

Om skyddet för aktiebolagets borgenärer

Av direktör MATS SACKLÉN

1. Inledning

Aktiebolagsformen möjliggör för rörelseidkare och andra att organisera och varaktigt bedriva verksamhet utan att sätta hela den personliga förmögenheten på spel och bidrar därför till ekonomisk verksamhet. Det begränsade personliga ansvaret tjänar således samhällsekonomiskt önskvärda syften, men belyser samtidigt den i bolagsformen inbyggda intresse motsättningen mellan bolagets aktieägare på den ena sidan och bolagsborgenärerna på den andra.

Såsom aktieägare är rörelseidkarens/investerarens risk begränsad till det tillskjutna kapitalet, medan han i princip har en obegränsad vinstpotential. Det asymmetriska förhållandet mellan risk och vinstpotential gör att många rörelseidkare/investerare föredrar att så långt möjligt hålla ett lågt tillskjutet kapital i bolaget och i stället låta externa finansierare och/eller intressenter (t. ex. banker, kunder och leverantörer) finansiera bolagets verksamhet. Bolagets borgenärer har emellertid som regel ett intresse av att aktieägarna i bolaget binder visst kapital, huvudsakligen för att tjäna som buffert i sämre tider, men även i avsikt att öka den insats som står på spel för aktieägarna och därmed deras intresse av att inte låta bolaget i sin verksamhet ta risker som kanske inte förutsatts av borgenärerna.

Borgenärsskyddsreglerna i 1975 års aktiebolagslag (ABL) är avsedda att balansera dessa olika intressen. Fastän reglernas materiella innehåll varit föremål för flitigt återkommande diskussioner i litteraturen (såväl den juridiska som den redovisningsinriktade), har deras funktion och ändamål däremot fått endast obetydlig uppmärksamhet.¹ Förekommande skribenter har som regel nöjt sig med att konstatera att reglernas syfte, såsom benämningen antyder, är att skydda bolagets borgenärer. Utan att förstå det lagfästa borgenärsskyddets verkliga funktion och ändamål kan det

¹ En rad framställningar ger en detaljerad beskrivning av borgenärsskyddsreglernas materiella innehåll. Se t. ex. Rodhe, Aktiebolagsrätt (16:e uppl. 1993), Kedner & Roos, Aktiebolagslagen Del II (4:e uppl. 1991), Grosskopf, Aktiebolagens finansieringsformer (1989) och Posselius, Grosskopf, Gometz och Huldén, Skyddet för aktiebolagets egna kapital (3:e uppl. 1993).

emellertid vara svårt att tolka borgenärsskyddsreglerna på ett funktionellt och ändamålsenligt sätt när varken lagtext, förarbeten eller rättspraxis ger någon ledning. Det sagda illustreras synnerligen väl av den sedan många år tillbaka pågående debatten om värdebestämningen vid utdelning av s. k. sakvärden. Här har flera motstridiga uppfattningar gjorts gällande, samtliga med hänvisning till borgenärsskyddsreglernas funktion och ändamål.

Syftet med föreliggande artikel är att något närmare belysa borgenärsskyddsreglernas förmodade funktion och ändamål. Av framställningen kommer att framgå, att de skäl som brukar åberopas till stöd för det lagfästa borgenärsskyddet vilar på osäker grund. Såsom bakgrund ges i avsnitt 2 en kortare översikt över ABLs borgenärsskyddsregler. I avsnitt 3 följer sedan en närmare diskussion av reglernas förmodade funktion och ändamål. Avsnitt 4 innehåller slutligen, såsom illustration av de tolkningssvårigheter som kan uppkomma, en sammanfattande beskrivning av värdebestämningproblematiken vid sakutdelning.

2. ABLs borgenärsskydd — en översikt

Det brukar skiljas mellan aktiebolagsrättsliga minoritetsskyddsregler och aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddsregler. Skillnaden dem emellan är att minoritetsskyddsreglerna är dispositiva såtillvida att de kan åsidosättas med samtliga aktieägares samtycke, medan borgenärsskyddsreglerna är tvingande och således inte kan åsidosättas ens om samtliga aktieägare är överens därom. Till minoritetsskyddskategorin brukar hänföras bl. a. regler som tar sikte på formerna för bolagsorganens beslutsfattande. Även den s. k. likhetsprincipen och otillbörlighetsreglerna i ABL 8:13 och 9:16 ABL tillhör kategorin minoritetsskyddsregler. Till borgenärsskyddskategorin brukar hänföras främst sådana regler som syftar till att skapa garantier för att en bolagsförmögenhet verkligen skapas vid bolagets bildande samt att bolagsförmögenheten såvitt möjligt inte försvinner under bolagets verksamhet.² Endast borgenärsaspekterna diskuteras i det följande.

Något förenklat kan ABLs borgenärsskyddskomplex liknas vid tre sammanhängande moduler: ABLs regler om *tillskottsplikt* vid bolagets bildande och vid senare kapitalökning, ABLs *begränsningar i bolagets rätt att disponera* över tillskjutet eller upparbetat kapital och ABLs regler om *tvångslikvidation*. En närmare genomgång av borgenärsskyddsreglerna ger intrycket, att lagstiftaren brottats med att söka åstadkomma en lämplig balans mellan aktieägarnas

² Se t. ex. Lindskog i JT 1992-93 s. 84 f., Andersson i SvJT 1993 s. 576 ff. och Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 353.

intressen på den ena sidan och bolagsborgenärernas intressen på den andra. Resultatet är som regel en kompromisslösning, som inte sällan framstår som tämligen urvattnad.

2.1 Tillskottsplikt

ABLs regler om tillskottsplikt vid bolagets bildande och vid senare kapitalökning är tämligen okontroversiella. Den bakomliggande tanken är här att det kapital som bolaget utåt skyltar med också skall ha tillförts bolaget. ABL föreskriver därför att bolaget vid *bildandet* skall ha tillförts egendom som svarar mot aktiekapitalet (jfr ABL 2:2).³ Som regel sker detta genom kontant insättning på räkning som stiftarna öppnat för sådant ändamål hos svenskt bankinstitut (ABL 2:9, 2 st. 2 mom. och ABL 2:12, 1 st.).⁴ Det förekommer emellertid även att aktietecknare likviderar sina aktier genom att tillskjuta annan egendom än pengar. Härvid räcker det inte att den s. k. apportegendomen tillförts bolaget, utan garantier måste skapas att den tillskjutna egendomen inte upptagits till ett för högt värde (jfr ABL 2:2). Särskild betydelse i det hänseendet har naturligtvis kravet på yttrande från auktoriserad eller godkänd revisor. Av yttrandet skall det framgå bl. a. att apportegendomen i stiftelseurkunden ej åsatts högre värde än det verkliga värdet för bolaget och att egendomen är eller kan antas vara till nytta för bolagets verksamhet (ABL 2:9, 2 st. 4 mom.).⁵

I princip gör sig samma hänsyn gällande vid *nyemission* som vid teckning i samband med bolagets bildande. Borgenärsskyddsregler liknande de ovan beskrivna är därför tillämpliga även vid nyemission (se t. ex. ABL 4:1, 3 st., 4:6 och 4:11). Några viktiga undantag

³ Aktiekapitalet kan sättas till fast belopp, men kan även vara variabelt inom ramen för i bolagsordningen angivet minimi- och maximikapital (jfr ABL 2:4, 1 st. 4 mom.). Ett variabelt aktiekapital har den fördelen att bolagsordningen inte behöver ändras (med det särskilda minoritetsskydd som därvid gäller) i händelse kapitalet ökas eller minskas inom den således angivna ramen. Betydelsen härav kommer emellertid att minska. I samband med den pågående EU-anpassningen av svensk lagstiftning har aktiebolagskommittén i ett delbetänkande (SOU 1992:83) föreslagit att det i ABL intas en bestämmelse att bolagsstämman beslut om nedsättning av aktiekapitalet, i andra fall än som avses i ABL 6:8, skall fattas med en majoritet motsvarande vad som krävs för en ändring av bolagsordningen enligt ABL 9:14 (dvs. beslutet måste ha biträts av aktieägare med två tredjedelar av såväl de avgivna rösterna som de vid stämman företrädde aktierna). SOU 1992:83 s. 157 f. och s. 293 ff.

⁴ Detta är den enda tillåtna vägen för betalning av tillskottskapital i pengar. Således får aktietecknaren inte fullgöra sin betalning genom att kvitta en motfordran hos bolaget (ABL 2:10, 1 st.). Vidare får bolaget inte tillgodogöra sig sin fordran mot aktietecknaren genom att överlåta eller pantsätta fordringen (ABL 2:10, 2 st.). För att registrering av bolaget skall få ske måste hela beloppet som skall betalas i pengar ha betalats på nämnda vis, vilket skall intygas av bankinstitutet ifråga i särskild handling som bifogas registreringsansökan (ABL 2:9, 2 st. 2 mom. och 4 mom.).

⁵ Aktiebolagskommittén har i det tidigare nämnda delbetänkandet föreslagit att det i ABL intas en bestämmelse att revisorn i yttrandet även skall beskriva apportegendomen och ange vilken metod som använts vid egendomens värdering. Revisorn skall i yttrandet även anmärka särskilda värderingsvårigheter. SOU 1992:83 s. 148 och s. 257.

förtjänar emellertid att omnämnas. Ett sådant är att vid nyemission i aktiemarknadsbolag aktier får tecknas till underkurs, förutsatt att mellanskillnaden (skillnaden mellan vad som skall betalas för de nya aktierna och deras sammanlagda nominella belopp) tillförs aktiekapitalet genom en överföring från bolagets egna kapital i övrigt eller genom uppskrivning av värdet av anläggningstillgångar (ABL 4:1, 4 st.).⁶ Vidare gäller att kvittning av skuld på grund av aktieteckning mot fordran hos bolaget får ske om bestämmelser härom upptagits i beslutet om nyemission eller, beträffande bolag vars bundna egna kapital före emissionen uppgår till minst en miljon kr (större bolag), om detta medgivits av styrelsen (ABL 4:11).⁷ Slutligen förutsätts för registrering av kapitalökning i större bolag endast att hälften av det belopp som skall betalas i pengar för de i den registrerade kapitalökningen ingående aktierna har inbetalats (ABL 4:12, 1 st. 3 mom.).⁸

Vid *fondemission* tillförs bolaget varken pengar eller andra tillgångar. I stället sker en fondemission genom en överföring till aktiekapital från utdelningsbart fritt eget kapital (jfr ABL 12:2) eller från uppskrivningsfond eller reservfond eller direkt genom en uppskrivning av anläggningstillgångs värde (ABL 4:16). Vid överföring från fritt eget kapital binds ytterligare medel i bolaget och borgenärernas ställning förbättras därför i motsvarande mån. I övriga fall sker emellertid inte någon ytterligare kapitalbindning och fondemission används på det sättet främst för att, vid en utdelningshöjning i absoluta tal, åstadkomma en i procent räknat oförändrad utdelningsnivå.⁹ Fondemission är således en ren bokföringsåtgärd och från borgenärssynpunkt gör sig vid sådan emission därför inte samma skyddshänsyn gällande som vid nyemission. Däremot är det naturligtvis av vikt att det överförda beloppet motsvarar summan av de nya aktiernas nominella belopp eller den

⁶ Bakgrunden till undantaget för underkursemission är att det för ett marknadsnoterat bolag skulle vara svårt att placera nyemitterade aktier på marknaden till parikurs om den aktuella kursen på bolagets aktier vid det tillfället noteras under eller kring pari. Jfr prop. 1975:103 s. 222 ff.

⁷ Tanken bakom kvittningsundantaget vid nyemission synes vara att sådan kvittning som regel har en positiv inverkan på bolagets ekonomiska ställning och bolagsborgenärernas intressen och att åtgärden därför inte är till skada för bolagets borgenärer. Genom kvittningen *överförs* nämligen i bolagets räkenskaper upptaget främmande kapital till bundet eget kapital (jfr ökning av aktiekapitalet genom konvertering av skuldebrev). Jfr emellertid Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 55 f. och Grosskopf, Aktiebolagens finansieringsformer, s. 29 beträffande frågan när kvittning kan vara till skada för bolaget och dess borgenärer.

⁸ Vid kontantemission skall full betalning erläggas inom sex månader från registreringen av nyemissionen (ABL 4:13, 1 st.). Apportegendom skall emellertid alltid vara tillförd bolaget innan anmälan om registrering av emissionen görs (ABL 4:12, 1 st. 4 mom.).

⁹ Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 70 f.

sammanlagda höjningen av aktiernas nominella belopp. En bestämmelse härom återfinns därför i ABL 4:1, 3 st.

ABLs krav på ett minsta aktiekapital om 50 000 kr gäller samtliga aktiebolag.¹⁰ Nyligen konstaterades i aktiebolagskommitténs delbetänkande (SOU 1992:83) att drygt 75% av samtliga svenska aktiebolag bedrivs med ett aktiekapital som exakt motsvarar ABLs minimikrav.¹¹ Mot bakgrund härav kan det frågas om tillskottsplikten idag egentligen har någon större betydelse. Att bolagets borgenärer skulle fästa någon avgörande vikt vid att ett tillskott av den storleken faktiskt företagits framstår som tämligen osannolikt. Och som påpekats finns det i större bolag, i allt fall vid nyemission, visst utrymme att uppskjuta slutbetalningen av de nyemitterade aktierna. Tillskottsplikten kan emellertid förväntas få förnyad aktualitet i samband med den svenska bolagsrättens anpassning till EU:s direktiv. I aktiebolagskommitténs nämnda delbetänkande föreslås att den anpassningen förenas med en reform av innebörd att även den svenska lagstiftningen tillhandahåller två alternativ för den som önskar bedriva verksamhet i aktiebolagsform. För s. k. publika aktiebolag föreslår kommittén att aktiekapitalet måste utgöra minst en miljon kr, medan det måste uppgå till minst 100 000 kr i s. k. privata aktiebolag.¹²

2.2 Begränsningar i dispositionsrätten

ABLs begränsningar i bolagets rätt att disponera över tillskjutet eller upparbetat kapital utgör otvivelaktigt den viktigaste byggstenen i lagens borgenärsskyddskomplex. Tanken är här att det en gång tillskjutna eller eljest i bolaget bundna kapitalet inte får återbetalas till aktieägarna utan att bolagets fordringsägare beretts tillfälle att motsätta sig åtgärden och att bolagets övriga medel får utdelas endast om bolagets nettoförmögenhet efter utdelningen åtminstone motsvarar det kapital som bundits i bolaget.¹³ Utöver de begränsningar som uppställts till skydd för bolagets bundna kapital har lagstiftaren uttryckligen förbjudit vissa dispositioner *oavsett* om dessa lämnar det bundna kapitalet intakt. Härvid är ABLs förbud för bolag att förvärva egna aktier och det först 1973 införda låneförbudet av särskilt intresse.

¹⁰ Med hänsyn till verksamhetens art uppställs för vissa bolag högre krav i särskild lag. Således skall t. ex. finansbolag drivas med ett aktiekapital om minst fem miljoner kr (5 § finansbolagslagen; 1988:606).

¹¹ SOU 1992:83 s. 125 f.

¹² SOU 1992:83 s. 124 ff.

¹³ Med bundet eget kapital avses aktiekapital, reservfond och uppskrivningsfond (ABL 11:7, 2 st.).

Återbetalning av bundet kapital kommer ifråga främst vid nedsättning av bolagets aktiekapital (eller reservfonden enligt ABL 12:4, 3 st. 3 mom.) och vid utskiftning i anledning av bolagets likvidation.¹⁴ ABL uppställer i det sammanhanget en rad begränsningar till skydd för bolagets borgenärer. Således föreskrivs att nedsättning av aktiekapitalet för återbetalning till aktieägarna eller avsättning till fria fonder endast får ske om det därefter finns full täckning för det bundna egna kapitalet (ABL 6:1, 2 st.).¹⁵ Vidare får sådant nedsättningsbeslut inte verkställas utan rättens tillstånd, såvida inte samtidigt bolaget genom nyemission tillförs ett belopp svarande mot nedsättningsbeloppet (ABL 6:6, 1 st.).¹⁶ Det åligger härvid rätten att efter ansökan kalla bolagets borgenärer (såväl kända som okända), och borgenärer som inom den förelagda tidsfristen bestrider bolagets nedsättningsansökan har rätt till omedelbar betalning eller betryggande säkerhet (ABL 6:6, 3 st. och 4 st.).¹⁷ Ett viktigt undantag från de nämnda reglerna förtjänar här att omnämnas. Det kan i bolag som enligt bolagsordningen har variabelt aktiekapital i densamma intas *förbehåll* att aktiekapitalet kan nedsättas genom inlösen av aktier, vilket förbehåll skall ange ordningen för inlösen och inlösningsbeloppet eller grunderna

¹⁴ En nedsättning av bolagets aktiekapital får ske för avsättning till reservfond eller omedelbar täckning av förlust enligt fastställd balansräkning (om förlusten inte kan täckas av fritt eget kapital), återbetalning till aktieägarna och avsättning till fria fonder (ABL 6:1, 1 st.). Endast sådan nedsättning som sker med återbetalning eller avsättning till fria fonder ger emellertid upphov till betänkligheter från borgenärsskyddssynpunkt.

¹⁵ Beräkningen därav sker enligt balansräkning för *nästföregående* räkenskapsår, om denna fastställs vid stämman, och annars på grundval av *sådan* balansräkning, styrelsens redogörelse för därefter inträffade väsentliga händelser och revisorernas yttrande över styrelsens redogörelse (ABL 6:1, 2 st.). Eftersom den s.k. allmänna försiktighetsregeln i ABL 12:2, 2 st. inte är tillämplig vid en nedsättning av aktiekapitalet, måste *erforderliga justeringar* göras i den tidigare balansräkningen med hänsyn till styrelsens redogörelse eller revisorernas yttrande. Jfr prop. 1975:103 s. 360.

