrivning av ett visst objekt eller från en viss tredje man. Måhända kan tyckas, att hovrätten därmed tänjt principen om *concursus necessarius* något utöver möjligheternas gräns[410].

I ett annat hovrättsfall[411] befanns ett aktiebolag (rätteligen dess företrädare), vars verksamhet huvudsakligen bestod i att sälja s k lagerbolag, ha medverkat till brott mot utlåningsförbuden på grund av följande åtgärder.

1. Vid bildandet av ett lagerbolag tillsköts lagerbolaget aktiekapital på normalt 50.000 kr. Hela aktiekapitalet tillsköts av det förstnämnda aktiebolaget, som också tecknade samtliga aktier i lagerbolaget. Härigenom blev förstnämnda bolag moderbolag till lagerbolaget.
2. Aktiekapitalet insattes på bankräkning i vanlig ordning, varefter bolaget registreras hos PRV. Härefter uttogs beloppet av moderbolaget som lån, varvid det bokfördes som en fordran hos lagerbolaget, d v s som en skuld hos moderbolaget.

[410] Något fall om medverkan från en juridisk rådgivares sida föreligger veterligen icke från högre rätt. Rättsfallet NJA 1976 s 60 gällde åtal mot advokat för medverkan till brott mot utbetalningsförbudet i 1944 års aktiebolagslag, vilket förbud vid den tiden var straffsanktionerat (214 § punkt 3). Enär i subjektivt hänseende straffbestämmelsen endast uppställde krav på vårdslöshet, kan redan av det skälet någon slutsats beträffande medverkan till överträdelse mot utlåningsförbudet, som ju förutsätter grov oaktsamhet, icke dras.

Märk dock notisfallet i SvJT 1976, referat s 39, där Hovrätten för västra Sverige fällde en advokat till ansvar för medhjälp till grov oredlighet mot borgenärer i dom avkunnad den 14 februari 1975 med hänvisning till att advokaten deltagit i förhandlingar om tillkomsten av ett förlikningsavtal, och dessutom utformat detta, enligt vilket viss egendom kom att göras oåtkomlig för advokatens klients borgenärer. Prövningstillstånd beviljades ej av HD.

[411] Se Svea hovrätts dom av den 18 maj 1990 med målnummer T1104/89, 11:DT 21.

3. Förvärvaren av aktierna i lagerbolaget övertog moderbolagets skuld till lagerbolaget. I aktiebolagsavtalet föreskrevs att förvärvaren skulle inbetala lånebeloppet på bankräkning för bolaget i förvärvarens hemort. Någon kontroll av om beloppet verkligen inbetalts eller av förvärvarens betalningsförmåga hade ej skett i det förevarande fallet.

Hovrätten fann att aktieförvärvaren – i egenskap av företrädare för det förvärvade bolaget – hade överträtt det generella utlåningsförbudet genom övertagandet av betalningsansvaret för skulden till lagerbolaget. Det före detta moderbolagets företrädare hade genom grov oaktsamhet medverkat till att det särskilda utlåningsförbudet överträtts genom att inte före avtalsslutet försäkra sig om att ett belopp motsvarande aktiekapitalet inbetalats på lagerbolagets bankräkning eller egendom till samma värde tillförts bolaget och inte heller närmare undersöka aktieförvärvarens förmåga och vilja att betala den skuld som övertogs genom avtalet. Av betydelse för bedömningen var också att aktieförvärvaren vid förvärvet nyligen hade blivit myndig.

6.5 Skadeståndsskyldighet i övrigt vid överträdelse av utbetalning- och utlåningsförbuden

Den typ av ekonomisk skada som ett aktiebolag, dess aktieägare, borgenärer m fl kan komma att lida på grund av överträdelse av utbetalnings- och utlåningsförbuden är i regel en sådan som går under beteckningen ren förmögenhetsskada (se skadeståndslagen 1:2) i utomobligatoriska förhållanden. I skadeståndslagen 2:4 stadgas beträffande sådan förmögenhetsskada, att den som vållar skadan genom brott skall ersätta skadan. Stadgandet ger uttryck för en inom skadeståndsrätten sedan länge tillämpad grundsats, att – såvida annat inte är särskilt stadgat i lag – ersättning för ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden normalt utgår endast vid brott. En analys av skadeståndslagens förarbeten, där det bl a uttalas att skadeståndslagen inte är avsedd att medföra någon ändring i gällande rätt, men att den samtidigt inte utgör hinder för en rättsutveckling genom praxis i riktning mot ett vidgat ansvar för ren

förmögenhetsskada, ger vid handen, att stadgandet i fråga inte skall läggas till grund för ett motsatsslut[412].

Utgångspunkten vid bedömningen av om skadeståndsansvaret vid överträdelse av utbetalnings- och utlåningsförbuden bör således vara, att ansvaret skall grundas på brott, men att ansvar även i annat fall inte kan uteslutas. Huvudregeln vid överträdelse av utbetalningsförbudet bör i anledning härav vara, att skadestånd i annat fall än som anges i ABL 12:5, 2 st, och 15 kap beträffande bolagsorgan och aktieägare, icke kan komma i fråga. Vid överträdelse av utlåningsförbuden skall dock ersättning utgå för ren förmögenhetsskada. Att det senare är fallet, förutskickades, *obiter dictum*, i NJA 1976 s 618, s 624 och har sedermera fastställts i vart fall i ovan nämnda hovrättsfall gällande lagerbolag och i NJA 1992 s (det s k Framnäsmålet, som berörts ovan). Såväl huvudgärningsmannen som medhjälpare kan på grund härav åläggas skadeståndsskyldighet.

Det är vidare uppenbart, att om brott mot bestämmelserna i BrB 11 kap kan konstateras, detta kan ge upphov till skyldighet att ersätta ren förmögenhetsskada.

I NJA 1976 s 618 görs emellertid, *obiter dictum*, ett tillägg beträffande ett annat möjligt fall: "en skadeståndsskyldighet skulle möjligen kunna komma ifråga vid ett förfarande, som innefattade samverkan i avsikt att tillfoga konkursbolaget skada"[413]. Vad som åsyftas härmed är oklart. För den händelse *brottslig* samverkan avses, t ex vid oredlighetsbrott, mannamån, etc eller annat brott mot borgenärer, eller bedrägeribrott, ligger uttalandet i linje med det ovan sagda. Åsyftas emellertid samverkan som icke kan betecknas som brottslig i denna mening, uppkommer fråga hur denna samverkan skall gestalta sig för att bli skadeståndsgrundande. När två eller flera bolag samverkar för att tillfoga ett tredje bolag ekonomisk skada av det slag som här går under beteckningen ren förmögenhetsskada, och bolagens samverkan inte konstituerar brottslig gärning, får huvudregeln anses vara, att ersättning för skada ej kan göras gällande. Här förutsätts givetvis att fråga är om utomobligatoriska förhållanden. Inom svensk konkurrensrätt har t ex hitintills antagits, att ersättning för skada vid skadlig konkurrensbegränsning endast utgår på grund av

[412] Jfr proposition 1972:5, s 568. Se även närmare analys av Kleineman, Ren förmögenhetsskada.

