

Om borgenärsskyddet i aktiebolag

1. Inledning

Direktören Mats Sacklén sällar sig genom bidraget om skyddet för aktiebolagets borgenärer i SvJT 1994 s. 136 till debatten om borgenärsskyddet i aktiebolagslagen i allmänhet och brutto- respektive nettometoden i synnerhet. Ehuru Sackléns framställning har en starkt eklektisk prägel, och har litet av självständig analys i enskildheterna, finns däri vissa allmänna uttalanden som icke kan tillåtas stå oemotsagda. Hans framställning är disponerad så, att efter en allmän inledning följer en exposé över vissa av aktiebolagslagens borgenärsskyddsregler (översikten är emellertid icke på något sätt uttömmande; sålunda återfinns i detta avsnitt icke en beskrivning av borgenärsskyddet i 15 respektive 19 kapitlet, ej heller de olika borgenärsskyddsbestämmelser som återfinns i 10 och 11 kapitlet), varvid arbetet ifråga är helt deskriptivt. Därefter följer, såvitt kan förstås, framställningens huvudavsnitt, nämligen en diskussion om borgenärsskyddets funktion. I framställningens avslutande del synes följa en transponering av resultatet av den nyssnämnda diskussionen på problematiken kring brutto- och nettometoden. Framställningens avslutande synpunkter är av mycket allmän karaktär och synes främst utgöra en kort sammanfattning av den föregående diskussionen. I det följande skall jag i allra största korthet bemöta några av Sackléns synpunkter. Som en inledning härtill gör jag dock några randanmärkningar.

Det är givetvis av vikt att företrädare för de mera praktiskt orienterade juristerna deltar i den aktiebolagsrättsliga diskussionen. Sackléns framställning visar också att från detta håll finns mycket att tillföra. Överhuvudtaget ger Sacklén intryck av att vara väl insatt i de aktiebolagsrättsliga mysterierna.

Icke desto mindre nödgas jag konstatera, att Sackléns inlägg har svagheter, såväl i vad avser metod och disposition, som i det rent innehållsmässiga. Enär i Sackléns framställning det senare är avhängigt det förra, kan jag inte underlåta att i detta sammanhang beröra alla dessa områden.

2. Borgenärsskyddets "funktion och ändamål"

I framställningens inledning betonar Sacklén vikten av att förstå borgenärsskyddsreglernas funktion och ändamål vid tillämpningen och tolkningen av aktiebolagslagen. Han aviserar också där att han avser att diskutera denna fråga i framställningens senare del. Efter den översiktliga och i huvudsak deskriptiva genomgång av borgenärsskyddsreglerna i aktiebolagslagen som följer i anslutning härtill, kommer så framställningens huvudtema, nämligen borgenärsskyddets "funktion och ändamål". Sackléns metod synes härvid vara, att genom att utreda borgenärsskyddsreglernas ändamål skapa ett säkrare underlag för tillämpningen och tolkningen av aktiebolagslagen. Metoden är i och för sig ingenting att säga om; den teleologiska lagtolkningsmetoden är ju väl etablerad i Sverige. Analysen brister emellertid i flera avseenden. För det första synes Sacklén i ändamålsresonemanget icke göra skillnad på synpunkter *de lege lata* och *de lege ferenda*. Växelvis återkommer i framställningen synpunkter av de båda slagen till synes utan att innebörden och betydelsen av den ena

eller andra kategorin av synpunkter riktigt inses. Synpunkterna *de lege ferenda* har emellertid erhållit det klart starkaste genomslaget och det största utrymmet. (Om *de sententia ferenda* synes icke vara, eller kunna vara, fråga.) Det är väl inte alldeles givet, att synpunkter av detta slag skall tillmätas betydelse vid en teleologisk lagtolkning. Än mer anmärkningsvärt är emellertid, att framställningen i denna del icke tillför något utöver anteckningar av allmän och välkänd karaktär såvitt gäller förståelsen av det gällande borgenärsskyddets ändamål.

Sakligt finns också mycket att invända. Under rubriken "Skyddsbehovet" (s. 152) skriver Sacklén, att tanken om borgenärsskydd "vilar på antagandet att bolagsborgenärerna inte genom avtal eller på annat sätt själva på ett tillfredsställande sätt kan tillvarata sina intressen". Var i aktiebolagsrättens förarbeten eller doktrin återfinns detta synnerligen naiva antagande? Själv är jag närmast benägen att utgå ifrån, och jag tillskriver lagstiftaren och doktrinen samma insikt, att det borgenärsskydd som ryms i aktiebolagslagen utgör ett försök att tillgodose de borgenärers intressen som icke på avtals grund kan skapa tillfredsställande säkerhet, men också komplettera övriga borgenärers skydd. För övrigt kan icke aktiebolagslagens borgenärsskydd ses isolerat, utan som en del av hela det svenska rättssystemets borgenärsskydd i olika avseenden, omfattande bl. a. regler om sakrätt, återvinning och brott mot borgenärer. Hela den diskussion som sedan följer i Sackléns framställning om borgenärsskyddets ändamål, bl. a. om olika borgenärgruppers möjligheter (och i vissa fall skyldighet) att skapa säkerheter och andra borgenärgruppers — av naturliga skäl — svårigheter härutinnan, är därför skälig meningslös. Slutsatsen (s. 159), att "de flesta borgenärskategorier i praktiken regelmässigt vidtar en rad åtgärder för att skydda sina intressen utöver vad som följer av ABL:s borgenärsskyddsregler", är heller inte ägnad att överraska. Detsamma gäller iakttagelsen, 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" (se s. 161, Sackléns, enligt egen uppgift, "kanske viktigaste iakttagelse").