¹⁶ Nedsättning av aktiekapitalet förekommer ofta i samband med bolagsrekonstruktioner. Således kan ett likvidationspliktigt bolag rekonstrueras bl.a. genom att bolaget nyemitterar aktier. Eftersom bolaget saknar full täckning för aktiekapitalet måste *antingen* emissionen ske till överkurs (vilket är opraktiskt såvida inte samtliga aktieägare deltar i nyemissionen i proportion till vars och ens aktieinnehav) *eller* aktiekapitalet först nedsättas och det därigenom frigjorda beloppet användas för täckning av den ackumulerade förlusten. Se närmare avsnitt 2.3. Avsikten kan emellertid även vara att i samband med rekonstruktion av bolaget genomföra en *maktförskjutning* mellan gamla och nytillkommande aktieägare. Bolaget kan genom att nedsätta aktiekapitalet (med återbetalning till aktieägarna) underlätta för nytillkommande aktieägare att vid en i samband därmed företagen riktad nyemission förvärva majoriteten i bolaget. Jfr prop. 1975:103 s. 215.

¹⁷ Såsom borgenär räknas i sammanhanget den som har en gentemot bolaget *ensidig* rätt till prestation (jfr ABL 6:6, 5 st.). Borgenärens anspråk får således inte vara beroende av att han fullgör en motprestation. Härmed undantas leverantörer, kunder och arbetstagare försåvida inte ömsesidigheten i förhållandet med bolaget bortfallit. Se Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 97. Aktiebolagskommittén har i sitt tidigare nämnda delbetänkande föreslagit att endast fordran på lön eller pension med förmånsrätt enligt 12 § eller 13 § förmånsrättslagen (1970:979) skall undantas. SOU 1992:83 s. 159 och s. 298 f.

för dess beräkning (ABL 6:8, 1 st.). Har sådant förbehåll intagits in bolagsordningen kan aktier som emitterats efter det att förbehållet

registrerats inlösas utan rättens tillstånd.¹⁸ Den huvudsakliga begränsningen till skydd för bolagets borgenärer är att det efter nedsättningen måste finnas full täckning för det bundna egna kapitalet, vilket skall beräknas på grundval av fastställd balansräkning för nästföregående räkenskapsår (ABL 6:8, 3 st.). Ytterligare en begränsning gäller vid inlösen av fondaktier. Om fondemission ägt rum efter det att inlösenförbehållet intogs i bolagsordningen, får inlösen av fondaktie ske först när tre år förflutit från registreringen av emissionen (ABL 6:8, 2 st.).¹⁹

Även ABL:s bestämmelser om utskiftning i anledning av *bolagets likvidation* innefattar begränsningar till skydd för bolagets borgenärer. Således föreskrivs att bolagets likvidatorer skall kalla bolagets borgenärer (såväl kända som okända) (ABL 13:10). Vidare stipuleras att utskiftning till aktieägarna av bolagets behållna tillgångar får ske endast när all veterlig gäld blivit betald och erforderliga medel innehållits för tvistig gäld eller gäld som ej förfallit till betalning (ABL 13:13, 1 st.). Ett aktiebolag kan komma att upplösas även genom *fusion*. Med undantag för vissa skadeståndsanspråk övertar det övertagande bolaget genom fusionen det överlåtande bolagets samtliga tillgångar och skulder (ABL 14:5, 3 st.). Lagstiftaren har härvid sett sig nödsakad skydda det *överlåtande* bolagets borgenärer. Således föreskrivs t. ex. att *det bolagets* borgenärer skall kallas innan fusionsavtalet kan verkställas och att borgenär som begär det har rätt till full betalning eller betryggande säkerhet (ABL 14:4 med hänvisning till ABL 6:6, 3–5 st.). Fusionen kan emellertid även vara till nackdel för det *övertagande* bolagets borgenärer, t. ex. om det övertagande bolaget har en betydligt starkare ekonomisk ställning än det överlåtande bolaget. Det övertagande bolagets borgenärer har emellertid inte någon rätt att höras i sammanhanget, än mindre någon rätt att kräva full betalning eller betryggande säkerhet. Det bör emellertid noteras att aktiebolagskommittén i sitt tidigare nämnda delbetänkande föreslår, att även borgenärerna i det övertagande bolaget skall kallas och ha rätt till betalning eller betryggande säkerhet om

¹⁸ Aktiebolagskommittén föreslår i sitt delbetänkande (SOU 1992:83) en ändring härvidlag. Enligt förslaget skall rättens tillstånd vara obehövligt endast om nedsättningen genomförs genom inlösen med ett sammanlagt belopp som inte överstiger det fria egna kapitalet beräknat på grundval av fastställd balansräkning för nästföregående räkenskapsår och ett belopp som motsvarar nedsättningsbeloppet avsäts till reservfonden. SOU 1992:83 s. 159 och s. 304 ff.

¹⁹ Bakgrunden är att bolaget annars genom fondemission skulle kunna överföra medel från reservfond till aktiekapital (jfr ABL 12:4, 3 st. 2 mom.) och omedelbart därefter nedsätta aktiekapitalet genom inlösen av fondaktierna enligt det i bolagsordningen intagna förbehållet. Jfr prop. 1975:103 s. 364 f.

revisorerna i fusionsplanen uttalat att fusionen medför fara för att det bolaget inte skall kunna fullgöra sina förpliktelser.²⁰

I praxis och doktrin är det ABLs *vinstutdelningsregler* som har rönt störst uppmärksamhet. Reglerna är till sin utformning relativt enkla, men är förenade med en hel del tillämpningsproblem. Således föreskrivs att vinstutdelning inte får överstiga vad som i fastställd balansräkning och, i fråga om moderbolag, i fastställd koncernbalansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som nettovinst för året, balanserad vinst och fria fonder med avdrag för redovisad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital (ABL 12:2, 1 st.). Detta kan kanske något enklare uttryckas så, att det efter utdelningen på balansräkningens aktivsida måste återfinnas redovisade tillgångar som gör det möjligt att på balansräkningens passivsida redovisa bolagets skulder, bolagets aktiekapital med oförändrat belopp samt posterna reservfond och uppskrivningsfond efter stipulerade avsättningar. Uppgifterna i bolagets fastställda balansräkning blir således avgörande för vad som kan utdelas till aktieägarna och förekomsten av s. k. dolda reserver inskränker således utdelningskapaciteten i motsvarande mån.²¹ Inte heller under utdelningsåret uppkommen vinst påverkar utdelningsutrymmet enligt ABL 12:2, 1 st. Vidare kan enligt den s. k. *allmänna försiktighetsregeln* vinstutdelning inte ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed (ABL 12:2, 2 st.). Innebörden härav är inte helt klar, men säkert är att bolagsspecifika förhållanden måste få en avgörande betydelse vid tillämpningen.²² Slutligen uppställer ABL vissa begränsningar vad gäller vinstutdelning efter det att aktiekapitalet nedsatts (jfr ABL 6:5).

Lagtextens lydelse till trots avses inte endast utbetalning i pengar. Det torde förhålla sig så, att *varje värdefrånhandlande disposition* kan komma att omfattas av de i ABL 12:2 intagna begränsningarna. Om bolaget t. ex. eftergivit en fordran mot aktieägare,

²⁰ SOU 1992:83 s. 336. Det är svårt att se varför borgenärerna i det överlåtande skall ha en mer skyddad ställning än borgenärerna i det övertagande bolaget.

²¹ En fråga som därvid ägnats betydande uppmärksamhet är huruvida dolda reserver skall beaktas vid värdebestämningen av sakvärden (t. ex. fastigheter och värdepapper) som utdelas till aktieägarna eller eljest frånhands bolaget. Frågan belyses översiktligt i avsnitt 4.

²² I samband med frågan om bolagens kapitalförsörjning uttalade departementschefen att det inte går att uppställa någon allmängiltig princip för relationerna mellan eget och främmande kapital (prop. 1975:103 s. 218). På liknande sätt är bolagens likviditetssituation i stor utsträckning branschberoende eller bolagsspecifik. Det torde därför vara svårt att påvisa någon god affärssed i sammanhanget. Jfr Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 88 f. och Kedner & Roos, a. a. s. 230.

åtagit sig betalningsansvar för aktieägares gäld eller helt enkelt av aktieägare förvärvat egendom till överpris eller till denne avyttrat egendom till underpris kan dispositionen vara att betrakta som "utbetalning" i ABLs mening.²³ I det följande används termen "kapitalanvändning" för att beteckna varje värdefrånhandlande disposition som inte är att hänföra till utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid bolagets likvidation (jfr ABL 12:1).²⁴ ABLs vinstutdelningsregler riktar sig endast mot aktieägarna, men har ansetts *analogt* tillämpliga vid kapitalanvändning till förmån för tredje man.²⁵

Kapitalanvändning i strid mot ABLs ovan beskrivna regler är ogiltig. Innebörden härav är att mottagaren, försåvida han inte hade skälig anledning anta att dispositionen utgjorde laglig *vinstutdelning*, måste återbära vad han erhållit eller den del som överstiger vad han lagligen ägt uppbära (ABL 12:5, 1 st.). Då fråga inte är om utbetalning utan annan rättshandling (bolaget har t. ex. åtagit sig betalningsansvar för en skuld) torde återbäringsplikten innebära att rättshandlingen helt eller delvis återgår.²⁶ Det bör noteras

²³ Däremot omfattas naturligtvis inte marknadsmässiga avtal med aktieägarna (t. ex. om köp eller anställning). Se prop. 1975:103 s. 475. Se även Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 108 f. och Kedner & Roos, a. a. s. 222. Jfr emellertid Nerep (Svensk Skattetidning 1993 s. 353 f.) som synes mena, att det förhållandet att en "blandad transaktion" sker med aktieägare, bolagsledningen eller annan bolaget närstående skulle vara en *indikation* på att den är delvis vederlagsfri. Jag är inte övertygad om att det synsättet är riktigt.

²⁴ Jfr Lindskog i JT 1992-93 s. 84 f. och Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 354. Såsom kapitalanvändning avses emellertid inte en kommersiellt betingad transaktion som visar sig vara oförmånlig för bolaget. Det torde förutsättas att det föreligger ett sådant missförhållande mellan utfästelserna på ömse sidor, att det är *uppenbart* att transaktionen delvis har egenskap av gåva. Jfr Kedner & Roos, a. a. s. 224 f. ABL 12:6 lämnar visst utrymme för gåvor med allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål.

²⁵ Jfr Kedner & Roos, a. a. s. 224 f., Lindskog i SvJT 1992 s. 83 ff. och Posselius m. fl., a. a. s. 19. Då fråga är om kapitalanvändning till förmån för tredje man (jfr not 24) torde dispositionen i många fall kunna angripas med stöd av ABL 8:13-14 och ABL 9:16-17 såsom stridande mot bolagsverksamhetens syfte. Sådana dispositioner blir naturligtvis giltiga om samtliga aktieägare samtycker därtill. Samtycke har emellertid verkan endast inom ramen för aktieägarnas dispositionsrätt över bolagets kapital. Detta innebär att kapitalanvändningen måste rymmas inom utdelningsbart belopp. Kapitalanvändning till förmån för tredje man torde i undantagsfall kunna vara förenlig med bolagsverksamhetens syfte. Det är t. ex. inte givet, att det är företagsekonomiskt oförsvarbart för ett moderbolag att lämna kapitaltillskott till ett insolvent dotterbolag. Likväl torde det ofta vara fråga om kapitalanvändning, eftersom tillskottet sällan leder till en motsvarande värdeökning av moderbolagets aktier i dotterbolaget. Detsamma gäller antagligen även vid andra kapitaltillskott om dotterbolaget inte är helägt och övriga aktieägare inte tillskjuter ett belopp som står i proportion till deras aktieinnehav.

²⁶ Jfr Lindskog som synes mena att ABL 12:5, 1 st. (såvitt avser återbäringsplikten) egentligen är överflödigt (SvJT 1992 s. 87). Enligt Lindskog saknar bolagsorganen vid varje disposition som innebär olovlig kapitalanvändning erforderlig befogenhet. Vid betydande värdediskrepans mellan bolagets och medkontrahentens respektive prestationer torde den senare som regel knappast vara i god tro beträffande befogenhetsöverskridandet. Enligt Lindskog kan dispositionen därför i allmänhet angripas med stöd av ABL 8:14. Det stadgandet är emellertid en minoritetsskyddsregel och den däri uttryckta sanktionen torde därför i praktiken vara ointressant när bolaget endast har en

att detta gäller även om den olovliga kapitalanvändningen inte förorsakat borgenärerna någon skada.²⁷ Talan om återbäring enligt ABL 12:5 förs för *bolagets räkning* av dess ställföreträdare. I mindre bolag (där kanske samtliga aktieägare samtyckt till åtgärden) kan det därför förväntas att regeln kommer att göras gällande främst av konkursförvaltaren i bolagets konkurs. Även efter ett ägarskifte kan emellertid sådan talan förekomma.²⁸ De som medverkat till beslutet om kapitalanvändningen eller verkställande därav, eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning, kan komma att ådra sig visst bristtäckningsansvar (ABL 12:5, 2 st.).²⁹

Utöver de begränsningar som uppställts till skydd för tillskjutet eller eljest bundet kapital har lagstiftaren, som påpekats, uttryckligen förbjudit aktiebolag att förvärva eller som pant motta *egen aktie*. Dotterbolag får ej heller förvärva eller som pant motta aktie i moderbolaget (ABL 7:1, 1 st.). Det kan noteras att förbudet gäller även om transaktionen inte inkräktar på bolagets bundna kapital. Vissa undantag, vilka här inte närmare skall diskuteras, medges

aktieägare eller när bolaget har få aktieägare som samtyckt till åtgärden. Jfr Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 353.

²⁷ Se prop. 1975:103 s. 484.

²⁸ Med hänvisning till NJA 1935 s. 357 brukar det emellertid anföras, att den som förvärvat aktierna i ett aktiebolag *med kännedom* om att de förra ägarna olovligen tillgodogjort sig ett belopp från bolaget, torde vara förhindrad att låta bolaget återkräva detta belopp. Jfr t. ex. Kedner & Roos, a. a. s. 254. Det bör noteras att HD i det fallet överhuvud inte företog någon bedömning av huruvida ett av aktiesäljarna tidigare gjort kapitaluttag utgjorde *olovlig* kapitalanvändning. I stället rörde frågan huruvida aktieägarna var återbetalningsskyldiga *antingen* på grund av att uttaget inte skett i enlighet med de för vinstutdelning gällande formerna *eller* på grund av att uttaget var att betrakta som ett lån från bolaget (bl. a. hade uttagsbeloppet i bolagets redovisning upptagits som en fordran). Eftersom aktieägarna vid tillfället för kapitaluttaget ägde *samtliga* aktier i bolaget konstaterades, att en på formerna för vinstutdelning grundad återbetalningsskyldighet inte förelåg. Inte heller hade det enligt HD visats att aktieägarna gentemot bolaget *åtagit* sig betalningsansvar. Även om rättsfallet knappast utgör något starkt stöd för antagandet att senare ägare med kännedom skulle vara förhindrade att låta bolaget återkräva olovlig kapitalanvändning föreligger det *sakligt starka skäl* för en sådan lösning. Det torde nämligen mellan säljaren och köparen i allmänhet vara underförstått (i den mån säljaren överhuvud känner till att köparen har kunskap om den olovliga kapitalanvändningen) att något återkrav inte skall göras gällande efter köpet. Under sådana förhållanden torde möjligheten till återkrav inte ha påverkat köpeskillingen. Detsamma gäller i och för sig även för de fall köparen överhuvud inte har kännedom om den olovliga kapitalanvändningen. Kanske bör köparen därför *även i det fallet* vara avskuren från att låta bolaget göra återkrav gällande för att därigenom åstadkomma en vid köpet icke avsedd nedsättning av köpeskillingen. Annorlunda förhåller det sig sannolikt om de säljande aktieägarna upptagit ett lån från bolaget (det bortses här från låneförbudet i ABL 12:7). Normalt räknar väl köparen med att ett sådant lån skall återbetalas, särskilt om det i bolagets räkenskaper redovisats som en fordran. Som senare påpekas utgör ett lån emellertid kapitalanvändning endast om låntagaren *vid lånetillfället* inte var betalningsduktig för beloppet ifråga. Under sådana förhållanden framstår även ett eventuellt återkrav som mindre värdefullt (förutsatt att låntagarna inte därefter hamnat på grön kvist).

²⁹ Beträffande hithörande frågor, se Lindskog i SvJT 1992 s. 81 ff.

emellertid i sammanhanget.³⁰ Vidare har lagstiftaren uppställt ett generellt förbud för aktiebolag att lämna *penninglån* till aktieägare, styrelseledamot, verkställande direktör eller andra bolaget närstående (ABL 12:7).³¹ Det generella låneförbudet har flera viktiga undantag, däribland lån till andra bolag inom samma koncern och vissa kommersiellt betingade lån avsedda för låntagarens rörelse (ABL 12:7, 2 st. 2 mom. och 3 mom.). Vidare har i ABL intagits ett särskilt förbud för aktiebolag att lämna penninglån för att låntagaren eller honom närstående fysisk eller juridisk person skall kunna köpa aktier i bolaget eller annat bolag i samma koncern (ABL 12:7, 3 st.). Det särskilda låneförbudet är absolut, såtillvida att de tidigare nämnda undantagen inte gäller i sammanhanget.³² Skattemyndigheten kan emellertid efter ansökan medge dispens (ABL 12:8), varvid dispensmöjligheterna är särskilt goda vid generationsskiften i mindre bolag.³³ Det bör framhållas att låneförbudet är straffsanktionerat, men att ett lån som lämnats i strid mot förbudet inte blir civilrättsligt ogiltigt. Sådantillvida skiljer sig således sanktionerna vid olovlig kapitalanvändning från sanktionerna vid överträdelse av låneförbudet.³⁴ Kanske kan det därför vara av betydelse huruvida dispositionen betecknas som lån eller kapitalanvändning.