[413] Se s 623, med en upprepning på s 624. Jfr minoritetsvotum s 625 f.

brott[414]. Denna princip – ehuru kritiserad i doktrinen – har för konkurrensrättens del framstått som "mer välgrundad" än för andra rättsområden, eftersom "syftet med konkurrens inom näringslivet just är att näringsidkare skall kunna tillfoga varandra ekonomisk skada"[415]. Anknytningen till brott har upprätthållits relativt strikt inom konkurrensrätten. Detsamma gäller inom marknadsrätten i övrigt, t ex vid tillämpningen av marknadsföringslagen. Reglerna om skadeståndsskyldighet i den nya konkurrenslagen av den 1 juli 1993 (33 §, SFS 1993:20) och i förslaget till ny marknadsföringslag (SOU 1993:59) innebär visserligen ett avsteg från huvudregeln om anknytning till brott – eftersom brott mot konkurrens- eller marknadsföringslagstiftningen icke är att karaktärisera som brott i egentlig mening, särskilt med hänsyn till att sanktionen utgörs av en avgift, s k sanktionsavgift – men är en *lagfäst* avvikelse. Dessutom är identiteten mellan de reguljära straffen (fängelse och böter) och sanktionsavgifter på nu omförmälda områden så stor, att någon egentlig avvikelse icke kan sägas vara för handen. Inom immaterialrätten utgår ersättning för ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden även i fall då brott icke föreligger, men detta sker med hänsyn till att skadeståndsrätten är särskilt stadgad i lag[416, 417]. *De lege lata* måste således slutsatsen bli, att vid frånvaro av såväl brott som särskilt stadgande i lag som ger rätt till skadestånd, "samverkan i syfte att skada bolag" knappast kan vara skadeståndsgrundande.

[414] Se härom i utredningen Konkurrens för ökad välfärd, SOU 1991:59, del 2, s 281 ff.

[415] Se SOU 1991:59, del 2, s 285 f. "Intresset för att bevara förutsättningen för en fri och obunden konkurrens manar ..... till viss försiktighet när frågan om skadestånd på detta område skall bedömas".

[416] Se även beträffande tillämpningen av datalagen och kreditupplysningslagen, där ersättningsansvaret stundom är strikt.

[417] Se även Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s 278 ff och 435. Se särskild sammanfattning på s 286, där Kleineman bl a uttalar, att vid en bedömning *de lege lata* det konkurrensrättsliga området uppvisar en stark koppling till "spärregeln för rena förmögenhetsskador". Kleineman förutskickar dock, att en rättsutveckling genom rättspraxis förefaller möjlig, och tillägger, att en sådan är nödvändig, särskilt i beaktande av det ringa skydd som finns mot s k ekonomiskt förtal. Avslutningsvis tvingas han dock konstatera, att "den inställning till rättsutveckling i praxis som prejudikatorganen i dagens läge synes intaga", innebär "att det fordras en förändrad syn på möjligheten till rättsutveckling i praxis, vilket gör att frigörelsen från spärregeln får antagas vara en fråga *de lege ferenda*". Sedan detta uttalande gjordes (1987) har dock någon större frigörelseprocess icke kunnat förmärkas.

7. Behovet av lagreformer

7.1 Inledning

Av framställningen ovan har framkommit, att tillämpningen av ABL 12 kap är förenat med stora svårigheter. Påtagligt många frågor i hög grad kontroversiella. I den aktiebolagsrättsliga doktrinen är meningarna delade om tolkningen och tillämpningen av en lång rad bestämmelser. I det följande skall, utan anspråk på fullständighet, de kontroversiella frågorna listas.

1. I fråga om utbetalningsförbudets tillämpning; vad gäller beträffande kravet på att utbetalning skall vara vederlagsfri? Vid s k blandade transaktioner; hur stor måste diskrepansen vara mellan prestationerna? För den händelse ett gåvomoment ingår i en transaktion; förutsätts härvid gåvoavsikt för att transaktionen i sin helhet skall ses som vederlagsfri? Skall kravet på "uppenbart missförhållande" mellan prestationerna endast ses som en relativ förutsättning, eller kan en slutsats om vederlagsfrihet också grundas gåvomomentets absoluta storlek?
2. Vilka utbetalningar omfattas av utbetalningsförbudet? Är det självklart att även utbetalningar till andra än aktieägare skall innefattas?
3. I vilken omfattning kan en vederlagsfri utbetalning ske från ett aktiebolag? Vad gäller beträffande utdelningsbart belopp? Hur skall det s k konsolideringskravet tolkas och tillämpas? Skall utgångspunkten för hur stora vederlagsfria utbetalningar (utdelningar) ett aktiebolag kan göra vara förutsättningen, att det bundna egna kapitalet lämnas oberört, eller skall det vara förutsättningen, att utbetalningen icke får överskrida det utdelningsbara beloppet? Vid utdelning av sakvärden, skall det bokförda värdet (nettometoden) eller marknadsvärdet (bruttometoden), eller möjligen något annat värde, med eller utan hänsyn

taget till skattekonsekvenser, jämföras med det utdelningsbara beloppet? I vilken utsträckning är de formella reglerna i 12 kap dispositiva, och i vilken utsträckning tvingande?