En annan slutsats (s. 162) är, att det inte är alldeles självklart, "att ABL:s borgenärsskyddsregler är av så avgörande praktisk betydelse". Vad detta har med frågan om gällande borgenärsskyddsreglers ändamål att skaffa är svårt att inse. En fråga av helt annan kvalitet är sedan, vilken betydelse som skall tillmätas Sackléns synpunkter *de lege ferenda*. Självfallet är frågeställningen intressant. Mot bakgrund av det väl kända förhållandet, att lejonparten av de svenska aktiebolagen har ett aktiekapital motsvarande minimikravet i aktiebolagslagen, nämligen 50 000 kr., kan givetvis ifrågasättas, om det borgenärsskydd som ligger i kapitalskyddet verkligen skyddar bolagets borgenärer. Även om minimikapitalet enligt det förslag som föreligger skall höjas till 100 000 kr., synes borgenärsskyddet i detta hänseende icke vara särskilt betydande. *De lege ferenda* kan här anvisas olika lösningar, varav en skulle vara att ytterligare stärka borgenärsskyddet, en annan att göra sig av med det tvingande borgenärsskyddet, helt eller delvis. Det är knappast kontroversiellt att, såsom Sacklén, med hänsyn härtill hävda, att

borgenärsskyddsreglerna i aktiebolagslagen knappast utgör "en *nödvändig förutsättning* för ett tillfredsställande borgenärsskydd". Har man emellertid en gång sagt detta, måste anvisningar om alternativlösningar ges. Personligen har jag svårt att tro, att Sverige kan överge den traditionella aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddsmodellen, som i övrigt sammanfaller med den som föreligger i de nationella rättssystemen inom den Europeiska Unionen, låt vara med relativt stora variationer. Helt kan man under alla förhållanden icke undvika borgenärsskyddsregler i aktiebolagslagen. Till och med i de amerikanska delstaternas rättssystem, där det finns en tendens att lägga mindre vikt vid restriktioner såvitt avser vinstutdelning m. m., tvingas man skydda borgenärerna inom aktiebolagsrätten, men på andra vis, oftast genom att ge ett betydligt större utrymme för principer för ansvarsgenombrott än i den svenska aktiebolagsrätten.

Avsaknaden av en distinktion mellan det ändamål och den funktion som borgenärsskyddet i aktiebolagslagen för närvarande har, å ena sidan, och det ändamål och funktion som borgenärsskyddet *bör ha*, å den andra, i Sacklén's framställning, gör resonemanget svårbegripligt och poänglöst. Av den inledningsvis och också i ett flertal övriga sammanhang utlovade "närmare" diskussionen om borgenärsskyddets "funktion och ändamål" blir i huvudsak ingenting. Denna brist är särskilt påtaglig, som författaren så uttalat satt sig före att angripa uppgiften och därvid förklarat, att det är "märkligt", att en sådan diskussion icke tidigare förts inom den aktiebolagsrättsliga doktrinen. Som nämnts ovan, resulterar den fastlagda föresatsen i stället i en tämligen intetsägande diskussion om skyddsbehovet *de lege ferenda*, vilken i princip synes utmynna i att borgenärsskyddet i aktiebolagslagen inte är nödvändigt, eftersom borgenärerna i allmänhet kan på kontraktuell grund tillgodose sina skyddsintressen.

Nu finns det — vilket inte minst verkligheten har visat — ett stort antal borgenärer som icke har möjlighet att fullt ut skydda sina intressen. Detta inser givetvis också Sacklén. Likväl menar Sacklén, att vissa av dessa borgenärskategorier ändå är i behov av ett lagstadgat borgenärsskydd: för den som i egenskap av borgenär deltar i en emission från ett aktiebolags sida av skuldebrev av det ena eller andra slaget är problemet emellertid icke av någon större dignitet, eftersom det enligt Sacklén står "den potentielle placeraren fritt att helt enkelt *avstå från att binda* medel i bolagets värdepapper" eller "*avyttra innehavet*" över börs eller på annat sätt; det starkaste skyddet för placeraren är emellertid enligt Sacklén det förhållandet, att "bolaget som regel är *beroende av aktie- och kreditmarknaderna för finansieringen av sin verksamhet*". Detta är dock en ringa tröst för placeraren i bolag i ekonomiska svårigheter eller konkurs. Möjligheterna att avstå från att göra affärer eller avyttra sina intressen föreligger dessutom i alla sammanhang. Avyttring kan emellertid vara svårare att åstadkomma, när säkerhet saknas och bolaget ifråga är ekonomiskt illa ute. Är det inte i själva verket så, att i dylika sammanhang fyller borgenärsskyddet i aktiebolagslagen en viss funktion, självständigt och i kombination med andra regler, t. ex. om informationskrav, så att placeraren inte avstår från att göra affären och ges möjlighet att avyttra innehavet utan större svårigheter.

