

Målnummer: T2023-94 **Avdelning:**

Domsnummer: DT232-95

Avgörandedatum: 1995-12-28

Rubrik: Det har ansetts inte stå i strid med regeln i 12 kap 2 § 1 st aktiebolagslagen (1975:1385) att till grund för bedömningen av storleken av en s k sakutdelning lägga det bokförda värdet av tillgångarna i fråga och inte ett högre värde, såsom t ex deras bedömda marknadsvärde.

Lagrum: 12 kap. 2 § första st. aktiebolagslagen (1975:1385)

Rättsfall:

REFERAT

Åstorp Intressenter AB:s konkursbo (konkursboet) förde efter stämning å kommanditbolaget Bastiljen nr 4 vid Malmö TR den talan som framgår av TR:ns dom.

TR:n (lagmannen Arrfelt, rådmannen Riving, referent, och hovrättsassessorn Hellström) anförde i dom d 17 jan 1992:

Bakgrund.

Åstorp Intressenter AB (Åstorps) försattes i konkurs vid Ängelholms TR d 28 april 1989. Åstorps är ett av många bolag som varit föremål för skälbolagstransaktioner i den s k La Reinehärvan efter det ursprungliga moderbolaget i koncernen, La Reine Textil och Sport AB i Eslöv. Astorps ägdes fram till d 6 april 1988 av en familj R i Kvidinge, då under firma AB R:s Bil- & Maskinaffär. Bolaget hade som verksamhet att förvalta fastigheter och värdepapper samt att rekonditionera bilar och maskiner för vidareförsäljning. Genom avtal d 23 mars 1988 överfördes inkråmet avseende rekonditioneringsverksamheten samt vissa av bolagets fastigheter till nya bolag, ägda av familjen R. Därefter kom Åstorps att innehålla likvida medel om ca 9 milj kr, värdepapper till ett bokfört värde av ca 1,3 milj kr samt fastigheten stadsäga 1081 A i Åstorps kommun, numera Åstorp Vallbo 5, (fastigheten) med ett bokfört värde av 318 908 kr, ett anskaffningsvärde av 4 319 900 kr och ett taxeringsvärde av 3 600 000 kr.

Genom köpeavtal d 28 mars 1988 förvärvade HB Capinova Finans nr 3, numera KB Bastiljen nr 3 (Bastiljen 3), aktierna i Astorps för en köpeskilling om 17 014 000 kr med tillträde av aktierna d 6 april 1988. Enligt avtal d 8 april 1988 köpte AB Tågmästaren, vilket bolag sedan d 2 febr 1988 ägdes av La Reine Textil och Sport AB, samtliga aktier i Åstorps för en köpeskilling om 8 467 000 kr med tillträde av aktierna d 12 april 1988. Den 11 april 1988 sålde Åstorps fastigheten för bokförda värdet till HB Capinova Finans nr 4, numera KB Bastiljen nr 4 (Bastiljen 4). Bastiljen 3 och Bastiljen 4 var systerbolag och ägdes av Vävaren Förvaltnings AB. Ställföreträdare och firmatecknare för samtliga bolag var bla S.L. och C.N., vilka efter Bastiljen 3:s förvärv av Åstorps även företrädde det senare bolaget. Den 21 dec 1988 sålde Bastiljen 4 fastigheten vidare till en G.W. för en köpeskilling av 12 milj kr. G.W. sålde i sin tur d 27 dec 1988 fastigheten till ett av hans barn ägt bolag för 3 251 000 kr.

Det fria egna kapitalet i Åstorps enligt fastställd balansräkning för det vid tiden

för fastighetsförsäljningen senaste räkenskapsåret, d 1 sept 1986-d 31 aug 1987, uppgick till 2 385 261 kr med en beslutad avsättning till reservfonden om 92 000 kr. Utdelningsbart belopp enligt 12 kap 2 § 1 st aktiebolagslagen (ABL) uppgick således till 2 293 261 kr. (Beteckningen ABL användes i referatet genomgående för aktiebolagslagen (1975:1385); red:s anm).

Parternas talan och grunder för talan

Konkursboet har under åberopande av grunderna för bestämmelsen i 12 kap 5 § 1 st ABL yrkat förpliktande för Bastiljen 4 att till konkursboet återbära 9 387 831 kr jämte ränta enligt 5 § räntelagen från d 11 april 1988 till dagen för delgivning av stämningsansökan samt enligt 6 § räntelagen från sistnämnda dag tills betalning sker.

Bastiljen 4 har bestritt käromålet och förklarat sig inte kunna vitsorda vare sig yrkat kapitalbelopp eller ränta för tiden före delgivningsdagen.