Det uppställdes i 1944 års lagstiftning inga begränsningar vad gäller lån till bolaget närstående. Om låntagaren vid lånetillfället brast i betalningsförmåga betraktades emellertid i rättspraxis lånet

³⁰ Således utgör förbudet inte hinder för bolaget att vid övertagande av affärsrörelse förvärva däri ingående aktie, att efter rättens åläggande inlösa aktier enligt ABL 13:3 eller att på auktion inropa för bolagets fordran utmätt aktie (ABL 7:1, 2 st.). I dessa undantagsfall gäller emellertid att förvärvad aktie, om den ej indragits genom nedsättning av aktiekapitalet, skall avyttras så snart det kan ske utan förlust (ABL 7:1, 2 st.). Aktier som förvärvats vid övertagande av affärsrörelse skall emellertid avyttras senast två år efter förvärvet, såvida ej bolaget får tillstånd att behålla dem under längre tid (ABL 7:1, 2 st.). Egna aktier skall i balansräkningen upptas såsom tillgång utan värde (ABL 11:7, 4 st.).

³¹ Förbudet avser endast penninglån och torde därför inte omfatta sedvanliga varukrediter eller förskott på lön, i allt fall inte om förskottet kan väntas täckt av kommande löneuttag och slutregleras senast vid räkenskapsårets slut. Jfr prop. 1973:93 s. 133. Mera osäkert är läget vid förskottsutdelning. Beträffande hithörande frågor, se t. ex. Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 370 ff. och Grosskopf, Vinstbolag (1989), s. 29. Lagstiftaren har likställt ställande av säkerhet med lämnande av penninglån (ABL 12:7, 5 st.).

³² Ett undantag från det särskilda låneförbudet gäller emellertid under vissa förutsättningar för mindre lån till anställda i bolaget eller i annat bolag i samma koncern (ABL 12:7, 4 st.).

³³ I övriga fall krävs för dispens att synnerliga skäl föreligger och dispensmöjligheterna skall således tillämpas mycket restriktivt, med särskilt beaktande av att lånemöjligheterna inte får utnyttjas i skatteflyktssyfte. Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 121 f. och Kedner & Roos, a. a. s. 277.

³⁴ Prop. 1975:103 s. 496. Jfr NJA 1976 s. 618 (särskilt s. 624) och NJA 1980 s. 311 (särskilt s. 318). Se även Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 124 och Kedner & Roos, a. a. s. 274 f. Det bör noteras att straffansvar även kan komma ifråga vid olovlig kapitalanvändning enligt brottsbalkens regler om brott mot borgenär, företrädesvis oredlighetsbrottet. Se härom Löfmarck, Kommentar till Brottsbalken I (5:e uppl. 1987), s. 637 f.

som en vederlagsfri utbetalning och därför lovlig endast om motsvarande belopp rymdes inom utdelningsbart belopp.³⁵ Med hänsyn till undantagen från låneförbudet, särskilt undantaget för koncernlån, och med tanke på att en överträdelse av förbudet inte medför civilrättslig ogiltighet är frågan i vad mån ett lån utgör olovlig kapitalanvändning fortfarande av betydelse. Frågan har fått förnyad aktualitet i anledning av de många skal- eller vinstbolagsaffärerna under 1980-talet. Trots att låntagarens *betalningsförmåga* är av avgörande betydelse för frågan om lånet skall anses utgöra kapitalanvändning, har varken praxis eller doktrin tagit slutlig ställning till huruvida prövningen innefattar en bedömning av låntagarens *solvens* och/eller en bedömning av hans *sufficiens*. Inte heller är det klart huruvida prövningen avser betalningsförmågan *vid tidpunkten för lånet* eller därmed avses en *vid den tidpunkten* företagen bedömning av låntagarens *framtida* betalningsförmåga. Med tanke på att prövningen avser att fastställa huruvida en *värdeöverföring* skett från bolaget till låntagaren, förefaller det rimligt att vid bedömningen beakta *samtliga* förhållanden som kan tänkas påverka fordringens värde. Härvid intar naturligtvis låntagarens *solvens vid lånetillfället* en central plats. Även en *vid den tidpunkten* företagen bedömning av låntagarens *förväntade framtida* solvens under fordringens löptid torde emellertid vara av betydelse i sammanhanget. Förekommande säkerheter som lämnats för lånet bör också beaktas, liksom låntagarens *aktuella och förväntade framtida* sufficiens (i allt fall om solvensbedömningen ger anledning till reservationer). En öppen fråga är emellertid om låntagarens aktieinnehav i det långivande bolaget skall medräknas vid bedömningen.³⁶ Eftersom bolagets ställning i låntagarens eventuella konkurs påverkas av förekommande panter och andra säkerhetsrätter till förmån för låntagarens övriga borgenärer, kan det bli aktuellt att även företa en bedömning härav.³⁷

³⁵ Jfr t. ex. NJA 1951 s. 6 (I och II), NJA 1966 s. 475, NJA 1976 s. 618 och NJA 1990 s. 343.

³⁶ NJA 1951 s. 6 brukar ibland läggas till grund för antagandet att aktierna i det långivande bolaget inte får medräknas såsom tillgång vid bedömningen av låntagarens betalningsförmåga. Se t. ex. Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 113. Detta förefaller vara en rimlig ståndpunkt om låntagaren eljest inte är betalningsduktig och fordringen mot låntagaren utgör det långivande bolagets huvudsakliga tillgång. Under sådana förhållanden torde ju aktierna i princip sakna värde. I övriga fall saknas det efter min mening anledning att bortse från aktierna såsom tillgång vid bedömningen av låntagarens betalningsförmåga, i allt fall om låntagaren kan tillgodogöra sig värdet genom en överlåtelse av aktierna. Jfr Lindskog i SvJT 1992 s. 94 och Posselius m. fl., a. a. s. 60.

³⁷ Visst stöd för en *sammantagen* prövning av angivet slag står att finna i NJA 1990 s. 343 (refererat av Müllern i JT 1990-91 s. 85 ff.). Kanske är det också en sådan prövning som avses med vissa i den juridiska litteraturen föga klagörande uttalanden, såsom att låntagaren vid lånetillfället "inte var god för återbetalning" av beloppet (Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 113) och att låntagarens ekonomi vid det tillfället är sådan att "återbetalning inte kan påräknas" (Kedner & Roos, a. a. s. 223). Se även Lindskog i JT 1992-93 s.

Även om det generella låneförbudet inte är tillämpligt i många praktiskt viktiga fall (t. ex. vid koncernöverföringar) och ABLs kapitalanvändningsregler därför sätter gränserna för vad som skall anses tillåtligt, kan det konstateras att det särskilda låneförbudet har självständig betydelse även i dessa fall. Det förbudet träffar nämligen även lån som skulle ha varit lovliga enligt något undantag från det generella låneförbudet om det inte hade lämnats *i syfte att* låntagaren skulle förvärva aktier i bolaget. Ett dotterbolag kan således inte lämna ett lån till sitt moderbolag i avsikt att moderbolaget skall förvärva ytterligare aktier i dotterbolaget eller annat bolag inom samma koncern, men väl i syfte att hjälpa moderbolaget att betala en skuld som det bolaget ådragit sig på grund av ett *redan gjort förvärv* av aktier.³⁸ Gränsdragningen häremellan kan i praktiken vara svår att dra och det är efter min mening inte helt lätt att finna principiellt hållbara skäl till stöd därför. Ett möjligt skäl skulle kunna vara att låntagaren i det förra fallet inte visat någon egen finansieringsförmåga. Men det kan ju vara fallet även när lånet lämnats för annat ändamål och således är tillåtligt enligt koncernundantaget från låneförbudet. Det kan frågas om inte kapitalanvändningsreglerna borde vara tillräckliga i sammanhanget. Om låntagaren nämligen är betalningsduktig torde borgenärernas intressen inte ha trätts förnär. Och är låntagaren inte betalningsduktig är det *under alla förhållanden* fråga om kapitalanvändning (lovlig eller olovlig beroende på om lånet ryms inom utdelningsbart belopp), oavsett det ändamål för vilket lånet lämnats.

2.3 Tvångslikvidation

ABL kan naturligtvis inte förhindra att verksamhet i aktiebolagsform bedrivs med förlust. Däremot har lagstiftaren ansett att verksamheten inte bör fortsätta om det saknas täckning för det tillskjutna kapitalet. Styrelsen har härvid utsetts till brandvakt och lagstiftaren har i ABLs regler om tvångslikvidation (ABL 13:2), bl. a. med hjälp av sanktioner i form av personligt betalningsansvar, sökt skapa incitament för styrelsen att kontinuerligt övervaka bolagets finansiella ställning och slå larm för den händelse bolaget skulle sakna täckning för åtminstone hälften av aktiekapitalet. Tvångslikvidationsreglerna ålägger styrelsen att, under särskilt angivna för-

98 not 56. Jfr emellertid Grosskopf som synes mena att bedömningen bör vara begränsad till låntagarens solvens vid låntetillfället (Grosskopf, Vinstbolag, s. 47).

³⁸ Detta torde i allt fall gälla om lånet utgjort ett led i seriös kreditgivning och långivaren således stått en reell kreditrisk. Se härom Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 118 f. och Grosskopf, Vinstbolag, s. 35 ff.

utsättningar, *upprätta* kontrollbalansräkning, till bolagsstämman *hänskjuta* frågan om bolaget skall träda i likvidation och hos rätten *ansöka* att bolaget försätts i likvidation.³⁹ Det materiella innehållet har varit föremål för diskussion i annat sammanhang och det saknas därför anledning att här ytterligare bidra till den diskussionen.⁴⁰

Aktieägarna kan undgå tvångslikvidation genom en reell rekonstruktion av bolaget. En rekonstruktionsmöjlighet är att bolaget *nyemitterar aktier till överkurs*. Överkursen måste här vara så stor, att den täcker hela underskottet i bolagets aktiekapital.⁴¹ En annan rekonstruktionsmöjlighet är att genom ett s. k. *kapitaltillskott* öka bolagets nettobehållning.⁴² Kapitaltillskott kan t. ex. ske genom inbetalning av pengar, eftergift av fordran och/eller tillförsel av sakvärden (om tillgångarna är till nytta i bolagets verksamhet). Tillkottet torde även kunna fullgöras genom att tillskottsgivaren förklarar sig betalningsskyldig gentemot bolaget för tillskottsbeloppet (s. k. kapitaltäckningsgaranti), förutsatt att tillskottsgivaren vid det tillfället är betalningsduktig.⁴³ Avgörande i samman-

³⁹ Det kan emellertid vara motiverat att inte upprätta kontrollbalansräkning om det *ostridigt* och med *mycket god marginal* föreligger dolda övervärden som täcker *bristen*. Detsamma gäller om bolaget erhållit en av solvent part lämnad bindande utfästelse om kapitaltillskott. Jfr FARs utkast till rekommendation angående kontrollbalansräkning (1992). Balansräkningen skall upprättas enligt vanliga regler, men med den skillnaden att det inom linjen skall upptas den kapitalökning som skulle följa om bolagets tillgångar redovisades till försäljningsvärdet med avdrag för uppskattade försäljningskostnader (ABL 13:2, 3 st.). Jfr angående värderingen i kontrollbalansräkning även Gometz i Balans 6-7/87 s. 42 ff., Löfgren i Balans 10/84 s. 40 ff. och Posselius m. fl., a. a. s. 89 ff. Den bakomliggande tanken är att avskilja fall då det saknas ekonomisk grund för tvångslikvidation därför att bolaget har betydande dolda reserver (prop. 1975:103 s. 501).

⁴⁰ Se t. ex. Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 80 ff., Kedner & Roos, a. a. s. 283 ff. och Posselius m. fl., a. a. s. 75 ff.

⁴¹ Nyemission till överkurs begränsas emellertid i praktiken till fall då samtliga aktieägare deltar i emissionen i proportion till vars och ens aktieinnehav. Anledningen är naturligtvis att en nyemission till pari- eller överkurs, i ett läge då bolaget saknar full täckning för aktiekapitalet, kan medföra en förmögenhetsöverföring från de nya aktieägarna till de gamla aktieägare som inte deltar i emissionen. Innan en nyemission således företas, måste som regel aktiekapitalet nedsättas och det därigenom frigjorda beloppet användas för täckning av den ackumulerade förlusten (jfr ABL 6:1, 1 st. 1 mom.).

⁴² Beträffande hithörande frågor, se även Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 75 ff., densamme i Balans 2/81 s. 19 ff., Rodhe & Grosskopf i Balans 10/86 s. 6 ff., Gometz i Balans 6-7/87 s. 44 ff. och Lindskog i JT 1992-93 s. 827 ff. Se även uttalande (nr 10) av FARs Redovisningskommitté om villkorligt aktieägartillskott och villkorade skulder (1985), publicerat i Balans 10/85. Den skattemässiga behandlingen av kapitaltillskott har beskrivits av Grosskopf i en rad artiklar i bl.a. tidskriften Skattenytt (t. ex. 11/84 s. 459 ff., 8-9/85 s. 305 ff., 1/88 s. 34 f. och 3/93 s. 116 f.).

⁴³ Rodhe i Balans 2/81 s. 20 f., Gometz i Balans 6-7/87 s. 47 f. och Lindskog i JT 1992-93 s. 842 ff. I NJA 1988 s. 620 uttalade HD även att det saknar betydelse huruvida kapitaltillskott sker kontant eller i form av utfästelse från solvent givare. Det kan frågas om inte givaren bör vara solvent även när tillskottet sker kontant, eftersom återvinning möjligen annars kan ske (i allt fall om transaktionen delvis har vederlagsfri karaktär).

hanget är emellertid att tillskottet utformas så att skuldföring inte behöver ske.

Ett ovillkorat tillskott är inte förenat med något slags rätt till återbetalning (annat än den rätt till andel i bolagets tillgångar som följer med själva aktierätten) och tillskottet kan därför i balansräkningen upptas som eget kapital.⁴⁴ Eftersom ett ovillkorat tillskott inte ger tillskottsgivaren någon preferens till återbetalning begränsas emellertid utrymmet för sådana tillskott i praktiken till fall då samtliga aktieägare lämnar ett tillskott som står i proportion till vars och ens aktieinnehav.⁴⁵ Ett villkorat tillskott är däremot förenat med något slags förbehåll om återbetalning. Skuldföring torde emellertid kunna undvikas om villkoret utformas så, att framtida återbetalning kan ske endast ur disponibla vinstmedel enligt fastställd balansräkning. Ett sådant villkor anses inte på förhand binda bolaget och tillskottsgivarens rätt till återbetalning är därför beroende av att bolagsstämman beslutar om återbetalning.⁴⁶ Om återbetalning således är knuten till de begränsningar som följer av ABLs vinstutdelningsregler torde tillskottet kunna föras till eget kapital i bolagets balansräkning.⁴⁷

Bortsett från reella rekonstruktionsåtgärder av angivet slag kan aktieägarna även undgå likvidationsplikten genom rena bokföringsåtgärder. Således kan de välja att *nedsätta aktiekapitalet* för omedelbar täckning av förlusten (ABL 6:1, 1st.) utan därefter följande nyemission. Eftersom sådan nedsättning sker utan återbetalning till aktieägarna eller avsättning till fritt eget kapital behöver rättens tillstånd ej sökas och bolagets borgenärer har således inte någon på ABL grundad rätt att erhålla full betalning eller eljest betryggande säkerhet för sina fordringar (jfr ABL 6:6). Det skydd som bolagets borgenärer åtnjuter inskränker sig således till

⁴⁴ Rodhe i Balans 2/81 s. 19 ff. och Kedner & Roos, a. a. s. 287.

⁴⁵ Jfr Kedner & Roos, a. a. s. 286. Om inte samtliga aktieägare lämnar ett tillskott som står i proportion till vars och ens aktieinnehav medför det ovillkorliga tillskottet en förmögenhetsöverföring till de aktieägare som inte deltar eller vars tillskott är proportionellt mindre. Detsamma gäller om tillskottet lämnas av någon som inte är aktieägare. Tillskottet kan i sådant fall föranleda att bolaget gåvobeskattas. Se NJA 1980 s. 642 (I och II) och Grosskopf i Skattenytt 7/81 s. 318 ff.

⁴⁶ Jfr NJA 1988 s. 620. HD synes här ha varit av uppfattningen, att ett normalt villkor vid kapitaltillskott är en fråga mellan tillskottsgivaren och aktieägarna. Det villkorade kapitaltillskottet skulle kanske därför kunna karakteriseras som innefattande två fristående dispositioner: ett i förhållande till bolaget ovillkorat tillskott och ett mellan tillskottsgivaren på den ena sidan och (de övriga) aktieägarna på den andra sidan träffat avtal av innebörd att tillskottsgivaren har rätt att intill visst belopp uppbära utdelningar enligt ABLs vinstutdelningsregler. Se härom Lindskog i JT 1992-93 s. 833 f.

⁴⁷ Beträffande den redovisningsmässiga behandlingen av kapitaltillskott, se t. ex. Rodhe i Balans 2/81 s. 19 f., Rodhe & Grosskopf i Balans 10/86 s. 6 ff., Gometz i Balans 6-7/87 s. 45 ff. och Posselius m. fl., a. a. s. 81 f. Se även uttalande (nr 10) av FARs Redovisningskommitté om villkorligt aktieägartillskott och villkorade skulder (1985).

att vinstutdelning under en treårsperiod från registrering av nedläggningen får beslutas endast med rättens tillstånd (ABL 6:5).