I samma stund som Sacklén ifrågasätter nödvändigheten av borgenärsskyddet i aktiebolagslagen, uttalar han, att beträffande de borgenärer som "inte betingat sig realsäkerhet" borgenärsskyddet "under alla förhållanden" framstår "som stelbent och otillräckligt" (s. 160). I trots av alla

synpunkter *de lege ferenda* om bristerna i borgenärsskyddet, saknar framställningen konstruktiva förslag om hur bristerna skulle avhjälpas.

3. *Skall borgenärsskyddet vara tvingande eller dispositivt?*

När så Sacklén i ett senare skede (s. 162) ånyo ställer frågan om borgenärsskyddets funktion, till synes *de lege lata*, inleder han undersökningen härav med konstaterandet, att såväl förarbeten som juridisk doktrin är renons på uttalanden härom. Konstaterandet motsäger vad Sacklén själv funnit i ett tidigare avsnitt (s. 152) om att dessa rättskällor innehåller "en hel del uttalanden" om sagda funktion, och det kan redan på grund härav icke tas på fullt allvar. Sedan måste tilläggas, att man vid en utredning av frågan inte kan nöja sig med förarbetena till 1975 års aktiebolagslag, utan tvingas gå tillbaka till tidigare förarbeten; trots allt bygger aktiebolagslagen i allmänhet och borgenärsskyddet i synnerhet på traditioner från 1800-talet. Efter Sackléns nu ifrågavarande konstaterande går emellertid författaren över direkt på frågan, om borgenärsskyddet i aktiebolagslagen "bör vara tvingande eller dispositivt". Diskussionen synes för Sackléns vidkommande utmynna i slutsatsen, att dispositiva borgenärsskyddsregler är att föredra. Frågan har varit föremål för debatt i början av 1990-talet bl. a. på grund av professor Maceys inlägg i ämnet, men synes numera vara inaktuell. Det lagstiftningsarbete som för närvarande pågår inom aktiebolagsrätten, men även på andra områden, synes närmast gå ut på att stärka borgenärsskyddet med bibehållande av dess tvingande karaktär, snarare än att försvaga detsamma, genom att göra det dispositivt. De argument som förs fram av Sacklén (och av andra) till förmån för dispositiva borgenärsskyddsregler är ej heller särskilt övertygande. Så t. ex. är argumentet, att de flesta borgenärer klarar sig bra utan borgenärsskydd, en smula verklighetsfrämmande. Det är klart, att om borgenären föranstaltat om "betryggande säkerhet" (s. 163), aktiebolagslagens borgenärsskydd ofta är ointressant. Men hur många borgenärer kan efter 1980-talets trauma göra anspråk på att ha tillgodogjort sig "betryggande säkerhet"? Det förhållandet vidare, att borgenärsskyddet bl. a. upptagits i konkurslagens återvinningsregler (och i de sakrättsliga reglerna) samt i brottsbalken, är väl knappast en grund för att avskaffa det tvingande skyddet i aktiebolagslagen: de olika regelsystemen är ju såväl avsedda som ägnade att komplettera varandra. Även borgenärsskyddsreglerna i aktiebolagslagens 15 kap. — som för övrigt av Sacklén uppmärksammas först i ett sent skede — inklusive möjligheten för borgenär eller annan att erhålla skadestånd vid överträdelse av aktiebolagslagen eller bolagsordningen avvisas som obehövlige i dess tvingande form. Sacklén resonerar här enligt följande:

"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. ABL:s 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."

Argumentet är emellertid inte hållbart och utgör knappast ett stöd för dispositiva borgenärsskyddsregler. För det fall lagstiftaren skulle välja att ålägga skadeståndsskyldighet även beträffande brott mot "ingångna bolagsavtal", kvarstår ju skadeståndsregelns tvingande karaktär. Slutligen, att det tvingande borgenärsskyddet inte ökar förutsebarheten "i sådan grad att omsättningsintresset därigenom betjänas i någon nämnvärd omfattning", med hänsyn till att reglerna stundom är svårtolkade och HD:s praxis knapphändig, synes ej heller tala till förmån för dispositiva regler (s. 167), utan snarare för behovet av klarare, tvingande regler; sådana skulle öka förutsebarheten och rättssäkerheten. Överhuvudtaget synes de brister som Sacklén påtalar sammantaget utgöra ett argument för ett stärkt, klarare utformat, tvingande borgenärsskydd. Sacklén diskuterar heller inte vilka fördelarna skulle vara med ett dispositivt borgenärsskydd, kanhända helt enkelt på grund av att sådana icke är utan vidare skönjbara.