5. Hur förhåller sig utbetalningsförbudet till förbudet mot förvärv av egna aktier? Är ett förvärv av egna aktier, egna konvertibla skuldebrev eller skuldebrev med optionsrätt (i det senare fallen i vad avser värdet på konverteringsrätten eller optionsrätten) per definition att ses som vederlagsfri med hänsyn till bestämmelsen i ABL 11:7, 4 st, att om ett aktiebolag innehar egna aktier, skall det med angivande av det nominella beloppet upptagas såsom tillgång utan värde? Om detta är en riktig tolkning av vederlagsfrihetsbegreppet, nämligen att aktiernas (konverteringsrättens eller optionsrättens) bokförda värde, och icke deras marknadsvärde, skall vara avgörande för om aktiebolagets förvärv är vederlagsfri eller inte, vad gäller i så fall beträffande de undantag från förvärvsförbudet som stadgas i ABL 7:1, 2 st? Skall detta undantagsstadgande ha företräde framför utbetalningsförbudet?
6. Vad gäller beträffande tillämpningen av det låneförbud som utvecklats i rättspraxis i bl a Suecia-målet och andra HD-domar i hägnet av detta mål? Skall vid bedömningen av om lånet är "vederlagsfritt" avgörande vara låntagarens solvens i låneögonblicket, eller skall det avgörande vara en insufficiensbedömning? Vilken hänsyn skall tas till värdet av de aktier som låntagaren eventuellt må ha förvärvat med de lånade medlen, när lånet ges av det aktiebolag som aktierna avser? Skall varje lån till en insolvent (om sålunda insolvens är förutsättningen) låntagare ses som vederlagsfritt, oavsett på vilket sätt de lånade medlen används av låntagaren? När ett moderbolag lånar ut till ett insolvent dotterbolag, i vilken utsträckning skall moderbolagets aktier i dotterbolaget – och en eventuell värdeökning härav på grund av lånet – beaktas? Om istället för lån ett aktiebolag ställer säkerhet, under vilka förhållanden skall säkerheten betecknas såsom vederlagsfri? Skall lån och säkerhet likställas i detta hänseende?
7. Vad gäller beträffande kravet på att utdelning av bolagets medel endast kan ske på grundval av beslut av bolagsstämman sedan balansräkningen fastställts och det utdelningsbara beloppet klarlagts? Skall den förutsättning som anges i ABL 12 kap, 2–3 § om bolagsstämmobeslut på grundval av fastställd balansräkning ses som en borgenärsskyddsre-

gel eller en minoritetsskyddsregel? I vilken utsträckning är förskottsutdelning giltig vid en tillämpning av utbetalningsförbudet? Vad gäller beträffande efterskottssutdelningar? Skall koncernbidraget betecknas som en förskottsutdelning? Vad om "interimistisk" utdelning? Är s k förtäckt vinstutdelning överhuvudtaget lovlig och giltig? Vad gäller beträffande utdelningsbeslut på annan bolagsstämma än ordinarie sådan?

8. Vilka är återbäringsskyldiga enligt ABL 12:5? Hur skall godtrosrekvisitet tolkas? Vilket godtrosrekvisit är tillämpligt vid återbäringsskyldighet från annan än den primäre mottagaren av medel från bolaget? Hur skall återbäringsskyldighetens omfattning bestämmas vid utdelning av sakvärden, för den händelse t ex marknadsvärdet å saken har väsentligt minskat? Avser återbäringsskyldigheten saken som sådan, en summa pengar motsvarande marknadsvärdet av saken vid återbäringstillfället, eller motsvarande marknadsvärdet av saken vid utdelningstillfället? Vilka personkategorier är bristtäckningsansvariga enligt ABL 12:5, 2 st? Förutsätts för bristtäckningsansvar oaktsamhet, och vad skall i så fall gälla beträffande sådant oaktsamhetsrekvisit?
9. Vid tillämpningen av det generella och det särskilda utlåningsförbudet enligt ABL 12:7 uppkommer tillämpningssvårigheter i vad avser bl a lokutionen "lämna penninglån". Täcker utlåningsförbuden även lån av annat än pengar? Förutsätter förbuden att penninglån skall lämnas i fysiskt iakttagbar mening? Vilka exakt omfattas av den förbjudna kretsen? När har någon inom den förbjudna kretsen "bestämmande inflytande" över en juridisk person? Vad gäller beträffande utlåning till närstående till revisorer? Vad gäller beträffande statusändringar, t ex i det fall en person från att ha varit utanför den förbjudna kretsen vid lånetillfället därefter införlivats i denna krets? I vilken utsträckning reglerar utlåningsförbuden lån genom handelsbolag. Hur skall gränsdragningen mellan "normala varukrediter" och penninglån ske? När uppkommer ett koncernförhållande vid tillämpningen av koncernlåneundantaget? Vad menas enligt undantaget om rörelselån med "affärsmässigt betingade lån"? Vad gäller vid tillämpningen av det särskilda utlåningsförbudet beträffande lån som upptagits i syfte att förvärva aktier i långivande bolag? Skall förbjudna lån enligt ABL 12:7 alltid ses såsom giltiga eller kan verkställighet av lån (eller säkerhets-

ställande) genomtvingas med stöd av rättsmaskineriet? Hur omfattande är medverkansansvaret?

Tvivelsutan skapar de många frågetecknen kring tillämpningen och tolkningen av ABL 12 kap ett stort mått av rättsosäkerhet. Konsekvenserna av en utbetalning i strid med utbetalningsförbudet eller ett lån i strid med de olika utlåningsförbuden kan dessutom säkerligen vara förödande för samtliga inblandade parter, inklusive de som beslutat om och verkställt transaktionen samt övriga grupper av medverkande, häribland advokater, revisorer, banktjänstemän, m fl. Att behovet av reformer är stort synes således vara uppenbart. Till detta skall emellertid läggas de tillämpningssvårigheter som föreligger på grund av inkongruenser och anomalier i lagbestämmelserna, och frågan om nödvändigheten över huvud av de straffsanktionerade förbuden i ABL 12:7, bl a med hänsyn till att lagbestämmelsen tillkommit främst i syfte att förhindra skatteflykt och att skattelagstiftningen innehåller kompletterande skatteregler med identiskt syfte.

När lagreformer över huvud diskuteras bör således en av utgångspunkterna vara de rådande rättstillämpningsvårigheterna och bristerna i den lagtekniska utformningen. En annan icke oväsentlig utgångspunkt måste dock också vara det inom ramen för den sittande aktiebolagsutredningen pågående arbetet med anpassningen av den svenska aktiebolagslagen till EG:s bolagsdirektiv. Här skall hållas i åtanke att EG-reglerna utgör tvingande minimiregler även för svensk del. Allmänt gäller bl a frågan om det borgenärsskydd som kommer till uttryck i ABL 12 kap fyller ett rimligt mått av ändamålsenlighet. Bör eventuellt perspektivet läggas om och borgenärsskyddet över huvud ges en annan utformning?