Möjligheten att genom rena bokföringsåtgärder undgå likvidationsplikten aktualiserar naturligtvis frågan om ABLs regler om tvångslikvidation fyller någon egentlig funktion.⁴⁸ Vidare kan det frågas om reglerna skapar de rätta förutsättningarna för att på ett tidigt stadium upptäcka och åtgärda förekommande kapitalbrist. Som påpekats bedriver drygt 75% av samtliga svenska aktiebolag verksamhet med ett aktiekapital som exakt motsvarar ABLs minimikrav. Mot bakgrund härav och med hänsyn till att likvidationsplikten knutits till bolagets aktiekapital, kan det förmodas att insolvens i många fall inträffar först. Det sagda finner visst stöd i praktiken, där de senaste årens många konkurser som regel inte föregåtts av att styrelsen upprättat kontrollbalansräkning. Den tidsfrist som medgivits för rekonstruktion (åtta månader från det att styrelsen till bolagsstämman hänskjutit frågan om bolaget skall träda i likvidation), särskilt med hänsyn till det begränsade kapital med vilket många aktiebolag bedriver verksamhet, är ofta tillräckligt lång för att bolaget dessförinnan skall ha kommit på obestånd. Slutligen kan det frågas om en insufficiensanknuten bedömning överhuvud är relevant i sammanhanget. Om tvångslikvidationsreglernas huvudsakliga ändamål är att tjäna som varningssignal för kommande betalningssvårigheter torde en likviditetsbaserad bedömning vara att föredra. Svårigheten är här naturligtvis att uppställa allmängiltiga principer för relationen mellan likvida tillgångar och kortfristiga skulder. Antagligen skulle lagstiftaren därför vara tvingad att överge ambitionen att lagstadga på området.⁴⁹ Den tanken är emellertid inte särskilt långsökt, i synnerhet inte om blicken riktas utanför landets gränser. Regler om tvångslikvidation torde härvid endast undantagsvis kunna påträffas.

3. Borgenärsskyddets funktion

ABLs borgenärsskyddsregler har fått betydande uppmärksamhet i den juridiska litteraturen, men kanske huvudsakligen i redovisningsinriktade framställningar av olika slag. Den diskussion som därvid förts har som regel varit tillämpningsinriktad, dvs. avsikten har varit att utröna hur gällande lagstiftning på det aktuella området skall tillämpas. Någon mer övergripande principiell diskussion

⁴⁸ Tvångslikvidationsreglerna har ifrågasatts. Se t. ex. Edgren i Balans 9/84 s. 20 f. och Posselius i Balans 4/89 s. 57.

⁴⁹ Det kan emellertid noteras att brottsbalkens borgenärsbrott är solvensanknutna. Således krävs att obestånd eller, i vissa fall, påtaglig fara för obestånd förelåg när den straffsanktionerade åtgärden företogs. Se härom Löfmarck, a. a. s. 629 ff.

av borgenärsskyddets närmare funktion har däremot, mig veterligen, inte företagits. Detta är märkligt, särskilt mot bakgrund av att borgenärsskyddsreglernas praktiska betydelse i vissa hänseenden kan ifrågasättas (t. ex. tillskottsplikten och reglerna om tvångslikvidation).

Det förekommer i ABLs förarbeten och i litteraturen en hel del uttalanden om borgenärsskyddsreglernas förmodade funktion. Således brukar det sägas att det bundna kapitalets primära syfte är att tjäna som *säkerhet* för bolagets fordringsägare.⁵⁰ Aktieägarnas begränsade ansvar för bolagets förpliktelser (jfr ABL 1:1, 1 st.) åberopas härvid återkommande som ett skäl till stöd för ett lagstadgat borgenärsskydd.⁵¹ ABLs borgenärsskyddsregler skulle således *ersätta delägarnas personliga ansvar* för bolagets förpliktelser och därvid utgöra det "pris" aktieägarna får betala för att bedriva verksamhet i aktiebolagsform. I något fall har det t. o. m. sagts att borgenärsskyddsreglernas egentliga funktion inte nödvändigtvis är att skydda borgenärerna utan snarare måste reglerna finnas till *för bolagets (dvs. aktieägarnas) egen skull*, eftersom utan dessa regler bolaget skulle ha svårt att få kredit. Ju strängare lagstiftaren är mot bolagen desto lättare blir det för dem att få kredit, och strängheten kommer alltså i längden aktieägarna själva tillgodo.⁵² Slutligen uttalade departementschefen, i samband med frågan om obligatorisk avsättning till reservfond, att bestämmelserna syftar till att skapa garantier för att en konsolidering sker inom företagen. Att så sker, framhölls det, är av vikt inte bara för aktieägarna utan även för *löntagarna och samhället* i stort.⁵³

Mer ingående än så är diskussionen emellertid sällan. Det kan kanske därför vara av intresse att i det följande något närmare undersöka borgenärsskyddsreglernas förmodade funktion och ändamål.

3.1 Skyddsbehovet

Det är underförstått i ABLs borgenärsskyddsregler att det föreligger ett behov av att "skydda" bolagets borgenärer. Tanken vilar på

⁵⁰ Se t. ex. prop. 1975:103 s. 100, 202, 210, 213 och 214, Kedner & Roos, a. a. s. 220 och Posselius m. fl., a. a. s. 11.

⁵¹ Se t. ex. prop. 1975:103 s. 103, 204 och 475, Kedner & Roos, a. a. s. 222 och Posselius m. fl., a. a. s. 11.

⁵² Rodhe, Aktiebolagsrätt, s. 21 f.

⁵³ Prop. 1975:103 s. 211. En grundläggande svaghet med den påbjudna avsättningen till reservfonden är att den är knuten till aktiekapitalets storlek. Aktiekapitalet bestäms ju av bolagen själva och står inte nödvändigtvis i någon relation till bolagets konsolideringsbehov. Vidare kan aktier emitteras till sådan överkurs att reservfonden omedelbart uppgår till 20 % av aktiekapitalet. Ett sådant bolags konsolideringsbehov är emellertid inte mindre än för ett bolag som bestämmer aktiernas nominella belopp till det belopp som motsvarar vad bolaget erhåller för dem (se prop. 1975:103 s. 102).

antagandet att bolagsborgenärerna inte genom avtal eller på annat sätt själva på ett tillfredsställande sätt kan tillvarata sina intressen. De skulle således behöva en lagstadgad "garanti" att bolaget vid bildandet tillförs egendom som svarar mot aktiekapitalet (jfr reglerna om tillskottsplikt), att det tillskjutna kapitalet inte återbetalas till aktieägarna utan borgenärernas samtycke eller eljest äventyras (jfr reglerna om kapitalanvändning och låneförbud) och att verksamheten inte fortsätter om det saknas betryggande täckning för det tillskjutna kapitalet (jfr reglerna om tvångslikvidation).

Tanken att ett lagstadgat borgenärsskydd i ABLs tappning utgör en nödvändig förutsättning för ett välfungerande näringsliv kan emellertid ifrågasättas. Det är nämligen inte uppenbart att bolagsborgenärerna i allmänhet *saknar möjlighet* att genom avtal med bolaget eller på annat sätt reglera sina mellanhavanden eller att de generellt *saknar förmåga* att riktigt bedöma de risker som är förenade med deras anspråk mot bolaget. Endast om ettdera villkoret är uppfyllt torde det kunna sägas att det föreligger ett genuint skyddsbehov. Det kan ju annars generellt antas att bolagsborgenärerna *ex ante* får full kompensation för de risker som är förenade med bolagets verksamhet och att aktieägarnas begränsade ansvar för bolagets förpliktelser därför inte föranleder s. k. externa effekter av någon betydelse.⁵⁴

Trots att det i ABL intagits tvingande regler till skydd för aktiebolagets borgenärer kan det med intresse noteras att *ABL och dess förarbeten* i flera avseenden speglar en marknadsbaserad syn där utgångspunkten synes vara att berörda parter själva kan bedöma och reglera sina mellanhavanden. Således uppställs i ABL inget krav på att särskild riskfylld verksamhet måste bedrivas med ett högre aktiekapital än det i lagen stipulerade minimikapitalet på 50 000 kr (ABL 1:1, 2 st.).⁵⁵ Lagstiftaren har således ansett att bolagets blivande borgenärer, genom att aktiekapitalet måste redovisas offentligt, *kan pröva risken* för att de kan få otillräcklig säkerhet för sina fordringar.⁵⁶ Liknande resonemang ligger bakom det

⁵⁴ I den ekonomiska teorin brukar med s.k. externa effekter förstås sådana biverkningar av produktions- eller konsumtionsaktiviteter som inte beaktas i marknadsekonomin. Miljöförstöring är ett uppmärksammat exempel på sådana biverkningar. Om ett bolag använder råvaror och/eller produktionsprocesser som medför skadliga utsläpp i luft eller vattendrag, kan de som på annat sätt utnyttjar dessa naturresurser (t. ex. närliggande rekreationsanläggningar) påverkas. Biverkningarna är externa i den meningen att de inte prissätts på marknaden och därför helt eller delvis nonchaleras i bolagets beslutsprocess. Det kan därför vara nödvändigt att vidta regleringar eller andra korrigerande åtgärder för att samhällsekonomisk effektivitet skall kunna uppnås. Se härom Bohm, *Samhällsekonomisk effektivitet* (1977), s. 46 ff.

⁵⁵ Som påpekats uppställs emellertid högre kapitalkrav i särskild lag. Jfr not 10.

⁵⁶ Anser en kreditgivare att bolagets egna kapital är för litet i förhållande till dess främmande kapital kan krediter till bolaget komma att vägras eller kompenseras med

tidigare nämnda undantaget från kravet på rättens tillstånd vid nedsättning av bolagets aktiekapital enligt förbehåll i bolagsordningen (ABL 6:8)⁵⁷ och möjligheten att nedsätta aktiekapitalet för att täcka uppkommen förlust och därvid undvika tvångslikvidation (ABL 6:1, 1 st. 1 mom.).⁵⁸

Det kanske viktigaste tecknet på en marknadsbaserad syn är emellertid att ABLs borgenärsskyddsregler lämnar en rad förhållanden av väsentlig betydelse för bolagets borgenärer *oreglerade*. I allt väsentligt saknas det i ABL regler som "skyddar" bolagets aktuella borgenärer mot att bolaget genom olika förfaranden *ex post* ökar de med verksamheten förenade riskerna på ett sätt som inte förutsatts. Detta kan ske t. ex. genom att bolaget ändrar inriktning på sin verksamhet och investerar i mer riskfyllda projekt än tidigare eller att det ökar sin skuldsättningsgrad.⁵⁹ Även om svårigheten att på området uppställa allmängiltiga principer antagligen varit en för lagstiftaren avhållande faktor (kanske snarare än en aktiv tro på marknadsaktörernas förmåga att själva reglera sina mellanhavanden), kvarstår emellertid att borgenärerna här utan lagstiftarens aktiva stöd själva tvingas värna om sina intressen. I praktiken är därför de metoder som härvidlag står borgenärerna till buds av vida större betydelse än ABLs borgenärsskyddsregler.

Bolagets *leverantörer* har som regel goda möjligheter att skydda sina intressen. Således förekommer ofta att investeringsvaror säljs med *återtagandeförbehåll*.⁶⁰ Sådana förbehåll anses sakrättsligt giltiga

högre ränta (jfr prop. 1975:103 s. 218). I många fall avkrävs bolaget även säkerheter av olika slag, t. ex. fastighetspant eller företagshypotek.

⁵⁷ Prop. 1975:103 s. 214 och 364.

⁵⁸ I anslutning härtill framhöll departementschefen, att bolaget efter nedsättningen utåt redovisar ett mycket mindre aktiekapital än vad det tidigare har gjort, att den säkerhet för fordringsägarna som aktiekapitalet är avsett att utgöra därför minskat betydligt i värde, vilket måste redovisas offentligt, och att detta givetvis har betydelse både för bolagets aktuella fordringsägare och för personer som avser att träda i förbindelse med bolaget. Se prop. 1975:103 s. 218. Till skillnad mot personer som avser att träda i förbindelse med bolaget är det svårt att se hur bolagets aktuella borgenärer kan anpassa sig till de förändrade förhållandena, försåvida de inte genom avtal förbehållit sig rätten att kräva omedelbar betalning om säkerheten (t. ex. aktiekapitalet) inte längre är tillfredsställande.

⁵⁹ Ett bolags skuldsättningsgrad brukar definieras som relationen mellan skulder och eget kapital. Ju högre skuldsättningsgraden är, desto större effekt får en given förändring av bolagets rörelseresultat på räntabiliteten på eget kapital. Ett bolag med hög skuldsättningsgrad är därför generellt känsligare för konjunktursvängningar och andra marknadsbetingade förändringar än bolag med låg skuldsättningsgrad. Den risk som är förenad med aktieäggande och kreditgivning är således generellt större i det förra fallet än i det senare. Se Johansson, Företagets lönsamhet, finansiering och tillväxt (1983), s. 23 ff.

⁶⁰ Således innefattar t. ex. NL 92 (allmänna leveransbestämmelser för maskiner samt annan mekanisk/elektronisk utrustning) ett sådant förbehåll. Vidare är det vid större beställningsarbeten vanligt att säljaren avkräver köparen förskottsbetalning och/eller säkerhet för betalning.

enligt svensk rätt.⁶¹ Visserligen kan egendom som omfattas av återtagandeförbehåll utmätas (UB 5:5), men egendomen får säljas endast om köpeskillingen förslår till betalning av leverantörens fordran eller denne lämnar sitt samtycke till att försäljning sker med förbehåll för hans rätt (UB 9:10). Vid kundens konkurs innebär leverantörens separationsrätt att återtaganderätten kan utövas, om inte konkursboet inträder i avtalet enligt 63 § köplagen (1990:931). Det är i praktiken mycket vanligt förkommande att leverantören för att frigöra kapital refinansierar avbetalningskontraktet, varvid en bank eller ett finansbolag övertar leverantörens fordring och förvärvar rätten enligt återtagandeförbehållet för säkerställande av den övertagna fordringen. En alternativ finansieringsform är *finansiell leasing*. Leverantören förhandlar här som regel med kunden om pris, leveransvillkor och installation av utrustningen. Därefter inträder finansiären, ofta ett finansbolag, och övertar rollen som köpare. Finansbolaget hyr sedan ut utrustningen ifråga till kunden enligt ett leaseavtal som normalt omfattar utrustningens ekonomiska livslängd.⁶² Förutsatt att affärstransaktionen lagts upp på ett riktigt sätt, har finansbolaget sakrättsligt skydd vid utmätning hos kunden eller i händelse av dennes konkurs.⁶³

Vid försäljning av omsättningsvaror står varken återtagandeförbehåll eller finansiell leasing till buds.⁶⁴ I praktiken förekommer det därför ibland att leverantören söker skydda sina intressen genom att överlämna varorna till kunden för försäljning i *kommision*. Kommittenten (leverantören) är enligt 53 § kommissionslagen (1914:45) fortfarande ägare till de överlämnade varorna och har separationsrätt vid utmätning eller konkurs hos kommissionären (kunden). Gränsdragningen mellan försäljningskommission

⁶¹ Såsom förutsättning för sakrättslig verkan gäller, att förbehållet uppställts senast samtidigt med avlämnandet av varan och att köparen inte tillåts förfoga över varan genom konsumtion, försäljning eller väsentlig bearbetning förrän betalning skett. Vidare kan ett i och för sig giltigt återtagandeförbehåll förlora sin sakrättsliga verkan om föremålet under vissa förutsättningar infogas i fast egendom (jfr JB 2:5) eller i annan lös egendom (som i förhållande till det infogade framstår som huvudsaken). Se Håstad, Sakrätt (1986), s. 158 ff. med rättsfallshänvisningar.

⁶² Leaseavtalet kan som regel inte sägas upp från leasingkundens sida och i princip heller inte från finansiärens sida så länge leasingkunden fullgör sina förpliktelser enligt avtalet. Summan av de leasingavgifter som leasingkunden erlägger ger finansiären ersättning för räntekostnader, administration, risk och vinst samt medger avskrivning av hela eller större delen av leasingobjektets anskaffningsvärde. Jfr RSV Rapport 1985:8.

⁶³ Det är för sakrättslig verkan av avgörande betydelse att leasingkunden inte först köpt och fått egendomen i sin besittning, varefter denna sedan överläts till finansiären som samtidigt hyr ut egendomen till leasingkunden (s.k. sale and lease back). I ett sådant fall uppnår finansiären sakrättsligt skydd endast om föreskrifterna i lösöreköplagen (1845:50) iakttagits. Jfr Håstad, Sakrätt, s. 140.

⁶⁴ Jfr Håstad i SvJT 1988 s. 227 ff.

på den ena sidan och försäljning i fast räkning (överlåtelse till kunden) på den andra blir således av avgörande betydelse för frågan om leverantören har sakrättsligt skydd.⁶⁵ Det är därför inte särskilt förvånande att kommissionsupplägget ger upphov till en hel del tvister. Även utan kommissionslagens skydd är emellertid leverantörens riskexponering ofta relativt begränsad. Således är ofta fråga om mycket *korta krediter*, vanligen 10 till 30 dagar efter fakturering, på relativt *begränsade belopp*. Det är vidare vanligt att leverantören och kunden har ett *etablerat kundförhållande* och att den förre därför är relativt väl förtrogen med kundens betalningsförmåga. Härtill kommer att kunden i leveransvillkoren ofta erbjuds viss rabatt vid tidig betalning. Om kunden inte utnyttjar erbjudandet bör detta i många fall uppfattas som en *varningssignal* att han kan komma att hamna i betalningssvårigheter.

Även *banker och andra institutionella kreditgivare* har goda möjligheter att skydda sina intressen. Som regel uppställer kreditgivaren såsom villkor att låntagaren lämnar *betryggande säkerhet* för krediten.⁶⁶ Säkerheten består vanligen av fastighetspant, företagshypotek eller panträtt i annan lös egendom (vanligen marknadsnoterade värdepapper). Är låntagaren ett dotterbolag i en koncern, tvingas ofta moderbolaget gå i borgen för den lämnade krediten eller genom s. k. konsolideringsgaranti eller liknande åtagande förbinda sig att i form av aktieägartillskott eller förlagslån tillskjuta visst belopp i händelse av nedgång i dotterbolagets konsolideringsgrad.⁶⁷ Endast om den kan anses obehövlig eller om det annars föreligger särskilda skäl kan bank lämna kredit utan säkerhet (blancokredit). Detta är som regel fallet endast då större och väl-etablerade bolag uppträder som låntagare. Även i dessa fall föregås kreditgivningen som regel av en relativt noggrann *kreditbedömning*. Bedömningen innefattar ofta en allsidig genomgång av låntagarens verksamhet i avsikt att närmare söka identifiera de faktorer som kan tänkas påverka hans betalningsförmåga. Vidare förbehåller sig kreditgivaren i avtalet ofta *rätten att säga upp krediten* till omedelbar betalning om låntagaren inte fullgjort sina

⁶⁵ Beträffande gränsdragningen, se t. ex. Håstad, Sakrätt, s. 138 f.