Det är heller inte utan vidare givet, såsom Sacklén tycks tro, att alla borgenärsskyddsregler har samma "funktion och ändamål." Helt allmänt skyddar visserligen de flesta reglerna på området — vilket är uppenbart — borgenärerna som kollektiv (liksom givetvis aktieägarna och andra intressegrupper). Ett väl utbyggt borgenärsskydd är en förutsättning för ett fungerande kreditliv. Användbarheten av aktiebolagsformen i näringslivet får också antas öka, om aktiebolaget från borgenärsskydds-synpunkt accepteras på kreditmarknaden. Eftersom bolagsformen är uppbyggd på grundsatsen, att delägarna icke ansvarar för bolagsförpliktelser — motsatsen gäller t. ex. för handels- och kommanditbolag — erfordras i vart fall ett visst minimum av skydd för att bolagsformen skall vinna acceptans på kreditmarknaden och detta skydd bör dessutom vara tvingande. Att sedan skyddet mycket väl skulle kunna byggas ut, med undvikande av de stora tolknings- respektive tillämpningssvårigheterna, och att borgenärerna har anledning att på kontraktuell grund ytterligare utöka skyddet, är en annan sak. I Sverige kommer med all säkerhet det tvingande borgenärsskyddet icke att kunna överges, också i beaktande av utvecklingen inom den Europeiska Unionen. Något alternativ gives icke, och den amerikanska modellen — enligt vilken, såsom ovan nämnts, borgenärsskyddet ytterst vilar på ett mera omfattande delägaransvar på grund av den synnerligen omfattande praxis om ansvarsgenombrott som utvecklats i domstolarna, vilken praxis för övrigt också har en tvingande karaktär — är ej eftersträvansvärd.

4. Vinstutdelningsreglerna — brutto- och nettometoderna

Den kanske största svagheten i Sackléns framställning föreligger emellertid i övergången till avsnitt 4, om tolkningen av ABL:s borgenärsskyddsregler. Det är synnerligen svårt att inse vilken relevans den långa diskussionen i avsnitt 3 om skyddsbehovet, nödvändigheten av borgenärsskyddsregler, möjligheterna att skydda sig på andra sätt, huruvida borgenärsskyddet skall vara dispositivt eller tvingande m. m. skulle ha för tolkningen av enskilda, nu gällande borgenärsskyddsregler, såsom t. ex. vissa av vinstutdelningsreglerna i aktiebolagslagens 12 kap. Hela ansatsen i det fjärde avsnittet är därför oriktig. Avsnitt 4 måste följaktligen betraktas

isolerat från den övriga delen av framställningen. Ej heller den allmänna genomgången av aktiebolagslagens borgenärsskyddsregler i avsnitt 2 är ägnad att ge någon vägledning. Här för är genomgången alltför översiktlig; dessutom tillkommer det förhållandet, att borgenärsskyddsreglerna i aktiebolagslagen är olika utformade och icke alltid dikterade av samma intressen.

Sacklén deskriptivt präglade diskussion om brutto- respektive nettometoden i det fjärde avsnittet är också resultatlös. Argumenten för de båda metoderna, förklarar Sacklén, är svaga; åsiktsskillnaden mellan företrädarna för den ena och andra metoden är att hänföra till ”uppenbart olika uppfattningar om borgenärsskyddsreglerna egentliga ändamål”. Sacklén synes emellertid inte ha uppfattat att det finns en variation i vad gäller utformning och ändamål borgenärsskyddsreglerna emellan. Det generella låneförbudet i ABL 12:7 har uppenbarligen ett annat syfte än vinstutdelningsprinciperna. Även om stadgandet ifråga bidrar till att skydda borgenärskollektivet, är det primära syftet att förhindra skatteflykt (förbudet omfattar nämligen alla lån till en viss förbjuden krets, helt oaktat att fullgod säkerhet lämnats, vid vilket fall borgenärskollektivet normalt icke lider skada). Syftet med stadgandet i ABL 7:1 är att primärt förhindra kringgåenden av nedsättningsreglerna i sjätte kapitlet, men även t. ex. att förhindra spekulation i egna aktier. (Förbudet omfattar varje förvärv med uttryckliga undantag, även gåva, även om fullgod säkerhet lämnas m. m.) Det är därför inte särskilt meningsfullt, att såsom Sacklén ifrågasätta nettometoden med hänvisning till borgenärsskyddsreglerna i allmänhet (se s. 171), eller de nu berörda borgenärsskyddsbestämmelserna i ABL 12:7 och ABL 7:1 i synnerhet. Det är knappast någon företrädare av nettometoden som gjort gällande — vilket Sacklén tycks tro — att ”ABL:s borgenärsskyddsregler i allmänhet uppställts till skydd enbart för det bundna kapitalet” (se s. 172). Detta inser så småningom också Sacklén, men på ett alltför sent stadium.

När det sedan gäller själva sakfrågan om brutto- respektive nettometodens primat, lämnar Sacklén diskussion en hel del övrigt att önska. I vad avser såväl akribi som logik.

I förstnämnda hänseende kan i allra största korthet noteras, att Sacklén ofta nog uttalar, att den ena eller andra slutsatsen inom den aktiebolagsrättsliga doktrinen antingen icke är ”övertygande” eller är ”felaktig”, dock utan att ange några som helst skäl för sin ståndpunkt. Tillvägagångssättet ger ett intryck av att Sacklén uppfattning är, att hans uttalanden i dessa hänseenden har ett så stort auktoritetsvärde, att sakargumenten är överflödiga. Se exempel härpå i fotnoterna 23, 93, 96 och 108 och 109. Så t. ex. anges icke skälen till att vissa argument för nettometoden enligt Sacklén uppfattning är ”direkt felaktiga eller utan betydelse för frågan om bruttometoden eller nettometoden är att tillämpa” (se fotnot 96). För övrigt är referatet av de skäl som av mig anförts till förmån för nettometoden så ofullständigt, att det ger ett felaktigt intryck av skälens innehåll. I fotnot 108 tillskrivs jag dessutom ståndpunkten, att s. k. läkning inte skulle kunna förekomma. Detta är också fel. Sacklén synes ha tagit del av min undersökning i all hast (se SvST 1993 s. 353), och inte noterat att vad jag anför på s. 394 är en av *bruttometod*anhängarna hävdad ståndpunkt, och icke min egen. Se härom mera nedan.