Vid en komparativ betraktelse över de kapitalskyddsregler som manifesterats bl a i ABL 12 kap uppstår betydande svårigheter på grund av de stora olikheterna i rättssystemen i vad gäller uppläggningen av ett system för borgenärsskydd. Vid en jämförelse t ex mellan ett genomsnittligt amerikanskt delstatligt (eller federalt) borgenärsskydd och de svenska borgenärsskyddsreglerna framkommer t ex, att alltmedan det svenska borgenärsskyddet har sin tyngdpunkt i det aktiebolagsrättsliga kapitalskyddet (kompletterat med sakrättsliga, konkursrättsliga och straffrättsliga regler), det amerikanska borgenärsskyddet främst har kommit till uttryck i

ett relativt vittomfattande system för ansvarsgenombrott. För en förutsättningslös diskussion om vilket system som är mest ändamålsenligt, vore det givetvis av intresse att även underkasta det amerikanska systemet en närmare analys. Det är ju nämligen icke alls uteslutet att i Sverige och i närliggande rättssystem alltför stor vikt har fästs vid principen om bolagsdelägarens ansvarsfrihet, från vilken i princip undantag ytterst sällan görs och att ett större mått av ansvarsgenombrott är mer förenligt med borgenärsskyddets syften. Bortsett från att uppgiften, att närmare granska det amerikanska systemet, särskilt de regler och den praxis som avser ansvarsgenombrott, är alltför överväldigande och ligger långt utom ramen för denna framställning, finns ett betydande egenvärde i att i lagreformsammanhang icke i alltför stor utsträckning avvika från ett sedan länge i Sverige inarbetat system för borgenärsskydd. De justeringar av det befintliga systemet som kan ses som nödvändiga bör således inte vara alltför systemfrämmande, förutsatt givetvis att kravet på ändamålsenlighet inte efterges. Ett sådant synsätt utesluter inte en utbyggnad av t ex ansvarsgenombrottsreglerna, om det skulle visa sig ändamålsenligt och sådana inte alltför mycket urholkar den grundläggande aktiebolagsrättliga principen om ansvarsfrihet så att värdet av aktiebolagsformen inom ramen det befintliga ekonomiska systemet reduceras. Till de begränsningar som i lagreformshänseende må ligga i det hävdvunna och inarbetade skall emellertid läggas det beaktansvärda i Sveriges roll i den europeiska rättsliga och ekonomiska gemenskapen: ramen för lagreformsarbetet får i anledning härav utgöras av de minimiregler som kommer till uttryck i EG:s bolagsdirektiv och som också bildar ramen för de flesta europeiska rättssystems aktiebolagsrättsliga borgenärsskydd.

7.2 Något om det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet i EG

7.2.1 Allmänt

Av intresse i detta slutliga skede av framställningen är främst EG:s andra bolagsdirektiv (det s k kapitaldirektivet), låt vara att eventuellt något annat direktiv bär spår av borgenärsskydd. EG:s ministerråd (rådet, numera den Europeiska Unionens råd, eller EU-rådet) har utfärdat ett stort antal direktiv inom bolagsrätten. Av de 13 bolagsdirektiv som hitintills utarbetats (härtill kommer en rad direktiv på värdepappersmarknadsrättens område om börsintroduktion, börsintroduktionsprospekt, regelbunden information från börsbolag, uppflaggning, prospekt i allmänhet, och om insidertrading) har de flesta antagits; på förslagsstadiet ligger dock fortfarande det femte, det nionde, det tionde och det trettonde bolagsrättsdirektivet. Ytterst syftar bolagsrättsdirektiven till att skapa gynnsammare förutsättningar för en gemensam marknad. Genom tillskapandet av miniregler och harmoniseringsarbetet förutses företagen inom EG ges mera likvärdiga konkurrensbetingelser. Vid sidan av bolagsdirektiven har regelsystem utvecklats för EG-bolag, d v s övernationella bolag, och andra associationsformer, häribland regler om s k europeiska firmagrupper och om europeiska aktiebolag, European companies.[418]

Förslaget till rådets andra bolagsdirektiv utarbetades i slutet av 1960-talet och presenterades av EG-kommissionen (numera den "Europeiska kommissionen") i mars 1970. Det slutliga antagandet av bolagsdirektivet ägde dock rum först den 13 december 1976. Ursprungligen präglades direktivförslaget i hög grad av tysk rätt. Såsom en konsekvens av att Storbritannien, Irland och Danmark år 1973 inträdde som medlemmar i EG kom dock förslaget att revideras i stor utsträckning och påverkas av bl a brittisk bolagsrätt.

Såsom ovan nämnts, syftar det andra bolagsdirektivet till att bland EG:s medlemsstater skapa en grundläggande gemensam reglering och harmonisering (minimistandard) till skydd för bolagets borgenärer och

[418] Se om direktiven, annan EG-bolagsrätt, och det svenska anpassningsarbetet främst Skog, EG, EES och den svenska aktiebolagslagen, JT 1992-93, s 385–416.

aktieägare. Direktivet är tillämpligt på motsvarigheterna inom medlemsstaterna till det svenska aktiebolaget[419]. Avgörande är således bolagsformen som sådan, d v s att verksamheten bedrivs i aktiebolagsform, och icke bolagets storlek, aktiekapital eller ägarkretsens storlek. En annan sak är sedan att direktivet ställer upp ett krav på minimikapital.

Att direktivet i likhet med andra direktiv har givits karaktären av minimiregler innebär att medlemsstaterna är fria att i de nationella rättssystemen föreskriva strängare normer än vad följer av minimistandarden. Dessutom ges en viss frihet att avgöra på vilket sätt minimistandarden skall uppfyllas, ehuru i praktiken valmöjligheterna olika lösningar emellan icke är så stora.

I enlighet med direktivets olika underrubriker innehåller direktivet bestämmelser om direktivets tillämpningsområde (artikel 1), om bildande av bolag och om innehållet i bolagsordning och stiftelseurkunden samt annan formalia vid bolagsbildningen och normer för inbetalningen av aktiekapitalet inklusive värderingen av apportegendom (artiklarna 6–14), om utbetalning av bolagets medel och bolagets förvärv av egna aktier (artiklarna 15–24), om ökning av aktiekapitalet (artiklarna 25–29), om nedsättning av aktiekapitalet (artiklarna 30–34) samt om inlösen av aktier (artiklarna 34–39).

Ehuru således det andra bolagsdirektivet är mera utpräglat inriktat på borgenärsskydd, förekommer borgenärsskyddsregler även i andra bolagsdirektiv. Här kan nämnas reglerna om olika bolagshandlingars offentlighet och giltigheten av bolagets förpliktelser i det första bolagsdirektivet, reglerna om borgenärsskydd vid fusioner av aktiebolag i det tredje direktivet, direktiven om revision, redovisning, årsbokslut m m i det fjärde direktivet med påföljande ändringar, samt det sjätte direktivet om

[419] Detta framgår av artikel 1, i vilken benämningen på motsvarigheten till aktiebolag i EG:s medlemsstater ges, t ex den tyska Aktiengesellschaft, den franska la societé anonyme, det danska aktieselskabet, det brittiska the public company limited by shares eller the public company limited by guarantee and having a share capital, och det italienska la societa per azioni. Denna uttryckliga begränsning vad avser direktivens tillämpningsområde har sin grund i att det i samtliga rättssystem i medlemsstaterna utvecklats två bolagstyper, vari delägarna saknar personligt egenansvar.