⁶⁶ Jfr bankrörelselagens (1987:617) krav på *betryggande säkerhet* i fast eller lös egendom eller i form av borgen (13 § 1 st.). Det kan noteras att motsvarande krav inte gäller för finansbolag, även om det vid beräkningen av finansbolagets kapitaltäckningsgrad tas viss hänsyn till huruvida bolaget har säkerhet för sina utestående placeringar (jfr 11a–b § lagen (1988:606) om finansbolag).

⁶⁷ Ett sådant åtagande gjordes i samband med rekonstruktionsförsöket avseende Gamlestaden AB i oktober 1990. Åtagandet kom senare att spela en framträdande roll i och med att Gamlestaden påföljande år övertogs av det bankkonsortium som deltagit i det tidigare rekonstruktionsförsöket. Se Nobel Industrier, Gamlestaden, Erik Penser och bankerna, nr 10 i Stockholms fondbörs skriftserie (1992). Jfr Hellner i JT 1992-93 s. 729 ff.

förpliktelser enligt avtalet eller det finns skälig anledning anta att låntagaren inte kommer att fullgöra sina betalningsförpliktelser. Har låntagaren lämnat säkerhet föreskrivs dessutom ofta att kreditgivaren kan säga upp krediten om säkerheten inte längre är betryggande. Även om sådana klausuler i och för sig torde vara civilrättsligt giltiga (i allt fall då låntagaren är näringsidkare), kan det noteras att betalning som skett efter det att kreditgivaren begagnat sig därav kan vara återvinningsbar enligt 4:10 konkurslagen (1987:672) såsom betalning i förtid.⁶⁸

Både leverantören och kreditgivaren träder i förbindelse med bolaget och det föreligger ett i traditionell bemärkelse kontraktsrättsligt förhållande parterna emellan.⁶⁹ Det slutliga avtalet är ofta resultatet av mer eller mindre ingående diskussioner och som regel kan det antas att samtliga parter bidragit till dess närmare utformning. Då bolaget emitterar *skuldebrevsliknande värdepapper för omsättning* på kapitalmarknaden passar emellertid den beskrivna avtalsmodellen mindre bra.⁷⁰ Den som på kreditmarknaden bundit medel i en placering har ju inte deltagit i utformningen av de närmare villkoren för värdepappret ifråga och det saknas som regel möjlighet för den enskilde placeraren att av emittenten påkalla inlösen i förtid ens om det finns skälig anledning anta att denne inte kommer att fullgöra sina betalningsförpliktelser.⁷¹ Betydelsen härav skall emellertid inte överdrivas; det föreligger

⁶⁸ Icke-ordinär betalning kan enligt 4:10 konkurslagen återvinnas om den har gjorts med annat än sedvanliga betalningsmedel, i förtid eller med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Som förtida betalning räknas bl.a. betalning som skett efter att borgenären begagnat sig av klausul om omedelbar återbetalning. Detsamma gäller om borgenären vägrat förlängning av ett lån, om det klart förutsetts att lånet skulle ha förlängts om inte något speciellt inträffar. SOU 1970:75 s. 149 och Walin, Materiell konkursrätt (1987), s. 182 ff. Beträffande återvinning av betalning i förtid, se även NJA 1987 s. 872.

⁶⁹ Det bör framhållas att gränsen mellan kontrakt och utomkontrakt i många fall är flytande. Ett flertal rättsliga tekniker har nämligen begagnats i rättspraxis och inom rättsvetenskapen för att utvidga kontraktsgrensarna och behandla utomkontraktuella situationer som om de vore kontraktsrättsliga. För en allmän översikt, se Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* (1993), s. 97 ff.

⁷⁰ Härvid brukar det skiljas bl.a. mellan certifikat och obligationer. Företagscertifikaten är kortfristiga instrument, ofta med en löptid på allt från en dag upp till två år. Emittenten har härvid avtalat om en totalram med en eller flera s.k. market makers, värdepappersinstitut som förbundet sig att placera certifikaten på penningmarknaden och därefter löpande ställa en sekundärmarknad för instrumenten. Inom den avtalade ramen emitterar sedan bolaget företagscertifikat när kortfristiga kapitalbehov uppstår. Marknadslån med längre löptid, ofta från tre år och uppåt, upptas emellertid på obligationsmarknaden. Se härom Kvist, Nyberg & Wissén, *Penningmarknaden* (1985), s. 67 ff. och Aspling, *Den svenska värdepappersmarknaden* (1993), s. 33 ff.

⁷¹ Det förekommer ibland, särskilt vid internationell obligationsupplåning, att obligationsinnehavarna efter omröstning på särskilt obligationsinnehavarmöte kan förklara lånet förfallet till betalning i förtid (antingen omedelbart eller viss tid efter uppsägning) om särskilda i lånevillkoren angivna händelser inträffar (t. ex. att låntagaren åsidosätter för lånet gällande villkor).

nämligen en rad omständigheter som bidrar till att lindra detta förhållande.

För det första är det huvudsakligen aktiemarknadsbolag som uppträder som emittenter i sammanhanget. Sådana bolag har enligt tillämpligt inregistreringskontrakt/noteringsavtal en långtgående informationsskyldighet till aktiemarknaden (vilket naturligtvis även kommer kreditmarknaden tillgodo).⁷² Det kan därför möjligen antas att marknadsinsyn i berörda bolag generellt sett är relativt god och att marknadsprissättningen av deras värdepapper i stort återspeglar tillgänglig information. Vidare står det den potentielle placeraren fritt att helt enkelt *avstå från att binda* medel i bolagets värdepapper om den förväntade avkastningen inte motsvarar hans avkastningskrav för den risk som enligt hans bedömning placeringen innebär. På motsvarande sätt kan placeraren frigöra medel som bundits genom att *avyttra innehavet*, antingen över börs eller auktoriserad marknadsplats (t. ex. vid noterade konverteringslån) eller till värdepappersinstitut som åtagit sig att agera som market maker för värdepappret ifråga (t. ex. vid företagscertifikat). Det kanske starkaste skyddet för placeraren är emellertid det förhållandet, att bolaget som regel är *beroende av aktie- och kreditmarknaderna* för finansieringen av sin verksamhet. Vidtar bolaget åtgärder som äventyrar placerarnas intressen ligger det nära till hands att anta, att bolaget kommer att stöta på betydande svårigheter vid en senare nyemission eller upplåning.⁷³

Fordringsanspråk som uppkommer på "ofrivillig" väg utgör ett annat exempel på fall då den traditionella avtalsmodellen passar illa. Tanken för väl i det sammanhanget närmast till *utomkontraktuella skadeståndsanspråk*. Det torde som regel stå utom all diskussion att t. ex. den som har ett på produktansvarslagen (1992:18) grundat skadeståndsanspråk gentemot bolaget i allmänhet saknat möjlighet att *ex ante* på ett tillfredsställande sätt skydda sina intressen.⁷⁴

⁷² Kapitalmarknaden brukar uppdelas i två marknadssegment: aktiemarknaden och kreditmarknaden. Den förra utgör marknaden för eget kapital och den senare marknaden för lånat kapital. Kreditmarknaden brukar i sin tur uppdelas i två delmarknader: penningmarknaden och obligationsmarknaden. Den förra utgör marknaden för kortfristigt lånat kapital och den senare marknaden för långfristigt lånat kapital. Se Kvist, Nyberg & Wissén, a. a. s. 12 f.

⁷³ Om bolaget vidtar åtgärder som äventyrar placerarnas intressen kan det vidare antas att den prispress på bolagets aktier som därefter sannolikt följer ökar risken (ur bolagsledningens synvinkel) för att ett fientligt bud kommer att läggas på bolagets aktier. Även denna risk kan tänkas ha viss avhållande verkan i aktiemarknadsbolag.

⁷⁴ Visserligen skulle det kanske kunna sägas att konsumenten hade kunnat avstå från att köpa produkten ifråga eller i stället valt en konkurrerande produkt. Sätillvida har konsumenten haft en valmöjlighet och kanske är det därför inte helt riktigt att karakterisera honom som en "ofrivillig" fordringsägare om produkten senare visar sig ha varit behäftad med säkerhetsbrist. Svårigheten med resonemanget är naturligtvis att den enskilde konsumenten inte alltid är tillräckligt *informerad* för att kunna göra en riskbedömning. Vidare dras produktmarknaderna ofta med sådana imperfektioner, att

Kanske kan det därför tyckas att ABLs borgenärsskyddsregler måste finnas för att skydda denna borgenärskategori. Det förefaller emellertid mindre troligt att borgenärsskyddsreglerna skulle ha detta syfte. Som tidigare påpekats uppställs nämligen inte något krav på att särskild riskfylld verksamhet måste bedrivas med ett högre aktiekapital än det i lagen stipulerade minimikapitalet. Det föreligger således enligt ABL i och för sig inget hinder mot att bedriva verksamhet med ett kapital på 50 000 kr, även om eventuella utomkontraktuella skadeståndsanspråk skulle kunna förväntas vida överstiga detta belopp.⁷⁵ Vidare kretsar i ABLs förarbeten förekommande uttalanden i stort kring borgenärsförhållanden av kontraktsrättslig karaktär.⁷⁶

Samma resonemang är i huvudsak tillämpligt vad gäller *statens anspråk på skatter och allmänna avgifter*. Dessutom är staten generellt en bättre bärare av risk än enskilda borgenärer och har allmän förmånsrätt i bolagsgäldenärens konkurs.⁷⁷ Staten framstår därför under alla förhållanden som mindre skyddsvärd än borgenärskollektivet i stort. Av de skäl som anförts är borgenärsskyddsreglernas funktion inte heller att primärt skydda *anställdas anspråk på lön eller annan ersättning och/eller pension*. Liksom staten åtnjuter anställda vidare allmän förmånsrätt för sina anspråk i bolagets konkurs.⁷⁸ Dessutom framstår det under alla förhållanden som lämpligare att

prisbildningen inte återspeglar förekommande säkerhetsbrister. Konsumenten har under sådana förhållanden inte fått full kompensation för *risken* att den sålda produkten kan vara behäftad med säkerhetsbrist.

⁷⁵ Så kan t. ex. vara fallet om bolaget bedriver särskilt miljöfarlig verksamhet och därvid av misstag släpper ut biologiska gifter som skadar omgivningen (det bortses från att den skadelidande kan åtnjuta visst försäkringsskydd).

⁷⁶ Jfr emellertid departementschefens tidigare nämnda uttalande att obligatorisk avsättning till reservfond och de garantier som därigenom skapas för att en konsolidering sker inom företagen är av vikt inte bara för aktieägarna utan även för *löntagarna och samhället* i stort (prop. 1975:103 s. 211). Det är inte klart vari löntagarnas och samhällets intresse består och inte heller varför lagstiftaren skulle vara bättre än bolagets borgenärer att bedöma konsolideringsbehovet i det enskilda fallet. I ett annat sammanhang uttalade departementschefen nämligen att det inte går att uppställa någon allmängiltig princip för relationerna mellan eget och främmande kapital (prop. 1975:103 s. 218).

⁷⁷ Skatter och allmänna avgifter är enligt 11 § förmånsrättslagen (1970:979) i stor utsträckning förenade med allmän förmånsrätt i konkurs. Den närmare omfattningen av förmånsrätten framgår av lag (1971:1072) om förmånsberättigade skattefordringar m. m. Det förhållandet att staten som regel är en bättre bärare av risk än enskilda borgenärer (och redan av det skälet i allmänhet är mindre skyddsvärd) synes innebära att den allmänna förmånsrätten för skatter och allmänna avgifter är samhällsekonomiskt ineffektiv. För kritiska synpunkter på statens förmånsrätt, se t. ex. Håstad i SvJT 1988 s. 231 och Gregow i Festskrift till Hellner (1985), s. 212 ff. Insolvensutredningen har i sitt slutbetänkande (SOU 1992:113) föreslagit att förmånsrätten för skatter och allmänna avgifter avskaffas.

⁷⁸ Se 12 § och 13 § förmånsrättslagen. Förmånsrätten för lön kan tänkas få ökad betydelse med hänsyn till de begränsningar i den statliga lönegarantin som nyligen genomfördes. Jfr lönegarantilagen (1992:497).

tillgodose anställdas särintressen i speciallagstiftning snarare än genom ABLs mycket allmänt hållna borgenärsskyddsregler.

Det kan således konstateras att de flesta borgenärskategorier i praktiken *regelmässigt vidtar* en rad åtgärder för att skydda sina intressen utöver vad som följer av ABLs borgenärsskyddsregler. En rad olika bidragande orsaker kan anföras som förklaring till att bolagsborgenärerna i så hög grad förlitar sig på säkerheter. Som påpekats åligger det bank *enligt lag* som regel att skaffa sig betryggande säkerhet. Bankers utlåning avser i huvudsak inlånade medel, vilka inte bör få äventyras. Även för andra borgenärskategorier torde den *företrädesrätt* som säkerheten ger i händelse av gäldenärens konkurs stå i förgrunden. Även *förenklade realisationsregler* (jfr panträtt i lös egendom) kan vara av betydelse i sammanhanget. Möjligheten för t. ex. panthavare att i vissa fall kunna realisera panten och skaffa sig täckning ur köpeskillingen utan att hans bakomliggande fordran mot gäldenären blivit fastställd i en exigibel dom har naturligtvis även en viss *påtryckningseffekt*. Har borgenären betryggande säkerhet behöver han vidare inte *övervaka* gäldenären lika aktivt som han antagligen skulle ha gjort om han i stället haft en oprioriterad ställning. Slutligen *blockerar* kreditgivaren andra borgenärer från att skaffa sig säkerhet i tillgången ifråga med högre prioritet (förmånsrätt). Gäldenären kan naturligtvis även i avtal gentemot kreditgivaren förplikta sig att inte upplåta säkerheter till förmån för andra borgenärer (s. k. negativt åtagande). Svagheten härmed är emellertid att kreditgivaren vid förekommande kontraktsbrott antagligen endast har ett ersättningsanspråk för eventuell skada (vilket kan vara svårt att kvantifiera om bolaget fortfarande är solvent) eller en på kreditavtalet grundad rätt att säga upp krediten till omedelbar betalning. Som påpekats kan sådan betalning emellertid komma att återvinnas i gäldenärens därefter inträffade konkurs och kreditgivaren kan under sådana förhållanden endast hoppas att även säkerställandet till förmån för gäldenärens andra borgenärer är återvinningsbart enligt 4:12 konkurslagen.⁷⁹

I de fall bolagsborgenärerna inte betingat sig realsäkerhet framstår det i ABL lagstadgade borgenärsskyddet under alla förhållanden som stelbent och otillräckligt. Således tar t. ex. ABL vid tillåtighetsbedömningen av bolagets kapitalanvändning sin utgångspunkt i vederbörligen fastställd balansräkning för föregående räkenskapsår. Däremot bortses vid bedömningen enligt ABL 12:2, 1 st. helt från balansräkningens närmare utformning. Det tas vid den bedömningen t. ex. ingen hänsyn till om bolagets tillgångar i

⁷⁹ Jfr NJA 1987 s. 320 och Walin, a. a. s. 197 ff.

stor omfattning består av kassamedel eller därmed jämställda tillgångar (t. ex. marknadsnoterade värdepapper) eller om kapitalet är uppbundet i icke-likvida tillgångar (t. ex. fastigheter). På liknade sätt bortses vid den bedömningen från löptiden på bolagets skulder, varför skulder som förfaller inom en vecka jämföras med skulder som förfaller till betalning först om tio år. För bolagets borgenärer är emellertid bolagets likviditetssituation av synnerlig betydelse.

Visserligen uppställer den s. k. allmänna försiktighetsregeln i ABL 12:2, 2 st. begränsningar om kapitalanvändningen med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed. Regeln är emellertid mycket svår att tillämpa, bl. a. på grund av svårigheten att uppställa någon allmängiltig princip för relationerna mellan eget främmande kapital och relationerna mellan kortfristiga tillgångar och kortfristiga skulder.⁸⁰ Dessutom torde den allmänna försiktighetsregeln vara av betydelse endast om bolaget hamnar på obestånd vid en inte alltför avlägsen tidpunkt från kapitalanvändningen ifråga. Visserligen skall frågan om kapitalanvändningen står i strid mot god affärssed bedömas med hänsyn till förhållandena vid tidpunkten då dispositionen företogs. Särskilt med hänsyn till svårigheten att uppställa någon allmängiltig bedömningsstandard måste det i praktiken emellertid svårigen kunna visas att kapitalanvändningen stred mot god affärssed om bolaget därefter under längre tid utan synbara likviditets- eller soliditetsproblem fortsatt verksamheten.

Den kanske viktigaste iakttagelsen är emellertid att bolagsborgenärerna i praktiken har *möjlighet att vidta* en rad åtgärder för att skydda sina intressen även om de i enstaka fall av en eller annan anledning avstår från att göra detta. Även om "ofrivilliga" borgenärer (t. ex. skadeståndsborgenärer och staten) saknar denna möjlighet, finns det inget som tyder på att lagstiftarens tanke med ABLs borgenärsskyddsregler varit att särskilt skydda denna borgenärskategori. Vidare finns det inget som tyder på att bolagsborgenärerna generellt *saknar förmåga* att riktigt bedöma de risker som är förenade med deras anspråk mot bolaget. Snarare finns det empiriskt stöd för att kapitalmarknaden vid prissättningen av upplåning differentierar mellan bolag med god kreditvärdighet och bolag med högre risk. Under alla förhållanden torde marknaden vara bättre ägnad än lagstiftaren att bedöma de risker som kan tänkas förekomma i sammanhanget. Banker och andra institutionella kreditinstitut har särskilt goda möjligheter att bedöma vid kredit-

⁸⁰ Jfr not 22 med hänvisningar.

givning förekommande risker. Sådana institutioner utgör den dominerande finansieringskällan (vid sidan av kundförskott och leverantörskrediter) för mindre och medelstora bolag, där väl i allt fall intuitivt det eventuella "skyddsbehovet" för bolagsborgenärerna är som störst. Mot bakgrund härav framstår ett på "skyddsbehovet" grundat borgenärsskyddskomplex som mindre övertygande och det kan frågas om inte borgenärsskyddsreglernas egentliga funktion måste sökas på annat ställe.