I min utredning om brutto- respektive nettometoden har jag nått slutsatsen, att endast en strikt bokstavstolkning av ABL 12:2 talar för bruttometoden, men att det i övrigt föreligger en rad goda skäl för nettometoden. Bland de olika skäl för nettometoden som jag lyfter fram, har jag funnit

att framför allt följande är centrala: Bruttometoden förutsätter ett upprätthållande av de formkrav som uppställs i ABL 12:2–3, varvid formkraven i själva verket ges en tvingande prägel. Att formkraven skulle vara tvingande talar emellertid emot den uppfattning som till synes samtliga företrädare för den aktiebolagsrättsliga doktrinen uttalat, nämligen att formkraven skall betecknas som dispositiva minoritetsskyddsregler. Ses formkraven helt eller delvis som tvingande borgenärsskyddsregler, måste i princip all förtäckt vinstutdelning betraktas som olovlig. Ett sådant resultat skulle stå i strid med den mening som tillkännagivits av så gott som samtliga företrädare för den aktiebolagsrättsliga doktrinen, nämligen att förtäckt vinstutdelning, beroende på om den inkräktar på bundet kapital eller inte, kan vara såväl olovlig som lovlig. Vidare skulle ett fasthållande vid bruttometoden i princip omöjliggöra koncernbidrag enligt den teknik som utvecklats i praxis under en lång rad av år, vilken praxis uppenbarligen har baserats på det grundläggande syftet med vinstutdelningsspärren i ABL 12:2, nämligen skyddet av det bundna kapitalet. Alla koncernbidrag, som går utöver vad som beloppsmässigt är utdelningsbart enligt senast fastställda balansräkning, skulle med en tillämpning av bruttometoden vara olovliga, oberoende av vad den efterföljande balansräkningen ger utrymme för. Icke i något sammanhang, vare sig i rättspraxis eller i doktrinen, har hitintills hävdats, att koncernbidrag enligt praxis skulle vara olovliga transaktioner.

De grundläggande resonemanget bakom dessa slutsatser är följande.

1. Antages i enlighet med i vart fall tidigare rättspraxis, att bestämmande för vad som är utdelningsbart vid utbetalningar under löpande räkenskapsår i reguljära former är den senast fastställda balansräkningen, är fråga genomgående om principerna för någon form av efterutdelning. Bestämmande för vad som kan betalas ut från bolaget är utslutande det som framgår av bolagets senast fastställda balansräkning i fråga om bundet kapital och för vinstutdelning disponibelt belopp. Att bolaget efter det i den fastställda balansräkningen behandlade räkenskapsårets utgång gjort vinster, som skulle möjliggöra ytterligare utdelning, skall enligt detta antagande inte påverka storleken av utdelningsbart belopp. Har bolaget däremot gjort förluster, torde försiktighetsregeln fordra hänsynstagande därtill i samband med efterutdelningen. Frågan om förluster efter fastställandet av den senaste balansräkningen, men före utbetalningstillfället, skall medföra sådan verkan, är osäker, men sannolikt fordrar försiktighetsregeln — under nu gjorda antaganden — detta. Eljest skulle utbetalningen riskera att inkräkta på det bundna kapitalet, med följd att utbetalningen blir olovlig; en annan fråga är sedan om gjorda vinster efter utbetalningstillfället är ägnade att läka denna olovlighet, om det bundna kapitalet i en efterföljande balansräkning återigen är intakt (varom mera nedan). Med det gjorda antagandet avgörs emellertid icke frågan om brutto- eller nettometodens tillämplighet: båda metoderna är möjliga inom ramen för det nu antagna regelsystemet. Förskottsutdelning eller koncernbidrag med sikte på genererade vinster under räkenskapsåret skulle däremot med detta betraktelsesätt icke utan vidare vara möjlig, eftersom referensramen endast är den senast fastställda balansräkningen. Detsamma skulle givet-

vis gälla förskottsutdelning i beaktande av förväntade vinster (vilken utdelningsform må betecknas som förskottsutdelning i egentlig mening). Brutto- eller nettometodens tillämplighet är emellertid avhängiga av vad som skall verka bestämmande i den senast fastställda balansräkningen. Bruttometoden förutsätter (vilket skall utvecklas nedan), att bestämmande för vilket belopp som totalt sett kan utdelas är det i den senast fastställda balansräkningen utdelningsbara beloppet (uttryckt i kronor och ören, nedan betecknat som "alternativ 1 A"). Nettometoden förutsätter å andra sidan, att det avgörande är huruvida det bundna kapitalet i aktiebolaget är intakt eller inte från tid till annan (nedan "alternativ 1 B").