Benämningen aktiebolag med en förhållandevis vid ägarkrets och en annan bolagsform avsedd i första hand för företag med en begränsad ägarkrets. Jfr det tyska Gesellschaft mit beschränkter Haftung GmbH och det franska société responsabilité limitée (SARL). I Danmark heter motsvarigheten härtill anpartselskab (APS).

delning av aktiebolag[420]. Även i det andra bolagsdirektivet återfinns en rad borgenärsskyddsbestämmelser, som dock icke har ett omedelbart intresse för de i denna framställning behandlade frågorna. Hit hör t ex förskrifterna i artikel 3 om vad stiftelseurkunden och bolagsordningen skall innehålla[421], reglerna i artikel 4 om ansvar för förbindelser som ingåtts före bolagets registrering (eller annan tidpunkt för tillståndsgivning)[422], minimikapitalkravet om 25.000 ECU i artikel 6, stadgandet i artikel 7 om att endast tillgångar som kan värderas ekonomiskt utgöra tecknat kapital,begränsning i vad avser möjligheten att emittera aktier till underkurs i artikel 8, bestämmelserna om tillskottskapitalets inbetalning (minst 25% av det nominella beloppet) i artikel 9, de mycket detaljerade materiella och formella reglerna vid tillskjutande av apportegendom i artikel 10 och den anslutande bestämmelsen i artikel 11 om aktiebolags förvärv av apportegendom inom en tvåårsperiod från bolagets bildande, stadgandet i artikel 12 om aktieägarna inte får befrias från sin skyldighet att betala aktierna i andra fall än som kan följa av bestämmelsen om nedsättning av det tecknade kapitalet, samt slutligen bestämmelserna i artiklarna 25–41 om ökning (ny- och fondemissioner) och nedsättning av aktiekapitalet.

I det följande skall framställningen inskränkas till en beröring av artiklarna 15–24 i det andra bolagsdirektivet om utbetalningar, lån och förvärv av egna aktier.

7.2.2 Utbetalningsreglerna

Kapitaldirektivets bestämmelser om kapitalskydd, såvitt avser de regler som motsvaras av de svenska förbuden mot utbetalning, förvärv av egna aktier och lån, återfinns i direktivets artiklar nr 15 och 16 (utbetalnings-

[420] För en utförlig redovisning av direktivinnehållet, se Abrahamsson, Lundius, Lundvall, Pettersson och Schött, EG:s bolagsrätt, Stockholm 1991. Se även Skog, ovan i fotnot 388a och SOU 1992:83, Aktiebolagslagen och EG.

[421] Se här särskilt kravet på att av stiftelseurkunden eller bolagsordningen skall framgå bl a kostnaderna för bolagets bildande samt de förmåner som beviljats någon av dem som medverkat vid bolagets bildande.

[422] Föreskriften om ansvar för dylika förbindelser skall dock ej gälla avtal som villkorats av att bolaget beviljats tillstånd att påbörja sin verksamhet, se artikel 4 punkt 2.

förbudet), 18-22 och 24 (förvärvsförbudet) och artikel 23 och 24 (låneförbudet). I svensk översättning[423] lyder utbetalningsbestämmelserna (artiklarna 15 och 16) som följer.

Artikel 15

1. a) 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.
   b) Det vid a) angivna tecknade beloppet skall minskas med sådan icke inbetald del därav som inte redovisas på balansräkningens aktivsida.
   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 enlig lag eller bolagsordning har avsatts till reserver.
   d) Med "utdelning" avses i a) och c) särskilt utbetalning av vinst eller ränta som hänför sig till aktierna.
2. Om lagstiftningen i 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 har 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.
3. Punkterna 1. och 2. inkräktar inte på medlemsstaternas bestämmelser om ökning av det tecknade kapitalet genom överföring av reserver till detta.
4. Lagstiftningen i en medlemsstat får föreskriva undantag från punkt 1 a) i fråga om förvaltningsbolag med fast kapital.

I denna punkt anses som förvaltningsbolag med fast kapital endast bolag:
- som uteslutande har till föremål för sin verksamhet att placera sina medel i olika värdepapper, olika fastigheter eller andra tillgångar i det enda syftet att sprida investeringsriskerna och låta resultatet av kapitalförvaltningen komma aktieägarna till godo, och
- som vänder sig till allmänheten för att placera sina egna aktier.

[423] Se Abrahamsson, m fl, EG:s bolagsrätt, Stockholm 1991, s 63 f.

I den omfattning den nu angivna möjligheten används i medlemsstaternas lagstiftning

a) skall denna ålägga bolagen ifråga att föra in ordet "förvaltningsbolag" i alla dokument som anges i artikel 4 i direktiv 68/151/EEG;
b) får denna inte tillåta ett bolag som nu avses och vars nettotillgångar understiger det i punkt 1 a) nämnda beloppet att dela ut medel till aktieägarna, om enligt årsredovisningen för det senaste räkenskapsåret summan av bolagets samtliga tillgångar på bokslutsdagen understiger eller till följd av utdelningen skulle komma att understiga en och en halv gånger beloppet av bolagets samtliga skulder enligt årsredovisningen;
c) skall denna föreskriva att ett nu avsett bolag, som delar ut medel till aktieägarna när nettotillgångarna understiger det i punkt 1 a) angivna beloppet, skall upplysa om utdelningen i en not till årsredovisningen.

Artikel 16

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.

En utdelning till aktieägarna får således inte inkräkta på bolagets bundna kapital. Föreligger förluster kan utdelning alls icke ske, om icke medel finns tillgängliga i fria fonder. Även om bolaget uppvisar vinst, eller har tillgängliga fria fonder, får utdelningen inte vara av den storleken att den inkräktar på det bundna kapitalet. Med bundet kapital avses det tecknade kapitalet och de reserver som lag eller bolagsordning skall vara bundna och som således inte får delas ut. I artikel 15 b) tillfogas i detta hänseende emellertid, att det tecknade kapitalet, d v s det belopp som redovisas, skall minskas med sådan icke inbetald del därav, som inte redovisas på balansräkningens aktivsida. Med det tecknade kapitalet förstås således det faktiskt inbetalda tecknade aktiekapitalet.