3.2 Omsättningsintresset

I motsats till vad som ofta brukar antas är det som framgått inte alldeles självklart, att ABLs borgenärsskyddsregler är av så avgörande praktisk betydelse för de borgenärskategorier som reglerna i första hand är avsedda att skydda. Som nämnts betingar sig nämligen borgenärerna i många fall säkerhet i form av fastighetspant, företagshypotek eller liknande säkerhetsrätt. Om säkerheten är betryggande ter sig ABLs borgenärsskyddsregler mindre intressanta i sammanhanget. I andra fall avtalar gäldenärsbolaget och borgenärerna ofta om skraddarsydda begränsningar vad gäller bolagets rörelsefrihet. Det ligger därför nära till hands att anta, att bolagsborgenärerna utan större omgång *avtalsvägen* skulle kunna uppnå ett skydd motsvarande det som idag återfinns i ABL, om lagstiftaren i stället hade valt att överhuvud inte lagstifta på området utan helt lämna borgenärsskyddsfrågan till parternas normering. Under sådana förhållanden utgör knappast ABLs borgenärsskyddsregler en *nödvändig förutsättning* för ett tillfredsställande borgenärsskydd. Likväl har lagstiftaren (liksom i många andra länder) uppställt ett lagstadgat skydd till förmån för bolagets borgenärer. Det kan med rätta frågas varför.

ABLs förarbeten ger inte någon som helst ledning härvidlag. Inte heller förekommer någon diskussion i den juridiska litteraturen som närmare belyser frågeställningen. Det har emellertid i amerikansk litteratur under de senaste åren förts en livlig debatt beträffande frågan huruvida bolagslagstiftningen bör vara tvingande eller dispositiv.⁸¹ Fastän den diskussionen naturligtvis inte är tillämplig på svenska förhållanden och dessutom inte särskilt avser borgenärsskyddet som sådant, förekommer där en rad intressanta synpunkter av principiell karaktär som kan sprida visst ljus över den aktuella frågeställningen.

⁸¹ För en representativ och samlad framställning på området, se 89 Col. L. Rev. 1395 (1989). Ett försök att applicera den amerikanska debatten på svenska förhållanden återfinns i Macey, Svensk aktiebolagsrätt i omvandling (1993).

Utgångspunkten för de debattörer som förespråkar en dispositiv bolagsrätt är att aktieägare och andra som kommer i kontakt med bolaget antingen har eller utan omgång kan skaffa sig kännedom om bolagsordningens närmare utformning. I likhet med diskussionen i avsnitt 3.1. har det antagits att dessa grupper i allmänhet står i stånd att på olika sätt skydda sina intressen. Det bolag som t. ex. i bolagsordningen intagit ett för aktieägarna oförmånligt förbehåll får därför räkna med en lägre emissionskurs vid en eventuell nyemission.⁸² På motsvarande sätt får det bolag som i bolagsordningen intagit en för borgenärskollektivet oförmånlig bestämmelse räkna med antingen avtalade begränsningar och/eller högre kapitalkostnader vid upplåning. Bolaget har enligt detta resonemang således ett intresse av att utforma bolagsordningen på ett för bolaget sammantaget så förmånligt sätt som möjligt.⁸³ Enligt detta synsätt utgör bolagsrätten egentligen ett "standardkontrakt" som i det enskilda fallet kan frångås om detta är önskvärt med hänsyn till bolagets verksamhet.

Bakom tanken på bolagsrätten som ett "standardkontrakt" ligger antagandet att förekomsten av lagstadgade bolagsrättsliga regler underlättar avtalsbildningen, eftersom parterna inte i varje enskilt fall behöver *förhandla och dokumentera* de närmare villkoren (naturligtvis under förutsättning att reglernas materiella innehåll motsvarar vad berörda intressenter i *allmänhet* skulle avtalat vid fria förhandlingar). Mot bakgrund av bolagsborgenärernas benägenhet att på *andra sätt* säkerställa sina intressen framstår det emellertid som mindre sannolikt att ABLs borgenärsskyddsregler i dess nuvarande utformning skulle ha någon avgörande betydelse för avtalsbildningen.

Inte heller synes det i ABL lagstadgade borgenärsskyddet i någon nämnvärd utsträckning underlätta för bolagsborgenärerna att *övervaka och genomdriva* ingångna avtal. När betryggande säkerhet betingats framstår, som påpekats, ABLs borgenärsskyddsregler ofta som tämligen ointressanta i sammanhanget. Inte heller när borgenärerna har en oprioriterad ställning torde det i ABL lagstadgade borgenärsskyddet ha någon avgörande betydelse för borgenärernas möjligheter att övervaka

⁸² En lägre emissionskurs innebär vid visst givet finansieringsbehov en ökad utspädning av aktuella aktieägares innehav (försåvida inte samtliga aktieägare deltar i nyemissionen i proportion till vars och ens innehav). Det kan därför antas att ett sådant förbehåll kommer att godkännas av bolagsstämman endast om det förväntas medföra betydande fördelar, t. ex. i form av lägre upplåningskostnader.

⁸³ I ekonomisk litteratur brukar målet sägas vara att att minimera de med finansieringen (eget eller främmande kapital) förenade s. k. agentkostnaderna. Härmed avses bl. a. de incitamentseffekter och övervakningskostnader som följer med en viss kapitalstruktur. Se t. ex. Bjurgren & Skogh (red.), *Företaget* (1989), s. 57 ff. och Macey, a. a. s. 34 ff.

och genomdriva ingångna avtal. Det saknas nämligen anledning anta att ABLs sanktioner i händelse av t. ex. olovlig kapitalanvändning (jfr ABL 12:5) i sammanhanget tillför något av vikt för bolagsborgenärerna *utöver* vad som följer av konkurslagens återvinningsregler.

Som påpekats torde en tillämpning av de i ABL 12:5 intagna sanktionerna för brott mot ABLs kapitalanvändningsregler i praktiken komma ifråga först när bolaget försatts i konkurs. Så länge bolaget är solvent har nämligen bolagsborgenärerna inte någon på den regeln grundad möjlighet att väcka talan om återbäring i händelse av olovlig kapitalanvändning.⁸⁴ Visserligen kan bolagets styrelse och dess verkställande direktör komma att ådra sig skadeståndsskyldighet enligt ABL 15:1 för skada som vållats borgenärerna genom *överträdelse av ABL eller bolagsordningen*.⁸⁵ Detsamma gäller enligt ABL 15:3 för aktieägare som genom att medverka till *överträdelse av ABL eller bolagsordningen* uppsåtligt eller av grov vårdslöshet tillfogat bolagsborgenärerna skada. Eftersom endast överträdelse av ABL eller bolagsordningen (men inte t. ex. åtgärder som endast strider mot av bolaget ingångna avtal) kan ådra bolagsorganen skadeståndsansvar kan det kanske tyckas vara av vikt att borgenärsskyddet (t. ex. ABLs kapitalanvändningsregler) är lagstadgat snarare än avtalsbaserat. Detta är ju emellertid helt och hållet ett resultat av skadeståndsreglernas närmare utformning; i princip kunde ju lagstiftaren ålagt skadeståndsskyldighet även för det fall åtgärder vidtagits i strid med ingångna bolagsavtal om en sådan lösning hade ansetts vara av betydelse för borgenärsskyddet. Vidare kan bolagsborgenärerna ha ett skadeståndsanspråk mot *bolaget* i den mån bolaget brutit mot avtal som ingåtts parterna emellan. Ett sådant anspråk torde som regel ha ett större värde för borgenärerna än ett anspråk mot bolagsorganen, i allt fall om bolaget är

⁸⁴ Talan om återbäring enligt ABL 12:5 förs *för bolagets räkning* av dess ställföreträdare och borgenärerna har således inte någon på den regeln grundad talerätt gentemot bolagets aktieägare eller annan till vars förmån dispositionen företagits. I mindre bolag (där kanske samtliga aktieägare samtyckt till åtgärden) kan det därför förväntas att regeln kommer att göras gällande främst av konkursförvaltaren i bolagets konkurs. Se Kedner & Roos, a. a. s. 254 f.

⁸⁵ Det bör noteras att bolagsorganens skadeståndsansvar *gentemot aktieägare och tredje man* är begränsat till culpösa överträdelser av ABL och bolagsordningen. Även om den i ABL 15:1 intagna lokutionen ”denna lag eller bolagsordningen” synes begränsa ansvaret till överträdelser av ABLs regelsystem, torde även överträdelser av bokföringslagens (1976:125) redovisningsregler omfattas i sammanhanget. Det är möjligt att även överträdelser av andra regler till vilka ABL hänvisar (t. ex. lagen (1987:464) om vissa riktade emissioner i aktiemarknadsbolag m. m.) kan ådra bolagsorganen skadeståndsansvar enligt ABL 15:1. Bolagsorganens skadeståndsansvar *gentemot bolaget* sker emellertid efter en culpabedömning och någon överträdelse av diskuterat slag är således inte någon nödvändig förutsättning för sådant ansvar. För en inträngande diskussion av skadeståndsskyldigheten vid bristande informationsgivning, se Samuelsson, Information och ansvar (1991), s. 245–317.

solvent. Det torde i många fall mellan parterna vara *underförstått* att bolaget kommer att iaktta ABLs borgenärsskyddsregler. Huruvida detta räcker för att ett sådant antagande skall *anses avtalat* är mera osäkert. Om bolaget däremot företagit dispositioner i strid mot ett i avtalet uttryckligt åtagande att iaktta ABLs kapitalanvändningsregler, kan borgenären möjligen ha ett anspråk på skadestånd för avtalsbrott. Det bör emellertid noteras att borgenären i det fallet måste visa att han genom åtgärden lidit skada (vilket kan vara svårt att kvantifiera när gäldenärsbolaget är solvent). Mot bakgrund härav förefaller det således ur bolagsborgenärernas synvinkel vara av mindre betydelse om skyddet är lagstadgat eller avtalsbaserat så länge bolaget är solvent.

Inte heller i bolagets konkurs torde det vara av någon avgörande betydelse huruvida borgenärsskyddet är lagstadgat eller avtalsbaserat. I en konkurssituation är nämligen kapitalanvändningen (vilken definitionsmässigt är av benefik karaktär) många gånger återvinningsbar enligt konkurslagens återvinningsregler. Utan att här i detalj jämföra de i ABL 12:5 intagna sanktionerna vid olovlig kapitalanvändning med återvinningsinstitutet kan det konstateras att ABLs sanktioner synes ha ett vidare tillämpningsområde främst i två avseenden: talan om återbäring enligt ABL 12:5 är inte lika snävt begränsad i tiden som återvinning enligt konkurslagen och det är inget krav för återbäringsplikten att bolagsborgenärerna lidit skada eller att rättshandlingen varit dem till nackdel.

Talan enligt ABL 12:5 skall väckas inom den allmänna preskriptionsfristen, medan återvinning kan ske endast om kapitalanvändningen skett inom den för rättshandlingen ifråga tillämpliga återvinningsfristen.⁸⁶ Fastän återvinningsfristerna generellt förlängdes i samband med 1987 års lagändringar gäller vid benefika dispositioner till förmån för konkursgäldenären närstående (vilket normalt torde omfatta aktieägare i fåmansbolag) en längst återvinningsfrist om tre år.⁸⁷ I bolagets konkurs kan olovlig kapitalanvänd-

⁸⁶ Det bör noteras att aktieägare inte har någon rätt att fordra att ackumulerad vinst som enligt ABL kan utdelas också skall utdelas (jfr emellertid bestämmelse i bolagsordningen som ålägger bolagsstämman att besluta om viss utdelning av sådan vinst och minoritetsaktieägares rätt enligt ABL 12:3 att påfordra utdelning). När bolagsstämman i vederbörlig ordning fattat *beslut* om utdelning torde emellertid aktieägaren ha en *rätt mot bolaget* att lyfta vad som tillkommer honom enligt utdelningsbeslutet. Fastän ABL 12:5 synes utgå från själva utbetalningen och därför inte tillmäter utdelningsbeslutet någon betydelse i sammanhanget, kan det frågas om det inte är beslutet snarare än verkställigheten därav som utgör kapitalanvändning. Betydelsen härav kanske inte skall överdrivas, eftersom utbetalning normalt sker kort tid efter bolagsstämmans beslut. I bolagets konkurs kan det emellertid tänkas vara av viss betydelse huruvida återvinnings-talan avser utdelningsbeslutet enligt 4:6 konkurslagen eller utbetalningen enligt 4:10 konkurslagen.

⁸⁷ Gåva eller annan benefik rättshandling går enligt 4:6 konkurslagen *ovillkorligen* åter om den fullbordats senare än *sex månader* före fristdagen. Har gåvan eller rätts-

ning således komma att angripas med stöd av ABL 12:5 även när konkurslagens återvinningsfrister löpt ut. Det är emellertid osäkert om det förhållandet har någon betydelse för bolagets borgenärer *vid tidpunkten då deras anspråk uppstår* (t. ex. då krediten lämnas). Av naturliga skäl torde endast borgenärer med *långfristiga* anspråk tillmäta den för återgångstalan enligt ABL 12:5 längre fristen någon betydelse i sammanhanget. Som påpekats har sådana borgenärer många gånger säkerheter av olika slag och/eller en i avtalet förbehållen rätt att påkalla omedelbar betalning om låntagaren inte fullgjort sina förpliktelser enligt avtalet (t. ex. om låntagaren företagit en olovlig kapitalanvändning) eller det finns skälig anledning anta att låntagaren inte kommer att fullgöra sina betalningsförpliktelser. Under sådana förhållanden torde möjligheten att även *efter* utgången av konkurslagens återvinningsfrister kunna framställa återkrav mot aktieägare eller andra sakna all praktisk betydelse för de villkor på vilka nämnda borgenärer är beredda att träda i förbindelse med bolaget.

Det föreligger enligt ABL 12:5 en återbäringsplikt för mottagaren även om den olovliga kapitalanvändningen inte förorsakat någon skada för bolagets borgenärer. En allmän förutsättning för återvinning, vilken emellertid inte kommit till uttryck i lagtexten, är att den rättshandling som är i fråga i och för sig varit till *nackdel* för konkursgäldenärens borgenärer eller åtminstone vissa av dem.⁸⁸ Nackdelsrequisitet har i rättspraxis givits en vid innebörd. Således konstaterade HD t. ex. i NJA 1987 s. 320 att med kravet på nackdel utesluts från återvinning endast fall, vari rättshandlingen *inte i något avseende försämrar* övriga borgenärers ställning, ens i den meningen att de utsätts för *ökad risk* för ekonomisk förlust.⁸⁹ Härav synes följa att ett aktiebolags kapitalanvändning (vilken, som påpekats, definitionsmässigt är benefik till sin natur) *som regel* är till nackdel för bolagets borgenärer, eftersom skuldsättningsgraden, soliditeten och kanske även likviditeten ofta är sämre omedelbart efter det att åtgärden vidtagits. I praktiken torde därför skillnaden mellan sanktionerna vid olovlig kapitalanvändning på den ena

handlingen fullbordats dessförinnan men senare är *ett år* före fristdagen (*tre år* före fristdagen om den skett till någon gäldenären närstående) går den enligt samma lagrum åter, *om det inte visas* att gäldenären omedelbart därefter var sufficient. Bestämmelsen torde kunna tillämpas på de flesta dispositioner som innebär kapitalanvändning mellan bolaget på den ena sidan och dess aktieägare eller andra koncernbolag på den andra. Sådana dispositioner kan i många fall antagligen återvinnas även med stöd av den allmänna otillbörlighetsregeln i 4:5 konkurslagen. Det bör noteras att återvinningsfristen här är *fem år* och att det överhuvudtaget inte finns någon frist när rättshandlingen gällt någon gäldenären närstående.

⁸⁸ Prop. 1986/87:90 s. 119 och s. 123 f.

⁸⁹ NJA 1987 s. 320 (särskilt s. 329 f.). Jfr även NJA 1983 s. 737 (särskilt s. 741).

sidan och konkurslagens återvinningsregler på den andra vara obetydlig även i det aktuella avseendet.⁹⁰

Mot bakgrund av det sagda är det inte klart att ett av lagstiftaren tillhandahållet ”standardkontrakt” på borgenärsskyddsområdet underlättar avtalsbildningen i någon nämnvärd utsträckning. Inte heller är det klart att ett lagstadgat borgenärsskydd underlättar för borgenärerna att övervaka och genomdriva ingångna avtal. Det förefaller inte heller särskilt troligt att det lagstadgade borgenärsskyddet ökar *förutsebarheten* i sådan grad att omsättningsintresset därigenom betjänas i någon nämnvärd omfattning.⁹¹ ABLs borgenärsskyddsregler har nämligen endast i mycket liten utsträckning varit föremål för HDs prövning och vägledning saknas därför fortfarande på en rad viktiga områden. Någon dramatisk ökning av tillflödet till HD är väl heller knappast att vänta. Dessutom finns anledning anta att det utan lagstadgat skydd snabbt skulle utvecklas ”standardklausuler” på området. Under sådana förhållanden torde det vara av mindre betydelse även vad gäller förutsebarheten huruvida borgenärsskyddet är lagstadgat eller avtalsbaserat.