2. Antages i stället att bestämmande för tillåtligheten av en utbetalning är effekten av utbetalningen på den efterföljande balansräkningen, borde alla former av förtäckt utdelning, förskottsutdelning, koncernbidrag m. m. kunna ske under förutsättning endast, att det bundna kapitalet enligt den efterföljande balansräkningen är intakt (med hänsyn tagen till försiktighetsregeln; här bortses från skatteeffekter och kravet på avsättning till reservfonden). Skulle enligt detta synsätt en förtäckt utbetalning ha den balansmässiga effekten, att det bundna kapitalet icke längre är intakt, är därmed utbetalningen olovlig, i vart fall till den del den gör intrång på det bundna kapitalet. Med hänsyn härtill kan varje förtäckt utbetalning betecknas som — latent — olovlig i beaktande av att bolaget efter utbetalningstillfället kan göra förluster som självfallet påverkar bolagets utbetalningsförmåga i detta hänseende. Även det koncernbidrag som ofta betecknas som räkenskapsårets sista affärshändelse är på detta sätt "latent" olovligt intill det i enlighet med försiktighetsregeln kan konstateras, att bolaget efter denna affärshändelse fram till den ordinarie bolagsstämman inte gjort förluster som påverkar möjligheten att på önskvärt sätt ge koncernbidrag.

3. En tredje, kanhända avlägsen, möjlighet är att fastställandet av utdelningsbart belopp skall ske med utgångspunkt från bolagets ställning vid utbetalningstillfället. Varje utbetalning skulle under sådana förhållanden fordra upprättande av ett bokslut vid tillfället för utbetalningen för att kontroll därigenom skulle kunna ske av utbetalningens effekt på balansräkningen vid utbetalningstillfället. Därest utbetalningen på sådan grund icke inkräktar på det bundna kapitalet, skulle den således vara lovlig oberoende av den senast fastställda balansräkningens utbetalningsram och oberoende av att i en efterföljande balansräkning utrymmet för utbetalningar och utdelningar har minskat på grund av senare, efter utbetalningen, gjorda förluster. Utgångspunkten enligt detta alternativ blir självfallet ändå den senast fastställda balansräkningen med tillägg för affärshändelser fram till dagen för utbetalningen. Har bolaget gjort förluster under tiden efter det aktuella räkenskapsårets slut, är detta givetvis ägnat att minska utdelningsutrymmet. Har å andra sidan bolaget gjort vinster, ökar i motsvarande grad detta utrymme. Resultatet av detta tredje alternativ ligger mycket nära alternativ 1 ovan med en väsentlig skillnad: Saken är avhängig av om tillämpningen av alternativ 1 skall ske med hänsyn till huruvida det bundna kapitalet är intakt eller inte eller med utgångspunkt från det i den senast fastställda

balansräkningen angivna utdelningsbara beloppet, dvs. alternativ 1 A. Skall alternativ 1 tolkas så, att det i den senaste fastställda balansräkningen angivna beloppet för utdelning är den absoluta beloppsmässiga gränsen för varje utbetalning, föreligger en klar skillnad. Skall alternativ 1 i stället tolkas så, att avgörande är om det bundna kapitalet är intakt eller inte, synes alternativ 1 och 3 i stort sett sammanfalla, dvs. alternativ 1 B.

Vad nu sagts om tre alternativa synsätt hindrar inte att dessa kombineras eller sammanjämkas till en helhetssyn enligt följande. En utbetalning som inkräftar på bundet kapital enligt senast fastställda balansräkning är olovlig, och skall återbäras, men återbäringsskyldigheten kanhända aldrig aktualiseras om vid en efterföljande ordinarie bolagsstämma det befinns, att mellankommande vinster återställt det bundna kapitalet. (Återbäringsskyldigheten är "latent" intill dess att så har skett.) I detta mönster skulle förtäckta utdelningar, förskottsutdelningar, interimutdelningar, anteciperade utdelningar och koncernbidrag m. m. kunna inpassas. En utbetalning, som icke inkräftar på bundet kapital enligt senast fastställda balansräkning, men på det bundna kapitalet enligt delårsbokslut vid utbetalningstillfället, torde också vara olovlig, men även här kan återbäringsskyldigheten utsläckas, om en efterföljande balansräkning visar, att det bundna kapitalet återställts. En utbetalning, slutligen, är lovlig om den icke inkräftar på bundet kapital enligt senast fastställda balansräkning och ej heller på det bundna kapitalet vid utbetalningstillfället, varvid en tillämpning av försiktighetsregeln är ägnad att tillgodose, att hänsyn tas till förluster gjorda före utbetalningstillfället, och den är lovlig, oavsett efterföljande, eventuella oförutsedda förluster. Resonemanget förutsätter, att olovlighetens effekt, nämligen ogiltigheten, kan "läkas" på grund av efterkommande omständigheter, vilket icke är uteslutet: Har det bundna kapitalet väl återställts, lider borgenärerna ju ingen skada. (En annan sak är sedan att risken för att borgenärerna skadas kan vara tillräcklig för tillämpligheten av vissa straffrättsliga regler.) Mot slutsatsen talar emellertid ett uttalande av Karlgren i Sueciamålet (NJA 1951 s. 6 I) om att återbäringsskyldigheten icke kan bortfalla genom att bolaget visar, att bolaget i verkligheten, på grund av dolda reserver eller eljest, vid utdelningstidpunkten haft kvar tillgångar som motsvarar dess skulder, inberäknat de bundna fonderna. Uttalandet skall emellertid tolkas som ett påpekande om att det är den balansmässiga effekten av en utbetalning som är avgörande för dess lovlighet och giltighet, oberoende av bolagets ekonomiska tillstånd mot bakgrund av tillgångarnas verkliga värde. Tillägget "eller eljest" bör sålunda inte övertolkas.