Så långt föreligger stora likheter mellan det svenska utbetalningsförbudet och det som gives i EG:s bolagsrätt. Till skillnad från motsvarande svenska bestämmelser innehåller emellertid kapitaldirektivet i artikel 15 c) ytterligare en begränsning i fråga om hur mycket som får utdelas till aktieägare. Det utdelade beloppet får nämligen inte överstiga summan

av årets vinst, balanserad vinst och fria fonder, med avdrag för balanserad förlust och sådana belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundna fonder (reserver). En utdelning till aktieägarna får sålunda inte överstiga det på det framräknade sättet utdelningsbara beloppet. Såsom framgått av framställningen ovan har i svensk doktrin stundom antagits, att den senare begränsningen även gäller för svenskt vidkommande, men någon säkerhet i denna fråga har ej skapats. I anledning härav har också den kontroversiella frågan om tillämplig metod vid utdelning av sakvärden – netto- eller bruttometoden, eller någon annan metod, t ex anskaffningsvärdemetoden eller marknadsvärdemetoden – uppkommit. Anhängarna av bruttometoden har just som främsta argument anfört, att utbetalningsförbudet i aktiebolagslagen innehåller en begränsning motsvarande de nu redovisade i EG:s kapitaldirektiv, nämligen att det utdelade beloppet inte får överskrida det belopp som är utdelningsbart, varvid beloppet beräknas på motsvarande sätt som i Artikel 15 1 c) i kapitaldirektivet. Förespråkarna av nettometoden förutsätter emellertid att den enda begränsning som ges i de svenska bestämmelserna är att utdelningen inte får inkräkta på bundet kapital.

Utbetalningsförbudet i EG:s kapitaldirektiv är knappast klarare formulerat än dess svenska motsvarighet. Det finns t ex anledning att ifrågasätta nödvändigheten av en dubbel begränsningsregel; har väl stadgats att det utdelningsbara beloppet, framräknat på visst närmare angivet sätt, utgör gränsen för vad som är utdelningsbart till aktieägarna, torde det första ledet i begränsningsregeln om att en utdelning inte får inkräkta på det bundna kapitalet vara överflödigt. Genom att särskilt definiera det utdelningsbara beloppet såsom summan av årets vinst, ackumulerad vinst och fria reserver, med avdrag för ackumulerade förluster och belopp som skall avsättas till bundna fonder, synes någon ytterligare begränsningsregel icke vara nödvändig. Här bör inflikas, att kapitaldirektivet saknar motsvarighet till den försiktighetsregel som finns inom såväl svensk som övrig nordisk rätt.

En annan svaghet i kapitaldirektivet är definitionen av begreppet "utdelning". I artikel 15 1 d) stipuleras, att med "utdelning" skall förstås särskild utbetalning av vinst eller ränta som hänför sig till aktierna. Säkerligen inbegrips härvid, precis som i svensk rätt, även andra former av utbetalningar (oavsett egendomstyp, transaktionstyp och adressat), varvid

fråga i så fall skulle vara om s k förtäckt utdelning, men detta borde i så fall för klarhets vinnande ha kommit till uttryck i själva bestämmelsen. Av bestämmelsens ordalydelse framgår heller inte med full klarhet huruvida en förtäckt vinstutdelning är ogiltig av formella skäl, d v s på grund av att den formella gången avseende beslut på bolagsstämma m m icke följts. I artikel 15:s inledande del stadgas i huvudsak endast att, *för den händelse* en utbetalning sker till aktieägarna, till synes oavsett om den är i öppen eller förtäckt form, får utdelningen inte inkräkta på bundet kapital eller överstiga det närmare definierade utdelningsbara beloppet. I detta hänseende överensstämmer kapitaldirektivet med svenska ABL 12:2. Måhända skall direktivbestämmelsens starkare anknytning till det utdelade beloppet utgöra klarare uttryck för gränsen för vad som är utdelningsbart.

Litteratur

Abrahamsson, O, Lundius, A, Lundvall, S, Pettersson, P och Schött, A, EG:s bolagsrätt, Stockholm 1991.

Agge, I, Straffrättens allmänna del, föreläsningar, första häftet, Stockholm 1959 och tredje häftet, Stockholm 1964.

Almén, T, Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905, 3 delvis omarbetade uppl, ombesörjd av Rudolf Eklund, Stockholm 1934.

Andenæs, M H, Aksjeselskapsrett, Bergen 1981.

Andersson, J, Om verkliga värden och den aktiebolagsrättsliga världen, i SvJT 1993, s 566.

Bartz, m fl, Grosskommentar, Aktiengesetz, Erster Band, §§ 1–75, Berlin, New York 1973.

Bartz, m fl, Grosskommentar, Aktiengesetz, Erste Band, §§ 1–144, Berlin 1961.

Beckman, N, Holmberg, C, Hult, B och Strahl, I, Kommentar till Brottsbalken II, Brotten mot allmänheten och staten m m, 3 uppl, Stockholm 1973 och 5 uppl, Stockholm 1982.

Bengtsson, B, Om gåvobegreppet i civilrätten, i SvJT 1962, s 689.

Bergström, S, Hur bör förarbetena användas vid tolkning av skattelag?, Skattenytt 1984, s 309.

Bergström, S, Skatter och civilrätt, Stockholm 1978.

Bernitz, U, Svensk marknadsrätt, 2 rev uppl, Uddevalla 1986.

Birke, G, Kan utdelning å aktier beslutas å annan än ordinarie bolagsstämma eller fortsatt stämma, SvJT 1956, s 652.

Blix, C, Moberg, K, Bogdan, M och Lindquist, B, Letters of Comfort, Handelsrättslig skriftserie nr 1, Institutionen för Handelsrätt, Lunds universitet, Lund 1989.

Bomgren, G, Fondskatteförordningen och aktiebolagslagen, SvJT 1955, s 62.

Bramsjö, S, Anmälan av E. Danielssons avhandling Aktiekapitalet, SvJT 1953, s 241.

Bratt, J, Fogelklou, L, och Norrdell, C-A, Skatt på arv och skatt på gåva. Kommentar till 1941 års lag om arvsskatt och gåvoskatt, 7 uppl, Stockholm 1979.

Danielsson, E, Aktiekapitalet, Lund 1952.

Danielsson, E, Förtäckt vinstutdelning och eliminering av vinst i aktiebolag, SvJT 1954, s 571.

Danielsson, E, kommentar till G Bomgrens artikel Fondskatteförordningen och aktiebolagslagen i SvJT 1955, s 62, SvJT 1955, s 273.

Dotevall, R, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, Stockholm 1989.

Edgren, B, Obestånd – vad är det?, Balans 7/1979, s 4.

Englund, G, Beskattning av arv och gåva, 8 uppl, Lund 1989.

Giertsen, J, Kan et aksjekjøp finansieres av selskapets ejne midler? Den Norske Advokatforening, Nr 55, Oslo 1990.

Gomard, B, Aktieselskaber og anpartsselskaber, 3 uppl, Danmark 1990.