4. Tolkningen av ABLs borgenärsskyddsregler

Som påpekats hänvisas vid tolkningen av ABLs borgenärsskyddsregler ofta till reglernas förmodade funktion utan att det närmare diskuteras vilken denna funktion egentligen är. Kanske kan det tyckas att funktionen är så uppenbar för envar att den inte särskilt behöver nämnas. Diskussionen i avsnitt 3 torde emellertid ha visat att så inte är fallet. Även de olika tolkningar som förespråkas i fall där varken ABLs förarbeten eller rättspraxis ger någon avgörande ledning tyder på att borgenärsskyddsreglernas egentliga funktion kanske inte är så uppenbar som det vid första påseende kunde tyckas. Ett exempel i sammanhanget är den under en längre tid förda diskussionen om värdebestämningen vid *utdelning av sakvärdet*. Utan att här i detalj redogöra för problematiken och de olika

⁹⁰ Det kan noteras att återvinningsreglerna i vissa avseenden har ett bredare tillämpningsområde än återbäringsregeln i ABL 12:5. Således omfattar t. ex. 4:6 konkurslagen *all* kapitalanvändning, medan återbärning enligt ABL 12:5 endast avser den del som är *olovlig* enligt ABLs kapitalanvändningsregler. Vidare torde återbärning enligt ABL 12:5 i praktiken vara utesluten då utdelning skett till mindre aktieägare i större bolag. Som påpekats åtnjuter nämligen mottagaren enligt ABL 12:5 visst godtrosskydd. Återvinning enligt 4:6 konkurslagen är emellertid oberoende av medkontrahentens insikt och återvinning av vinstudeling torde därför (i allt fall i teorin) kunna ske även i större bolag.

⁹¹ Ett av huvudargumenten för de debattörer i den amerikanska diskussionen som förespråkar en tvingande bolagsrätt är just att tvingande regler ökar förutsebarheten. Se t. ex. Gordon i 89 Col. L. Rev. 1549 (1989), särskilt s. 1564 ff. För motargument, se t. ex. Romano i 89 Col. L. Rev. 1599 (1989) och Macey, a. a. s. 55 f.

lösningar som förespråkats, illustrerar en översiktlig genomgång av den förda diskussionen svårigheten att på ett övertygande sätt komma fram till en principiellt hållbar lösning med hänvisning till borgenärsskyddsreglernas funktion.

4.1 Allmänt om sakutdelning

Ett aktiebolags kapitalanvändning kan som bekant avse såväl pengar som andra tillgångar (t. ex. fastigheter eller värdepapper). I det senare fallet uppkommer vid bedömningen av dispositionens tillåtlighet frågan till vilket värde de aktuella tillgångarna skall upp-
tas. Frågan är av synnerlig praktisk betydelse eftersom tillämplig lagstiftning och god redovisningssed i allmänhet påbjuder en försiktig värdering av bolagets tillgångar.⁹² Övervärden (dvs. värden utöver i bolagets räkenskaper bokförda värden) är således vanligt förekommande.

Varken ABL eller dess förarbeten ger någon avgörande ledning i sammanhanget. Inte heller har frågan ännu varit föremål för slutlig bedömning i domstolspraxis.⁹³ Däremot har frågeställningen sedan ett tiotal år tillbaka återkommande diskuterats i litteraturen. Härvid har i huvudsak två åsiktsriktningar utkristalliserats. Enligt den ena åsiktsriktningen är bolagets kapitalanvändning tillåtlig endast i den mån marknadsvärdet av den aktuella tillgången (minskat med förekommande köpeskillning eller annan värdeöverföring till bolaget) rymms inom utdelningsbart fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. Företrädarna för denna s. k. *bruttometod* synes mena att borgenärsskyddsintresset kräver att det värde som *de facto* frånhänts bolaget beaktas i sammanhanget.⁹⁴ Enligt den andra åsiktsriktningen är kapitalanvändningen emellertid tillåtlig i den mån den aktuella tillgångens bokförda värde (på samma sätt minskat med förekommande köpeskillning eller annan värdeöverföring till bolaget) rymms inom utdelningsbart fritt eget kapital. Företrädarna för denna s. k.

⁹² Således skall t. ex. varulager värderas enligt lägsta värdets princip, dvs. till det lägsta av anskaffningsvärdet och "verkliga" värdet (som regel nettoförsäljningsvärdet). Se 14 § bokföringlagen, FARs rekommendation (nr 2) angående varulagervärdering (1992) och Redovisningsrådets rekommendation (nr 2) angående redovisning av varulager (1992).

⁹³ Ett antal mål pågår emellertid i underrätterna. Se Lindskog i JT 1992-93 s. 82 ff. med där anförda underrättsreferat. Jfr emellertid Andersson i SvJT 1993 s. 566 ff. Andersson synes mena att HD redan tagit ställning i frågan och anför till stöd härför NJA 1962 s. 461. Jag är emellertid inte övertygad om att Anderssons uppfattning är riktig. Jfr Lindskog i SvJT 1993 s. 927 f.

⁹⁴ Se t. ex. Danielsson i SvJT 1954 s. 571 ff. och Sandström i Balans 2/82 s. 25 ff.

nettomethod synes mena att borgenärsskyddsintresset endast kräver att den balansmässiga effekten av dispositionen beaktas.⁹⁵

Företrädarna för bruttomethoden på den ena sidan och företrädarna för nettomethoden på den andra hyser uppenbart olika uppfattningar om borgenärsskyddsreglernas egentliga ändamål. Båda har emellertid det gemensamt, att de skäl som de anför till stöd för den av dem företrädde lösningen som regel framstår som mindre övertygande. Mot bakgrund av diskussionen i avsnitt 3 är detta kanske inte särskilt förvånande. Av de många argument som utvecklats i litteraturen skall här endast de mest intressanta diskuteras i korthet.⁹⁶

4.2 Bruttomethoden

Det framgår inte helt klart vilka skäl som uppbär bruttomethoden. Olika förespråkare har vid olika tillfällen framfört olika förklaringsgrunder. Således har det bl. a. antagits att ABLs borgenärsskyddsregler syftar till att skydda bolagsborgenärerna mot dispositioner som *ökar risken* för att bolaget inte skall kunna komma att infria sina förpliktelser. Om jag förstår saken rätt skulle detta dikteras av hänsyn till varuomsättningen i samhället.⁹⁷ Med det synsättet kan det vara naturligt att vid bedömningen enligt spärreglerna i

⁹⁵ Se t. ex. Margulies & Roos i Balans 8/81 s. 26 ff. och Posselius m. fl., a. a. s. 30. Det förekommer även variationer härav. Således har t. ex. Kedner (Balans 9/83 s. 14 ff.) framfört den uppfattningen, att den utdelade tillgångens *anskaffningsvärde* (minskat med avskrivningar enligt plan) skall ligga till grund för värdebestämningen vid sakutdelning. Enligt denna s. k. anskaffningsvärdemethod skall till den ifrågavarande tillgångens bokförda värde läggas förekommande redovisningsreserv (t. ex. ackumulerade överavskrivningar eller lagerreserv). Däremot skall enligt den metoden ingen hänsyn tas till eventuell orealiserad vinst. Kedner synes numera emellertid vara av uppfattningen, att även orealiserad vinst skall medräknas vid värdebestämningen. Om jag förstår saken rätt överensstämmer därför hans "marknadsvärdemethod" i stort med bruttomethoden. Jfr Kedner, *Former för koncerninterna vinstöverföringar* (2:a uppl. 1990), s. 42 ff. Vidare har Lindskog anfört att kapitalanvändningen är tillåtlig om det *bokförda värdet* ryms inom utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning för nästföregående räkenskapsår och bolaget enligt den balansräkningen hade *full täckning* för 120% av aktiekapitalet (aktiekapitalet plus fylld reservfond). Saknar bolaget enligt den styrande balansräkningen sådan täckning är kapitalanvändningen tillåtlig endast om *hela det värde* som frånhänts bolaget ryms inom utdelningsbart belopp. Se Lindskog i JT 1992-93 s. 93 ff.

⁹⁶ Av de inlägg som gjorts på senare tid är professor Nereps bidrag nog det mest omfattande (Svensk Skattetidning 1993 s. 353 ff.). Utöver de "klassiska" argumenten till stöd för nettomethoden (vilka diskuteras i texten) anför Nerep en lång rad av ytterligare skäl för en tillämpning av den metoden. Således sägs t. ex. *att* ordalydelsen i ABL 12:2 *inte utesluter* en tillämpning av nettomethoden (s. 399), *att* en i stort sett enig doktrin står bakom nettomethoden (s. 400), *att* rättspraxis inte tagit ställning till frågan (s. 400), *att* bruttomethoden förutsätter att formkraven för vinstutdelning upprätthålls (s. 400), och *att* vid analog tillämpning av ABL 12:2 (t. ex. utdelning som inte sker i de av lagstiftaren antagna formerna för vinstutdelning) stadgandet bör tolkas restriktivt och *att därför* nettomethoden är att tillämpa (s. 401 f.). De ovan angivna skälen framstår emellertid efter min mening antingen som direkt felaktiga eller utan betydelse för frågan om bruttomethoden eller nettomethoden är att tillämpa.

⁹⁷ Sandström i Balans 2/82 s. 25 ff.

ABL 12:2 beakta *all* kapitalanvändning, även till den del förmögenhetsöverföringen består av en ännu icke realiserad vinst i form av dolda reserver. Det anförda är emellertid ett svagt stöd för bruttometoden. För det första kan bolaget, som påpekats, på en rad *andra sätt* öka de med verksamheten förenade riskerna (t. ex. genom att ändra inriktning på sin verksamhet och investera i mer riskfyllda projekt än tidigare eller genom att öka sin skuldsättningsgrad) utan att borgenärerna nödvändigtvis har ett på ABLs borgenärsskyddsregler grundat skydd. Att lagstiftaren skulle ha koncentrerat all energi på att täppa till på kapitalanvändningsområdet, samtidigt som han lämnat resten av fältet vidöppet, förefaller mindre troligt.⁹⁸ För det andra kan bolaget under alla förhållanden genom en marknadsmässig avyttring av tillgången ifråga realisera övervärdet och därefter i enlighet med fastställd balansräkning för räkenskapsåret i kontanter utdela den del av det framtagna övervärdet som inte åtgår till täckning av eventuell skatt och/eller avsättning till reservfonden. Från *risksynpunkt* ter sig det förfarandet tämligen likvärdigt utdelning av tillgången och det däri liggande övervärdet (jfr emellertid nedan). Slutligen saknas det, som framgått i avsnitt 3.2, stöd för att "omsättningsintresset" skulle kräva att borgenärsskyddsreglerna ges den nu diskuterade innebörden.

Till stöd för bruttometoden har även framförts att ett sakvärde bör kunna utdelas endast om övervärdet *först realiserats* och vinst redovisas. Anledningen härtill skulle vara att den s. k. kontinuitetsprincipen inom redovisningsområdet påbjuder att alla kostnader och intäkter skall passera resultaträkningen. Detta torde innebära att bolagets tillgångar som regel måste avföras ur redovisningen till marknadsvärde.⁹⁹ Hur utdelning av sakvärden till marknadsvärde skall redovisas när tillgångens bokförda värde är lägre är emellertid oklart. Även om bokföringens redovisningsregler och de redovisningsprinciper som utgör god redovisningssed fyller en synnerligen viktig funktion för bolagets borgenärer, är det inte därmed givet att redovisningsprinciper skall styra tolkningen av ABLs kapitalanvändningsregler. Nämnade redovisningsprinciper synes inte i

⁹⁸ Det synes förhållandevis enkelt att uppställa allmängiltiga regler på kapitalanvändningsområdet. Att uppställa sådana regler på områden där affärsmässiga hänsyn styr bolagets handlande torde emellertid svårligen kunna göras. Kanske kan det därför invändas att lagstiftaren, av praktiska skäl, begränsat sitt intresse till kapitalanvändningsområdet. Fastän lagstiftaren lämnat ett stort område oreglerat är det således inte *uteslutet* att borgenärsskyddsreglernas syfte likväl skulle kunna vara att skydda (om än något ofullständigt) bolagsborgenärerna mot förfaranden som ökar risken för att bolaget inte skall kunna komma att infria sina förpliktelser.

⁹⁹ Jfr Thorell i Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie NSFS 29, s. 256 f., Andersson i SvJT 1993 s. 578 ff. och Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar, s. 42 f.

första hand ta sikte på borgenärsskyddet som sådant, utan snarare på bolagsborgenärernas *insyn* i bolaget. Det saknas emellertid anledning anta att sådana hänsyn dikterat utformningen av spärreglerna i ABL 12:2. Slutligen utgör strävan att uppnå en ”öppen” redovisning inte något stöd för bruttometoden, eftersom även en tillämpning av den metoden tillåter att övervärden lämnar bolaget utan att först realiserar och redovisas så länge tillgångens värde (inklusive hela övervärdet) ryms inom utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret.

När varken lagtext, förarbeten eller rättspraxis ger någon ledning kan det vara frestande att ge de skyddsregler som finns en *vidsträckt* tillämpning. Således har HD i något fall uttalat sig för en sådan tillämpning, under hänvisning till intresset att skydda bolagsborgenärer mot förfaranden varigenom bolagets egendom undandras dem.¹⁰⁰ Liknande uttalanden förekommer i doktrinen.¹⁰¹ Som framgått är borgenärsskyddsreglerna emellertid ofta resultatet av en kompromiss mellan olika, ofta motstående, intressen. Vidare framstår, som framgått av diskussionen i avsnitt 3, ett på ”skyddsbehovet” grundat borgenärsskyddskomplex överhuvud som mindre övertygande. Det är därför inte givet att valet av värderingsmetod skall utfalla till förmån för bolagets borgenärer.¹⁰²

4.3 Nettometoden

Inte heller framgår det helt klart vilka skäl som uppbär nettometoden. En tanke som gjorts gällande är, att det *bakomliggande syftet* med ABLs borgenärsskyddsregler i allmänhet och spärreglerna i ABL 12:2 i synnerhet är att skydda bolagets bundna kapital enligt fastställd balansräkning. Eftersom endast bokförda värden skapar utdelningsutrymme skulle det enligt detta resonemang vara tillfyllest om tillgångarna vid utdelning avförs ur redovisningen till bokvärde.¹⁰³ Det sagda innebär även att bolaget kan överlåta samtliga tillgångar till bokförda värden utan att överträda ABLs kapitalanvändningsregler, i allt fall om bolaget enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret hade ett intakt bundet kapital (aktiekapital och reservfonden efter vederbörliga avsättningar) och den s. k. allmänna försiktighetsregeln inte uppställer faktiska begränsningar i sammanhanget. Häri ligger naturligtvis även antagandet, att lagstiftaren överhuvud inte intresserat sig för bolagets

¹⁰⁰ NJA 1980 s. 311 (särskilt s. 317).

¹⁰¹ Se t. ex. Sandström i Balans 2/82 s. 27.

¹⁰² Jfr Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 379.

¹⁰³ Se t. ex. Marguiles & Roos i Balans 8/81 s. 28 ff., Gometz & Huldén i Balans 12/92 s. 35 ff., Lindskog i JT 1992-93 s. 90 ff. och Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 399 ff.

konsolidering utöver det tvångssparande som ABLs regler om avsättning till reservfonden påbjuder.

Antagandet att ABLs borgenärsskyddsregler uppställts till skydd för bolagets *redovisade* bundna kapital är inte helt övertygande. En genomgång av borgenärsskyddsreglerna ger snarare vid handen, att det i många fall är andra hänsyn som motiverat de begränsningar som uppställts. Således kan det knappast sägas att det är hänsyn till det redovisade kapitalet som dikterat ABLs låneförbud (ABL 12:7) och förbudet för bolag att förvärva eller som pant motta egna aktier (ABL 7:1). Som påpekats gäller ju dessa begränsningar, med vissa undantag, även om transaktionen inte inkräktar på bolagets bundna kapital. Inte heller bolagsborgenärernas rätt till betalning eller betryggande säkerhet, t. ex. i samband med nedsättning av aktiekapitalet och återbetalning till aktieägarna (ABL 6:6, 4 st.) och i samband med fusion (ABL 14:4), kan gärna motiveras med hänsyn till det bundna kapitalet. Således har vid fusion, för att nämna det mest uppenbara fallet, det överlåtande bolagets borgenärer rätt till betalning eller betryggande säkerhet även om det övertagande bolagets bundna kapital omedelbart efter fusionen motsvarar summan av det bundna kapitalet i det överlåtande bolaget och det bundna kapitalet i det övertagande bolaget omedelbart före fusionen.

Mot bakgrund av det sagda är det inte sannolikt att ABLs borgenärsskyddsregler i allmänhet uppställts till skydd enbart för det bundna kapitalet. Härav följer emellertid inte att spärreglerna i ABL 12:2 skulle ha ett vidare syfte än det nämnda. Visserligen kan det kanske anföras, att lagstiftaren genom att knyta begränsningen i ABL 12:2, 1 st. till bolagets fastställda balansräkning intagit en *restriktiv* inställning till kapitalanvändning och att förekommande övervärden därför skall beaktas vid värdebestämningen av tillgång som är föremål för sakutdelning. Som noterats påbjuder nämligen tillämplig lagstiftning och god redovisningssed i allmänhet en försiktig värdering av bolagets tillgångar. Härvid sker således viss konsolidering i bolaget, utöver det obligatoriska tvångssparandet genom avsättning till reservfonden, och utdelningsutrymmet minskar i motsvarande mån. Det förefaller emellertid mindre troligt att lagstiftaren skulle ha tillmätt detta förhållande någon större betydelse. Bakgrunden är att aktiebolagsutredningen, som föregick 1975 års aktiebolagslag, förslog att den även då lagstadgade obligatoriska avsättningen till reservfonden skulle avskaffas. Som skäl härfor angavs bl. a. att bolagens värderings- och avskrivningspolitik ofta har mycket större betydelse än dess avsättningar till reservfonden och att den omständigheten att reglerna om obligatorisk

avsättning bortfaller, såsom föreslogs, inte kan beräknas medföra att bolagen försummar konsolideringsbehovet.¹⁰⁴ Likväl återfinns fortfarande det lagstadgade avsättningskravet som en del i ABLs borgenärsskydd, vilket kanske indikerar att lagstiftaren inte räknat med att den konsolidering som sker inom ramen för bolagens värderings- och avskrivningspolitik kommer borgenärerna tillgodo på annat sätt än genom den begränsning av utdelningsutrymmet som föranleds därav. Ett kanske ännu starkare skäl utgör förekomsten av den allmänna försiktighetsregeln i ABL 12:2, 2 st. Genom denna regel tillgodoses antagligen bolagsborgenärernas intresse av att konsolidering sker i bolaget utöver obligatoriska reservfundsavsättningar. Kanske kan det därför antas att konsolideringshänsyn saknar betydelse vid värdebestämningen enligt ABL 12:2, 1 st. och att denna därför kan ske med utgångspunkt i redovisade värden. Det kan för övrigt noteras, att den allmänna försiktighetsregeln utgör den enda spärren för den skull bolaget avyttrar tillgången till marknadsvärde och därefter i enlighet med fastställd balansräkning för räkenskapsåret i kontanter utdelar den del av det framtagna övervärdet som inte åtgår till täckning av eventuell skatt och/eller avsättning till reservfonden.