Denna nu utvecklade helhetssyn kan emellertid inte upprätthållas om alternativ 1 A ovan ses som mest förenligt med gällande rätt. Detta alternativ utesluter i stort sett alla övriga synsätt, enär alternativet innebär, att utrymmet för utbetalningar är beloppsmässigt fixerat till utdelningsbart belopp enligt senast fastställda balansräkning. Förtäckt utdelning, förskottsutdelning, koncernbidrag m. m. utöver det på så sätt maximerade beloppet utgör olovlig vinstutdelning oavsett tillståndet i en efterföljande balansräkning och oaktat att bolaget före

utbetalningstillfället genererat betydande vinster. Vid ett sådant betraktelsesätt skulle det nämligen sakna betydelse om det vid fastställandet av en efterföljande balansräkning kunde konstateras, att det bundna kapitalet är intakt; någon "läkning" av "latent olovliga" utbetalningar kan därvid icke komma i fråga.¹

Endast s. k. formenliga efterutdelningar inom ramen för det fastställda beloppet är under dylika förhållanden möjliga, såvida inte en tillämpning av försiktighetsregeln ytterligare reducerar beloppet ifråga. Effekten av alternativ 1 A är, att maximalt utdelningsbart belopp totalt sett, oavsett hur många utbetalningar som sker och hur många extra bolagsstämmor som hålls för utdelningsbeslut, är det utdelningsbara beloppet enligt senast fastställda balansräkning intill dess vid ordinarie bolagsstämma för det löpande räkenskapsåret ny balansräkning fastställs och där framgår, att ytterligare medel är tillgängliga för utdelning.² En efterföljande balansräkning skall heller inte påverka lovligheten av utbetalningen, ej heller giltigheten av ett koncernbidrag. Innebörden härav är att också koncernbidrag som utdelning är ogiltigt oberoende av vad den efterföljande balansräkningen ger utrymme för. *Problemet med koncernbidraget (förskottsutdelningen, den förtäckta utdelningen etc.) enligt detta synsätt är ju icke att det gör intrång på det bundna kapitalet — vilket problem löses eller läks genom att bundet kapital är intakt i efterföljande balansräkningar — utan fastmer att den i den fastställda balansräkningen fixerade beloppsgränsen överskridits, vilken lagstridighet icke utan vidare kan bli föremål för "läkning" på samma grund.* Ett rigoröst fasthållande vid alternativ 1 A medför också, att de formella reglerna i ABL 12 angående vinstutdelning enligt fastställd balansräkning vid ordinarie bolagsstämma får relevans även från borgenärsskyddssynpunkt. I praktiken blir dessa regler tvingande borgenärsskyddsregler. Varje utdelning måste — för undvikandet av olovlighet och ogiltighet — ske i efterutdelningens form, med en redovisning av utdelningen så att det utdelningsbara beloppet minskas med utdelat belopp, etc. Såsom utvecklats av mig i SvST 1993 s. 353, bl. a. med utgångspunkt i vad som nu sagts, kan emellertid alternativ 1 A icke anses uttrycka gällande rätt.

Alternativ 1 A enligt den tolkning som här har presenterats närmar sig i själva verket den lösning som utvecklats i tysk rätt beträffande aktiebolag enligt Aktiengesetz (1965). Motsvarigheten i den tyska Aktiengesetz till det svenska utbetalningsförbudet finns förborgad i §§ 57 och 58, punkten 1 i § 57 och punkten 5 i § 58 ("Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewöhrt werden" respektive "Vor Auflösung der Gesellschaft darf unter die Aktionäre nur der Bilanzgewinn verteilt werden.") Föreskrifterna, som härrör från 1800-talet, innebär dels ett förbud mot återbetalning av aktieägares tillskott, dels ock ett förbud att till aktieägare utdela eller utbetala annat än vinst enligt balansräkningen. Det är främst det sistnämnda stadgandet som kan betecknas som det tyska utbetalningsförbudets kärna, alltmedan det förstnämnda stadgandet främst syftar till att skydda aktiebolagets bundna kapital. Såsom punkten 5 i § 58 kommit att tolkas i tysk rättspraxis och doktrin under de senaste decennierna (varvid skall sägas att diskussio-

¹ Se t. ex. som uttryck för denna inställning Danielsson, Aktiekapitalet, s. 234: "Här måste ett val göras mellan att bortse från en formregel och att låta dess överträdande från de enskildas sida medföra t. ex. tillbakaföring av miljonbelopp inemot tio år efter det felet begåtts. Högsta domstolen valde i 1951 års fall att upprätthålla formregeln". Denna "stränga" formregel är enligt Danielsson tvingande, se s. 223 och 234.