Gometz, U, och Huldén, L, Utdelning av sakvärden – bruttometod eller nettometod?, Balans 12/1992, s 35.

Grosskopf, G, Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor, Malmö 1989.

Hamberg, S, Hur skall vederlagsfri pantsättning redovisas?, Balans 3/1981, s 26.

Hellner, J, Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl, 1993 Stockholm.

Hellner, J, och Ramberg, J, Speciell avtalsrätt I, Köprätt, 2 uppl, Stockholm 1991.

Hjerner, L, Sken – bulvanskap – kringgående – genomsyn eller förträngning?, Festskrift till Hans Thornstedt, Stockholm 1983, s 269.

Håstad, T, Sakrätt avseende lös egendom, 4 omarbetade uppl, Lund 1990.

Jareborg, N, Brotten, första häftet, grundbegrepp, brotten mot person, 2 uppl, Lund 1984.

Johansson, S, Bolagsstämma, Stockholm 1990.

Johansson, S-E och Rodhe, K, Redovisning av koncernbidrag, Balans 1/1978, s 30.

Karlsson, B, Dispenser från låneförbudet enligt aktiebolagslagen, Lund 1981.

Kedner, G, Former för koncerninterna vinstöverföringar, Lund 1985 och 2 uppl, Lund 1990.

Kedner, G, Utdelningsbelopp skall inkludera skatt på utdelad egendom, Balans 9/1983, s 14.

Kedner, G, och Roos, C M, Aktiebolagslagen, del I och II, 4 uppl, Lund 1991.

Kleineman, J, Ren förmögenhetsskada, Stockholm 1987.

Lennander, G, Återvinning i konkurs, Lund 1985.

Lindell, B, Sakfrågor och rättsfrågor, Uppsala 1987.

Lindskog, S, Aktiebolagslagen, 12:e och 13:e kap. Kapitalskydd och likvidation, cit "Kommentar", Stockholm 1994.

Lindskog, S, Olovlig kapitalanvändning, kommentarer med anledning av några tingsrättsdomar, JT 1992–93, s 82.

Lindskog, S, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar, SvJT 1992, s 81.

Lindskog, S, Pant i egen skuld, SvJT 1983, s 535.

Lindskog, S, Preskription, Stockholm 1990.

Lodin, S-O, Lindencrona, G, Melz, P, och Silfverberg, C, Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt, del 1, Lund 1990.

Löfmarck, M, Brotten mot borgenärer, tolkning och tillämpning av straffbestämmelserna i 11 kap brottsbalken, 2 omarbetade uppl, Lund 1986.

Margulies, H och Roos, C M, Utdelning av dolda reserver, Balans 8/1981, s 26.

Mattsson, N, Hur tolkas skattelag?, SSK 1981, s 291.

Müllern, M, Lån från dotterbolag till moderbolag har med hänsyn till låntagarens ekonomi ansetts som förtäckt vinstutdelning, JT 1990–91, s 85.

Nerep, E, Om gränserna för utdelning av sakvärden och tillämpligheten av brutto- och nettometoden i aktiebolag, SST 1993, s 353.

Nerep, E, Sale and lease back av fast egendom – obligationsrättslig, sakrättslig och skatterättslig giltighet, SST 1989, s 299.

Nial, H, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, skrift nr 80 utgiven av Svenska Bankföreningen, Stockholm 1948, 2 uppl, Stockholm 1972 samt 3 uppl, Stockholm 1979.

Nial, H, Aktiebolagsrättsliga studier, Stockholm 1935.

Nial, H, Om aktiebolag, Stockholm 1947.

Nial, H, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut, Stockholm 1934.

Nial, H, Till frågan om kompetensfördelningen mellan stämma och styrelse i aktiebolag, Festskrift till Knut Rodhe, Stockholm 1976, s 329.

Nial, H, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 5 uppl, omarbetad i samverkan med Svante Johansson, Lund 1991.

Nial, H, Svensk Rättspraxis, Bolags- och föreningsrätt 1948–1953, SvJT 1955, s 255.

Nial, H, Två aktiebolagsrättsliga prejudikat, SvJT 1943, s 697.

Nial, H, Till begreppet moder- och dotterbolag, Tidskrift för Juridiska föreningen i Finland (TJFF) 1973, s 225–237.

Pehrson, L, Generalklausuler i aktiebolagslagen, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987, s 483.

Pehrson, L, Förvärv av egna konvertibler och teckningsrättsoptioner, Festskrift till Gotthard Calissendorf, Stockholm 1990, s 219.

Penser, W, Kan utdelning å aktier beslutas å annan än ordinarie bolagsstämma eller fortsatt stämma?, SvJT 1953, s 278.

Petrén, G, och Ragnemalm, H, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, Uddevalla 1980.

Posselius, E, Ogiltig pantsättning eller inte?, Balans 12/1991, s 36.

Posselius, E, Grosskopf, G, Gometz, U och Huldén, L, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, 3 rev uppl, Stockholm 1993.

Ramberg, J, Allmän avtalsrätt, 3 uppl, Stockholm 1991.

Rodhe, K, Aktiebolagsrätt, 8 uppl, Stockholm 1976, 9 uppl, Stockholm 1978, 10 uppl, Stockholm 1981, samt 16 uppl, Stockholm 1993.

Rodhe, K, En aktiebolagsrättslig fälla, Balans 2/1990, s 8.

Rodhe, K. Förtäckt vinstutdelning och lån från aktiebolag, 2 uppl, Stockholm 1973.

Rodhe, K, Bort med de alltför många värdepapperen – förslag till ett värdepapperslöst kontobaserat VPC-system, Festskrift 1987 till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987, s 517.