Även flera argument av mer praktisk karaktär har i diskussionen framförts till stöd för nettometoden. Således har det bl. a. sagts att en tillämpning av bruttometoden skulle omöjliggöra gällande praxis för koncernbidrag och avsevärt försvåra överlåtelse av tillgångar mellan olika bolag inom samma koncern.¹⁰⁵ Koncernbidrag i strikt mening (dvs. bidrag som inte motsvaras av erhållna varor eller tjänster) lämnas regelmässigt mellan koncernbolag. Det huvudsakliga syftet är att åstadkomma skattemässig resultatutjämnning inom koncernen, vilket medges under vissa i skattelagstiftningen närmare angivna förutsättningar.¹⁰⁶ För att detta syfte skall uppnås måste emellertid åtgärden företas såsom sista disposition under räkenskapsåret, dvs. innan bolagsstämman fastställt balansräkningen för räkenskapsåret och beslutat om utdelning. Likväl har det sagts, att ett från dotterbolag till moderbolag (eller systerbolag) lämnat koncernbidrag anses förenligt med ABLs borgenärsskyddsregler så länge det inte inkräktar på det bidragsgivande bolagets bundna kapital.¹⁰⁷ Fastän det inte klart uttalats, torde härmed avses bolagets bundna kapital såsom det framgår av

¹⁰⁴ Prop. 1975:103 s. 102 f.

¹⁰⁵ Se t. ex. Gometz & Huldén i Balans 12/92 s. 37 ff. och Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 400 f.

¹⁰⁶ Se närmare 2 § 3 mom. lagen (1947:576) om statlig inkomstskatt.

¹⁰⁷ Se t. ex. Gometz & Huldén i Balans 12/92 s. 37 ff. Vad beträffar koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag föreligger, som noterats, överhuvud ingen kapitalanvändning, i allt fall inte om dotterbolaget är helägt och solvent.

den *omedelbart efterföljande* balansräkningen. Enligt detta synsätt skulle således bolagets *fastställda* balansräkning för det senaste räkenskapsåret, lagtextens lydelse till trots, sakna betydelse i sammanhanget.

Flera invändningar kan emellertid riktas mot antagandet, att ett under angivna förhållanden lämnat koncernbidrag är förenligt med ABLs kapitalanvändningsregler. Det förefaller osannolikt att en överföring som inte lovligen kan ske i form av vinstutdelning (t. ex. därför att fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret inte utvisade något fritt eget kapital) skulle anses förenlig med ABLs borgenärsskyddsregler bara för att den kläs i koncernbidragets form. Ur borgenärsskyddssynvinkel saknar det ju betydelse i vilken form överföringen sker så länge det i båda fallen är fråga om kapitalanvändning. De som uttalat sig i frågan synes ha *tagit för givet*, att koncernbidrag som lämnats i överensstämmelse med gällande koncernbidragspraxis är lovligt och därför inte föranleder återbetalningsskyldighet för bidragsmottagaren. Såvitt jag känner till har frågan om tillåtligheten av sådana bidrag emellertid inte ställts på sin spets och därför inte varit föremål för domstols prövning. Det kan därför mycket väl förhålla sig så, att ett sålunda lämnat bidrag skall anses olovligt till den del det inte ryms inom utdelningsbart belopp enligt *fastställd* balansräkning för det senaste räkenskapsåret (med avdrag för under året redan gjorda utdelningar), men att olovligheten "läks" när bidraget fastställs av ordinarie bolagsstämma om den i samband därmed fastställda balansräkningen för räkenskapsåret ifråga uppvisar ett intakt bundet kapital och den allmänna försiktighetsregeln inte föranleder någon ytterligare begränsning.¹⁰⁸ Mot bakgrund härav förefaller det osannolikt att den omedelbart efterföljande balansräkningen är styrande för tillåtlighetsbedömningen vid koncernbidrag, medan bedömningen vid annan kapitalanvändning sker mot bakgrund av fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret.

¹⁰⁸ Uttalanden förekommer visserligen i litteraturen, att sådan "läkning" inte skulle kunna förekomma. Se t. ex. Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 394 (motsatsen dock på annat ställe, s. 377). Det är emellertid svårt att finna något vägande skäl varför bolaget, genom i vederbörlig ordning fattade beslut, inte skulle kunna "läka" kapitalanvändning som när den företogs var helt eller delvis olovlig. En förutsättning är naturligtvis att det vid tidpunkten för beslutet enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret finns tillräckligt med utdelningsbart fritt eget kapital. Förfarandet har för övrigt samma ekonomiska effekt som om utdelningsmottagaren i stället återbetalar det belopp som olovligen utdelats och bolaget omedelbart utdelar samma belopp. Om ett beslut att "läka" utgör kapitalanvändning (beslutet utgör ju eftergift av rätten till återbetalning) och således tar utdelningsutrymme i anspråk, kan det emellertid frågas *hur* beslutet kommer att återspeglas i bolagets redovisning. Bolagets rätt till återbetalning torde nämligen inte ha upptagits som en tillgång i balansräkningen och beslutet har därför kanske ingen balansmässig effekt. Det kan vidare frågas om inte en sådan "läkning" förutsätter ett bruttosynsätt.

Om detta är riktigt utgör gällande koncernbidragspraxis heller inte något stöd för nettometoden, som ju även den tar sin utgångspunkt i fastställd balansräkning.¹⁰⁹

Även det påståendet klingar ihåligt, att en tillämpning av bruttometoden skulle avsevärt försvåra överlåtelse av tillgångar mellan olika bolag inom samma koncern. Det är visserligen riktigt att sådana överlåtelser är vanligt förekommande, inte minst i samband med omorganisationer. Vidare är det vanligt att sådana överlåtelser sker till bokförda värden, huvudsakligen för att undvika att skattepliktiga vinster uppstår i onödan. Även om skattemässiga överväganden ofta har en avgörande betydelse för affärsupplägget i det enskilda fallet, är det inte därmed givet att skattehänsyn skall styra tolkningen av ABLs kapitalanvändningsregler. Det ligger för övrigt närmare till hands att i skattelagstiftningen göra erforderliga undantag för omstruktureringar och liknande koncerninterna transaktioner.

4.4 Valet av metod

Det är svårt att på grundval av de argument som framförts i diskussionen om värdebestämningen vid sakutdelning känna sig övertygad om att den ena eller andra lösningen är riktig. Trots att det ibland påstås att en i stort enig doktrin står bakom nettometoden, får det nog sägas att de uppfattningar som kommit till uttryck under senare tid är relativt splittrade mellan bruttometoden på den ena sidan och nettometoden på den andra.¹¹⁰ Kanske går det emellertid att sprida visst ljus över frågeställningen genom att något närmare belysa den *egentliga* skillnaden mellan de båda metoderna.

Om utgångspunkten tas i fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret och denna balansräkning antas uppvisa ett fritt eget kapital på 100 kr, innebär en tillämpning av nettometoden att sakutdelning av en fastighet som i den balansräkningen upptagits till 100 kr lovligen kan ske fastän marknadsvärdet uppgår till 150 kr. Vid en tillämpning av bruttometoden kan fastigheten inte lovligen utdelas, varför 50 kr är att betrakta som olovlig kapitalanvändning. Detsamma gäller emellertid om bolaget i stället för att utdela fastigheten avyttrar densamma för 150 kr (till aktieägaren

¹⁰⁹ Nerep synes emellertid inte utgå från fastställd balansräkning, utan förefaller vid tillåtlighetsbedömningen fästa avgörande vikt vid huruvida den *efterföljande* balansräkningen uppvisar ett intakt bundet kapital. Se Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 395 f. (annorlunda dock på annat ställe, s. 372 och s. 376). Nereps framställning är emellertid mycket oklar på denna centrala punkt.

¹¹⁰ Således har i senare litteratur t. ex. Thorell (a. a. s. 254 ff.), Kedner (Former för koncerninterna vinstöverföringar, s. 42 ff.) och Andersson (SvJT 1993 s. 578 ff.) givit uttryck för ett bruttosynsätt.

eller annan). Bolaget kan således under *innevarande* räkenskapsår utdela kontanter (eller efterge fordran mot aktieägaren om denne står som köpare) motsvarande 100 kr. De resterande medlen (dvs. det genom avyttringen framtagna övervärdet), som inte åtgår till täckning av eventuell skatt och/eller avsättning till reservfonden, kan *lovligen* utdelas först sedan balansräkning för året fastställts av ordinarie bolagsstämma och den balansräkningen uppvisar ett motsvarande utdelningsbart belopp. Detta innebär att om bolaget under den resterande delen av räkenskapsåret gör förluster motsvarande 30 kr, återstår för utdelning endast 20 kr (om det bortses från skatteeffekter, reservfondsavsättning och den allmänna försiktighetsregeln). Vid realisation till marknadsvärde tjänar således det framtagna övervärdet som en *buffert* mot förluster under året. Om det antas ha varit lagstiftarens avsikt att i borgenärsskyddshänseende jämställa sakutdelning med realisation av tillgången och därefter följande kontantutdelning synes bruttometoden vara den lösning som ligger närmast till hands. Under sådana förhållanden framstår även ett ofta framfört huvudargument till stöd för nettometoden som tämligen uddlöst, nämligen det att det vore besynnerligt om bolaget inte skulle kunna utdela tillgången till bokfört värde när bolaget i stället skulle kunna realisera den till marknadsvärde och därefter i kontanter utdela det framtagna övervärdet.¹¹¹

Mot bakgrund av det sagda torde det åligga förespråkarna för nettometoden att anföra *sakliga skäl* som kan förklara varför bolagsborgenärerna bör vara sämre ställda vid sakutdelning än vid direktrealisation med efterföljande kontantutdelning. Efter min mening har sådana skäl emellertid inte anförts, vilket är anmärkningsvärt med tanke på hur länge disussionen har pågått. Möjligen kan det anföras att en tillämpning av bruttometoden skulle innebära att styrelsen i samband med varje sakutdelning tvingas anlita särskild *värderingsman* för att utröna om marknadsvärdet ryms inom utdelningsbart belopp.¹¹² För att bolagets redovisning skall förmedla en riktig bild av rörelsen *borde* det efter min mening på något sätt av bolagets årsredovisning framgå i vad mån orealiserade vinster frånhänts bolaget genom sakutdelning under året. Sådan information kan vara av betydelse för bolagets borgenärer, även om de inte med fog kan förvänta sig att förekommande övervärden skall kvarstanna i bolaget. Om detta är en lämplig lösning torde

¹¹¹ Jfr Margulies & Roos i Balans 8/81 s. 30 och Gometz & Huldén i Balans 12/92 s. 37.

¹¹² Kanske gäller detsamma vid överlåtelse till bolaget närstående. Vid överlåtelse till bolaget icke närstående får det, annat än i uppenbara fall, som regel antas att vederlaget överensstämmer med marknadsvärdet.

bolaget under alla förhållanden tvingas anlita värderingsman vid sakutdelning för att senare i årsredovisningen kunna återge den efterfrågande informationen.

Vidare kan det möjligen anföras att lagstiftaren, om inte sociala eller liknande hänsyn gör sig gällande, på det civilrättsliga området som regel antagligen söker marknadsanpassade lösningar. Även om lagstiftaren uppställt ett tvingande borgenärsskydd finns det efter min mening ingen grund för antagandet, att bolagsborgenärerna generellt skulle sakna förmåga att på ett tillfredsställande sätt själva tillvarata sina intressen. Något skyddsintresse av särskild vikt gör sig därför knappast gällande. Mot bakgrund härav ter det sig kanske därför naturligt, att ge ABL 12:2 en tolkning som approximerar den lösning som marknadens aktörer (bolag och borgenärer) sannolikt skulle ha eftersträvat om det vore möjligt att under fria förhandlingar *ex ante* fastställa normer för bolagets kapitalanvändning. Det är naturligtvis svårt att med exakthet säga vad som skulle vara den av marknadsaktörerna föredragna lösningen på värdebestämningsproblematiken vid sakutdelning. Mycket talar emellertid för att en *praktisk och verifierbar* metod skulle komma att dominera i sammanhanget. Kanske pekar det sagda i riktning mot en "redovisningsbaserad" metod för bedömningen av kapitalanvändningens tillåtlighet. Visst stöd härför står att finna i praktiken. Särskilt i internationella låneavtal förekommer ofta begränsningar i låntagarens rörelsefrihet. Således avtalas inte sällan att låntagaren under lånets löptid måste upprätthålla viss i avtalet angiven likviditet och soliditet. Vidare förekommer ofta utdelningsbegränsningar och andra restriktioner vad gäller värdefrånhandlande dispositioner. Bedömningen sker i stort sett uteslutande med hänvisning till redovisade värden (beräknade enligt tillämplig redovisningssed). Kanske ligger det därför nära till hands att knyta bedömningen till den aktuella tillgångens bokförda värde (minskat med förekommande köpeskillning eller annan värdeöverföring till bolaget).¹¹³

Som framgått har företrädare för båda åsiktsriktningarna gjort gällande att endast den av dem förespråkade metoden för värdebestämningen vid sakutdelning står i överensstämmelse med lagstiftarens intentioner. Sannolikt förhåller det sig emellertid så, att lagstiftaren överhuvud inte har beaktat värdebestämningsproble-

¹¹³ Om utdelning av ett sakvärde medför skatteplikt för det utdelande bolaget bör skattekostnaden knytas till utdelningstransaktionen såtillvida, att även den *beräknade skatten* måste rymmas inom utdelningsbart belopp. Se Kedner i Balans 9/83 s. 14 ff. Även erforderlig *avsättning till reservfonden* i anledning av dispositionen ifråga bör beaktas i sammanhanget. Se härom Nerep i Svensk Skattetidning 1993 s. 404 ff. och Lindskog i JT 1992-93 s. 94 ff.

matiken. I allt fall finns det inget i ABLs förarbeten som tyder på att så skulle vara fallet. Kanske har det heller inte någon avgörande betydelse *vilken* metod som HD slutligen fastnar för när frågan framöver antagligen kommer upp för bedömning, så länge det står klart för borgenärer och andra som kommer i kontakt med svenska aktiebolag vilka principer de har att rätta sig efter. Det är emellertid värt att än en gång betona vikten av att vid val av metod beakta de praktiska konsekvenser som valet kan antas medföra. Att grunda valet på det av lagstiftaren förmodade syftet med ABLs borgenärsskyddsregler, såsom några underinstanser gjort på senare tid, leder inte särskilt långt.

5. Avslutande synpunkter

Det har inte på något sätt varit min avsikt att bedöma eller förespråka förändringar av borgenärsskyddsreglernas materiella innehåll. Snarare har den begränsade ambitionen varit att påvisa svagheter i det fundament på vilket borgenärsskyddet förmodas vila. Därvid torde det ha framgått att de flesta borgenärskategorier har möjlighet att betinga sig säkerhet och/eller kontraktuellt skydd i någon form och ofta också gör det. Att sådana borgenärer skulle behöva lagstiftarens hjälp att skydda sina intressen förefaller osannolikt och borgenärsskyddsreglernas förmodade "skyddsfunktion" framstår därför som synnerligen tveksam. Av skäl som framgått synes även hänsyn till omsättningsintresset utgöra en relativt svag förklaringsgrund för ABLs borgenärsskyddsregler. Kanske finns det andra, ännu outtalade, skäl som står sig vid en närmare granskning. Varken lagtext, förarbeten, rättspraxis eller juridisk eller redovisningsinriktad litteratur ger emellertid någon som helst ledning härvidlag.

Aktiebolagskommitténs tidigare nämnda konstaterande, att drygt 75% av samtliga svenska aktiebolag bedrivs med ett aktiekapital som exakt motsvarar ABLs minimikrav, stöder det sagda. Även om flertalet av dessa bolag antagligen har en relativt begränsad balansomslutning eller fonderade fria medel, förefaller det efter min mening osannolikt att en buffert på 50 000 kr (plus eventuell reservfondsavsättning) i *bundet* eget kapital skulle ha någon avgörande betydelse för möjligheten att få kredit eller eljest för villkoren därför. Under sådana förhållanden framstår det bundna kapitalets primära syfte, såsom det framställts i förarbeten och i tidigare litteratur, att tjäna som *säkerhet* för bolagets fordringsägare, mest som en papperskonstruktion med begränsad förankring i verkligheten.

Även om det antagligen förhåller sig så, att ABLs borgenärs-skyddsregler är av mindre praktisk betydelse för bolagets borgenärer än vad som ofta förutsätts, skall slutsatsen härav inte dras att regler på området är obehövliga. Jag tror emellertid att bokföringslagens redovisningsregler och bestämmelser som främjar bolagsborgenärernas *insyn* spelar en betydligt viktigare roll i sammanhanget. Det förefaller därför mer ändamålsenligt att skapa de rätta förutsättningarna för att bolagets borgenärer skall kunna fatta informerade beslut än att uppställa begränsningar vars praktiska betydelse kan ifrågasättas.