² Jfr dock Lindskog, Juridisk Tidskrift 1992, 94 fotnot 41.

nen varit mycket livlig och motsättningarna stora), har stadgandet utvecklats till ett *utbetalningsförbud på grundval av formkraven*: Utdelningsbart är i anledning härav enligt gällande ståndpunkt i Tyskland uteslutande vad som enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisats som vinst, vartill även kommer ett krav på att förfarandereglerna för vinstutdelning iaktas. Utbetalningsförbudet upprätthålls sålunda strikt genom såväl materiella som formella föreskrifter avsedda att skydda såväl borgenärer som aktieägare. Det på så sätt utvecklade tyska utbetalningsförbudet utesluter följaktligen också förtäckt vinstutdelning ävensom koncernbidrag och förskottsutdelning. (Se om det tyska utbetalningsförbudet i Aktiengesetz främst Wilhelm, Jan: "Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung", in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, in Gemeinschaft mit Kurt Ballerstedt und F.A. Mann hrsg v. Horst Heinrich Jakobs, Brigitte Knobbe-Keuk, Eduard Picker, Jan Wilhelm, Bd. II, Köln (O. Schmidt) 1978, s. 337–397; Tries, H.J, Verdeckte Gewinnschüttungen im GmbH-Recht, Köln 1991, s. 28 ff. och 64 ff., med vidare hänvisningar till en mycket omfattande tysk litteratur.) Denna utveckling av det tyska utbetalningsförbudet, som långtifrån var given med utgångspunkt i lagens ordalydelse, sammanhänger givetvis med den specifika tyska situationen; att med stöd av denna utveckling i tysk rättspraxis och doktrin dra några slutsatser beträffande svensk rätt tillhör säkerligen det mera äventyrliga. Det bör betänkas, att i Tyskland ges två regelsystem för aktiebolags verksamhet, dels den beträffande Aktiengesellschaften, dels regelsystemet beträffande GmbH-bolag. I mycket bjärt kontrast till det strikta utbetalningsförbudet enligt Aktiengesetz står nämligen vinstutdelningsprinciperna för GmbH-bolag, vilka kan sammanfattas i principen om det bundna kapitalets helgd. Så länge det bundna kapitalet är intakt, tillåter den tyska Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung §§ 30–31 såväl förtäckt vinstutdelning som koncernbidrag och förskottsutdelning. Principerna vilar på tanken om den balansmässiga effekten av en utbetalning. På samma sätt skall utdelning av sakvärden och framför allt dolda reserver prövas mot bakgrund av det balansmässiga resultatet. Se härom Tries, op. cit. s. 36 f. Denna dikotomi i tysk rätt synes återspeglas i den svenska doktrinens diskussion om brutto- och nettometod.

Mot detta resonemang kan ställas Sackléns slutsats enligt följande:

"Det kan därför mycket väl förhålla sig så, att ett sålunda lämnat [koncern]bidrag skall anses olovligt till den del det inte rymms inom utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret (med avdrag för under året redan gjorda utdelningar), men att olovligheten 'läks' när bidraget fastställts 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. 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. Om detta är riktigt utgör gällande koncernbidragspraxis heller inte något stöd för nettometoden, som ju även den tar sin utgångspunkt i fastställd balansräkning." (Fotnoter är utelämnade.)

Denna slutsats ligger i princip i linje med den helhetssyn som jag presenterat i min utredning (se s. 392–393) och som återgivits ovan; det är också denna helhetssyn som ligger till grund för min egen uppfattning såsom anhängare av nettometoden, vilket klart framgår av min framställning på s. 399 ff. (Det är därför oförklarligt, att Sacklén icke har uppfattat mina slutsatser i dessa delar, se Sacklén i fotnoterna 108 och 109.) Med denna inställning möjliggörs koncernbidrag enligt den praxis som för närvarande gäller. Själva ledmotivet i min framställning, som bl. a. kommer till uttryck i ovan anförda slutsatser — men som tydligen helt gått Sacklén förbi — är emellertid att inställningen *företsätter att nettometoden är tillämplig* och är till yttermera visso *helt oförenlig* med bruttometoden. (Jag hänvisar härvid till det ovan angivna och min framställning

s. 393 ff. och slutsatserna 4 och 5 på s. 400 f.) Själva poängen i min framställning är nämligen just att bruttometoden förutsätter *formenliga efterutdelningar* inom ramen för utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. Eftersom bruttometoden vilar på denna formenlighet med hänvisning till fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret, kan överhuvudtaget någon "läkning" icke komma ifråga. "Läkningen" är ju avsedd att återställa det bundna kapitalet. Bruttometoden kräver ju, enligt vad som framgått, mer än återställande eller bibehållande av det bundna kapitalet. (Här bortses från försiktighetsregeln.) *Felet eller "sjukdomen", vid förskottsutdelning, koncernbidrag m. m., är ju med en tillämpning av bruttometoden icke att det bundna kapitalet icke riskerar att vara intakt, utan att det disponibla beloppet enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret överskridits. En sådan "sjukdom" kan med en tillämpning av bruttometoden icke "läkas" med ett i nästkommande balansräkning redovisat intakt bundet kapital.* (Belysande för denna problematik är den dikotomi som råder inom tysk rätt ifråga om Aktiengesellschaften och GmbH-bolag, som jag kortfattat beskrivit på s. 394 f. i min framställning. För de omkring halva miljonen GmbH-bolag i Tyskland gäller principen om det bundna kapitalets bevarande. För de ca 3 000 Aktiengesellschaften gäller istället vinstutdelning på grundval av tvingande formregler).

Erik Nerep