Konkursboet har som grund för sin talan anfört följande. Fastighetens marknadsvärde var vid tiden för försäljningen avsevärt högre än dess bokföringsmässiga värde; fastigheten rymde en betydande dold reserv. Konkursboet påstår härvid att marknadsvärdet per försäljningsdagen, vilken bör vara värdetidpunkt, uppgått till 12 milj kr eller i vart fall inte understigit 10,6 milj kr. Bestämmelsen om vinstutdelning i 12 kap 2 § ABL är analogt tillämplig på såväl öppna som förtäckta utbetalningar till tredje man. Sådana utbetalningar är således tillåtna endast om de håller sig inom ramen för bolagets fria egna kapital enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. Konkursboet hävdar att transaktionen mellan Åstorps och Bastiljen 4 inte varit affärsmässigt betingad utan är att betrakta som en vederlagsfri utbetalning till tredje man av ett belopp motsvarande skillnaden mellan i första hand fastighetens marknadsvärde, 12 milj kr, och försäljningspriset, 318908 kr, eller 11 681 092 kr. Försäljningen är följaktligen, med beaktande av Åstorps fria egna kapital, att anse som en olovlig utbetalning till ett belopp om 9 387 831 kr. Om TR:n inte skulle anse marknadsvärdet vara det relevanta värdet, skall i vart fall fastighetens anskaffningsvärde läggas till grund för beräkningen av den vederlagsfria utbetalningen. Bestämmelsen i 12 kap 5 § 1 st ABL om skyldighet för aktieägare att återbära vad han uppburit i strid mot lagens vinstutdelningsregler är analogt tillämplig på fall då tredje man mottagit olovlig utbetalning från ett bolag. Bastiljen 4 skall därför åläggas att återbära det olovliga utbetalade beloppet jämte ränta.

Konkursboet har inte gjort gällande att den sk allmänna försiktighetsregeln i 12 kap 2 § 2 st ABL skulle vara tillämplig i målet. Bastiljen 4 har till grund för bestridandet anfört följande. Bastiljen 4 gör i första hand gällande att samtliga transaktioner mellan Bastiljenbolagen och Åstorps, således även fastighetsförsäljningen, varit uteslutande affärsmässigt betingade, varför bestämmelserna i 12 kap ABL om vinstutdelning inte är tillämpliga. Om TR:n skulle finna att fastighetsförsäljningen inte varit affärsmässigt betingad och således att vinstutdelning har förelegat, hävdar Bastiljen 4 i andra hand att vinstutdelningen inte varit olovlig, eftersom transaktionen inte inkräktat på Åstorps bundna egna kapital. Bastiljen 4 gör således gällande att egendomsöverföringen varit tillåten enligt den s k nettometoden, enligt vilken vinstutdelning är tillåten så länge den inte inkräktar på bolagets bundna medel och inte heller strider mot den allmänna försiktighetsregeln. Eftersom fastighetens bokförda värde väl rymts inom det fria egna kapitalet i Åstorps enligt den senaste balansräkningen, har utbetalningen inte varit otillåten. Om TR:n i stället skulle anse den s k bruttometoden tillämplig, enligt vilken en tillgångs marknadsvärde måste rymmas inom ramen för utdelningsbara medel, gör Bastiljen 4 i tredje hand gällande att bestämmelsen i 12 kap 5 § 1 st ABL om återbäring av utdelade vinstmedel inte är analogt tillämplig på utbetalningar till tredje man och inte heller kan föranleda en förpliktelse att återbära annat än det som olovligen uppburits, i det aktuella fallet fastigheten. Denna förpliktelse kan Bastiljen 4 inte uppfylla, eftersom fastigheten sedan länge är såld. Bastiljen

4 hävdar i sista hand att bolaget inte är återbäringskyldigt, eftersom bolaget haft skälig anledning anta att fastighetsförsäljningen utgjorde laglig utbetalning enligt nettometoden.

Bastiljen 4 har förklarat sig inte kunna vitsorda ett högre uthålligt marknadsvärde på fastigheten än 6 milj kr. Vid bestämmandet av fastighetens marknadsvärde skall enligt Bastiljen 4 avdrag göras för den latent skatteskuld om 72 %-52 % inkomstskatt och 20 % vinstdelningskatt - som åvilat fastigheten. Bastiljen 4 har inte vitsordat försäljningsdagen som värdetidpunkt. Som andra tänkbara värdetidpunkter har Bastiljen 4 angett dagen för senast fastställda balansräkning, dagen för fastställelse av nästkommande balansräkning eller dagen för Bastiljen 3:s förvärv av aktierna i Åstorps.

Konkursboet å sin sida har hävdatt att bruttometoden skall tillämpas vid bedömningen av värdeöverföringens tillåtlighet samt att fastighetens marknadsvärde härvid skall beräknas utan avdrag för latent realisationsvinstskatteskuld. Konkursboet har vidare hävdatt att Bastiljen 4:s sistahandsinvändning innefattar ett påstående om rättsvillfarelse samt gjort gällande att bestämmelsen om godtrosskydd i 12 kap 5 § 1 st 2 ABL inte är tillämplig på misstag rörande innehållet i gällande rätt. Parterna har åberopat skriftlig bevisning. Domskäl.

Fastighetens marknadsvärde

Frågan om fastighetens marknadsvärde har betydelse för bedömningen av såväl huruvida transaktionen mellan Åstorps och Bastiljen 4 varit affärsmässigt betingad som, om så inte skulle anses vara fallet, storleken av den vederlagsfria värdeöverföringen. TR:n behandlar därför inledningsvis denna fråga.