Rodhe, K, Handbok i sakrätt, Lund 1985.
Rodhe, K, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder, Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1984, s 481.
Rodhe, K, Något om konvertibla skuldebrev och skuldebrev förenade med optionsrätt till nyteckning från aktiebolagsrättslig synpunkt, Studier i bolags- och krediträtt, Skrifter i urval 1944–1989, s 417, Stockholm 1989.
Rodhe, K, Obligationsrätt, Lund 1956.
Rodhe, K, Skalbolagen och låneförbudet, Balans 6–7/1989, s 24.
Rodhe, K, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1/1981, s 4.
Rodhe, K, Ytterligare något om vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 4/1981, s 26.
Sandström, T, Kan dolda reserver utdelas i smyg?, Balans 2/1982, s 25.
Skarstedt, S, Allmänna aktiebolagslagen av den 12 augusti 1910 jämte därtill hörande författningar, 7 uppl, Stockholm 1942.
Stenbeck, E, Wijnbladh, M, och Nial, H, Den nya aktiebolagslagen jämte dithörande författningar med förklaringar, 5 rev uppl, Stockholm 1966.
Sundberg, J, Agges huvudpunkter, rev uppl av Jacob Sundberg, Stockholm 1980.
Taxell, L E, Bolagslednings ansvar, Åbo 1983.
Thornstedt, H, Legalitet och teleologisk metod i straffrätten, Festskrift tillägnad Nils Herlitz, Stockholm 1955, s 319.
Tiberg, H, Mellanmansrätt, 7 uppl, Stockholm 1986.
Tries, H-J, Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht, Köln 1991.
Walin, G, Borgen och tredjemanspant, Lund 1989.
Welamson, L, Konkurs, 8 uppl, Lund 1989.
Welamson, L, Konkursrätt, Stockholm 1961.
Werlauff, E, Udsultning af minoritetsaktionærer, I UfR 1985, B, s 193.
Westermark, C, Insolvens, insufficiens och kontrollbalansräkning, Balans 3/1990, s 22.
Wilhelm, J, Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, band II, Köln (O. Schmidt) 1978, s 337.

Offentligt tryck

Propositioner

1972:5	Förslag till skadeståndslag
1973:93	Förslag till lag om konvertibla skuldebrev m m
1974:4	Förslag till ny firmalag m m
1975:6	Om ändring i konkurslagen m m
1975:103	Förslag till ny aktioebolagslag m m
1977/78:41	Om ändring i aktiebolagslagen m m
1981/82:95	Om låneförbudet i aktiebolagslagen
1981/82:165	Förslag till konkurrenslag
1984/85:38	Om förenklat kungörande av uppgifter i aktiebolagsärenden
1986/87:7	Om ekonomiska föreningar
1993/94:196	Ändringar i aktiebolagslagen (1975:1385) m m

Offentliga utredningar

SOU 1941:8–9	Förslag till lag om aktiebolag m m Lagberedningens förslag.
SOU 1970:75	Utsökningsrätt X. Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m m. Förslag av lagberedningen.
SOU 1971:15	Förslag till aktiebolagslag m m. Betänkande angivet av aktiebolagsutredningen.
SOU 1988:38	Ägande och inflytande i svenskt näringsliv. Huvudbetänkande från ägarutredningen.
SOU 1991:59	Konkurrens för ökad välfärd. Huvudbetänkande av konkurrenskommittén.
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 1993:59	Ny marknadsföringslag. Slutbetänkande av marknadsföringsutredningen.

Övrigt

Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m m angivna av därtill utsedd kommitté, Stockholm 1890.

Nytt Juridiskt Arkiv avd II, NJA II

1887 nr 3
1946 nr 1

Rättsfall

Högsta domstolen
(Nytt Juridiskt Arkiv, avd 1, NJA 1)

1884 s 228
1886 s 442
1890 s 85
1899 s 206
1903 s 19
1914 s 309
1920 s 231
1922 s 122
1922 s 403
1924 s 186
1936 s 295
1942 s 614
1951 s 6
1953 s 60
1953 s 99
1962 s 182
1962 s 461
1966 s 475
1967 s 313
1974 s 508
1975 s 708
1976 s 60
1976 s 618
1980 s 311
1981 s 117
1982 s 1
1987 s 592
1988 s 620
1989 s 768
1989 C 100

1990 s 343
1992 s 717

Regeringsrätten

(Regeringsrättens årsbok, RÅ)

1981 1:1
1984 1:90

(Rättsfallsreferat från regeringsrätten, RR)

1977 1:45

Svea Hovrätt

Dom av den 18 maj 1990 – T 1104/89, 11:DT 21
Dom av den 27 november 1990 – B 1301/90, DB 195

Hovrätten för Västra Sverige

Dom av den 14 februari 1975 refererad i SvJT 1976, Rättsfall från hovrätterna, s 39
Dom av den 16 december 1993 – T 616/91, DT 38

Tingsrättsdomar

Södra Roslags tingsrätts dom av den 22 mars 1991, T 6-299-87
Karlstads tingsrätts dom av den 25 november 1991, DT 601 (T884/90)
Stockholms tingsrätts dom, avdelning 6:1, av den 13 december 1991 (T6/129/91)
Malmö tingsrätts dom, avdelning 1:3, av den 17 januari 1992, DT (T3110/89)
Huddinge tingsrätts dom av den 8 april 1992, DT 462 (T482/91)

Aktiebolagsrättsliga studier - särskilt om kapitalskyddet.

Kapitalskyddet i aktiebolag tillhör det centrala inom aktiebolagsrätten. Det grundläggande är att aktiebolaget skall tillförsäkras ett insatskapital, som icke får återbetalas till aktieägarna utan att borgenärernas intresse tillgodoses. Kapitalskyddsreglerna tillhör följaktligen borgenärskyddet. Aktiebolagslagen innehåller en lång rad regler till skydd för borgenärerna. I denna framställning om kapitalskyddet koncentreras analysen till vissa områden, främst det s k utbetalningsförbudet och utlåningsförbuden i lagens 12 kap, men också reglerna om nedsättning av aktiekapital och förvärv av egna aktier i 6 och 7 kap. Även delar av företrädarreglerna i 8 kap behandlas. I analysen ingår en långtgående behandling av rättspraxis och juridisk doktrin. Härvid beaktas också de ändringar av aktiebolagslagen som trädde i kraft den 1 januari 1995.

Några av de centrala frågeställningarna i boken är följande: Vilket är förhållandet mellan företrädarreglerna i aktiebolagslagens 8 kap och utbetalningsförbudet i 12 kap? Vad menas med en vederlagsfri eller icke affärsmässigt betingad betalning? När är ett lån, en pant eller borgen vederlagsfri? Vid vilken tidpunkt skall olovligheten av en borgen som utbetalning bedömas, vid borgensförbindelsens utfärdande eller vid ianspråktagandet av borgen? Vad gäller beträffande utdelning av sakvärden och tillämpningen av den s k brutto- resp. nettometoden? Vilka undantag finns från utlåningsförbuden i lag, förarbeten och rättspraxis? Hur långt sträcker sig det särskilda utlåningsförbudet? Härtill kommer några anmärkningar om lagstiftningsbehovet och EG:s bolagsdirektiv.

Erik Nerep är professor i svensk och internationell handelsrätt vid den Rättsvetenskapliga institutionen, Handelshögskolan i Stockholm. Han har sedan lång tid varit såväl praktiskt som vetenskapligt verksam inom det aktiebolagsrättsliga området och författat en rad artiklar på området.

ISBN 91-7598-649-3

STOCKHOLM SCHOOL OF ECONOMICS
FACULTY OF LAW

Publication no. 3