Konkursboet har till stöd för sitt påstående att fastigheten varit värd 12 milj kr hänvisat till Bastiljen 4:s vidareförsäljning av fastigheten samt hävdatt att det marknadsmässiga avkastningskravet vid denna tid uppgick till 6-7 %. I köpeavtalet mellan Bastiljen 4 och G.W. angavs fastighetens driftsnetto till 922 896 kr. Med ett avkastningskrav om 7 % skulle värdet på fastigheten således ha uppgått till $922\,896 \text{ kr} / 7\% = 13184\,228 \text{ kr}$. Konkursboet har vidare åberopat ett av T.A. under år 1990 utfärdat värderingsintyg, enligt vilket fastigheten bedömts ha ett värde av 12 milj kr vid årsskiftet 1989/90. Till stöd för sitt andrahandspåstående om marknadsvärdet har konkursboet åberopat ett av B.O.A. d 8 nov 1987 utfärdat intyg, enligt vilket fastigheten vid den tiden bedömts vara värd 10,6 milj kr. Konkursboet har även hänvisat till att Bastiljen 4 i maj 1988 tagit ut pantbrev i fastigheten på 6,8 milj kr inom 9,6 milj kr samt till att S.L. och C.N. vid edgångssammanträde d 24 juli 1989 i Åstorps konkurs uppskattat fastighetens värde till 10-11 milj kr.

Bastiljen 4 har anfört: G.W. hade under år 1988 gjort stora realisationsvinster på aktier, varför han var intresserad av att skaffa sig realisationsförluster under samma beskattningsår varemot han kunde kvitta vinsterna. G.W. betalade därför ett kraftigt överpris för fastigheten. När han sålde denna vidare till ett väsentligt lägre pris, kunde han tillgodogöra sig realisationsförlusten samtidigt som hans barn tillfördes kapital. Hyresintäkterna för fastigheten uppgick i dec 1988 till 922 896 kr, vilken hyresnivå Bastiljen 4 garanterade i köpehandlingen. Avtalsparterna uppskattade med ledning härav och med utgångspunkt i ett avkastningskrav om 10-11 % värdet till ca 8,5 milj kr. Detta värde överensstämmer i stort med både en av länsskattemyndigheten i Kristianstads län d 5 juni 1989 utförd värdering, enligt vilken fastigheten bedömdes ha ett värde av 8,6 milj kr, och en av fastighetsmäklaren L.K. d 2 sept 1991 utförd värdering, enligt vilken fastigheten ansågs vara värd 8,9 milj kr vid årsskiftet 1988/89.

TR:ns bedömning.

En fastighets marknadsvärde utgörs av det pris fastigheten sannolikt skulle ha

betingat vid en försäljning i den allmänna marknaden. Detta värde fastställs vanligen med tillämpning av ortsprismetoden efter en ortsprisjämförelse eller avkastningsmetoden med ledning av en avkastningskalkyl eller kostnadsmetoden efter en beräkning av det tekniska nuvärdet. Något material på vilket rätten kan grunda en ortsprisjämförelse eller en beräkning enligt kostnadsmetoden har inte tillförts målet. De av T.A. och L.K. utförda värderingarna avser i huvudsak avkastningsberäkningar medan det av B.O.A:s utlåtande inte framgår efter vilka kriterier värderingen skett.

TR:n finner inledningsvis att dagen då fastigheten överläts till Bastiljen 4 skall vara avgörande vid bedömningen av om olovlig vinstutdelning förelegat (jfr NJA 1980 s 311). Som en följd härav bör även bedömningen av fastighetens värde hänföra sig till denna dag.

Fastigheten har ostridigt i dec 1988 sålts vidare av Bastiljen 4 för 12 milj kr. Bastiljen 4:s påstående att G.W. haft särskilda personliga och ekonomiska skäl för att betala ett överpris för fastigheten har lämnats obestritt av konkursboet och får därför godtas. TR:n finner det mot bakgrund härav sannolikt att köpeskillingen vid försäljningen till G.W. i inte obetydlig mån har påverkats av andra än marknadsmässiga faktorer. Prissättningen vid denna försäljning kan därför inte föranleda till någon bestämd slutsats rörande marknadsvärdet. Samma förhållande gäller i fråga om G.W.:s vidareförsäljning av fastigheten.

Det material parterna tillfört målet i denna del ger inte något klart stöd för endera partens ståndpunkt i fråga om marknadsvärdet. T.A:s och L.K:s avkastningsberäkningar utgår i huvudsak från skiftande bedömningar av det marknadsmässiga avkastningskravet på fastigheter av denna typ under år 1988. Någon närmare utredning om avkastningsförväntningarna på fastighetsmarknaden vid denna tid har emellertid inte förebragts. B.O.A. har, som nämnts, inte angett någon metod för sin beräkning. Som framgått i det föregående har fastigheten vid mitten av år 1989 värderats av länsskattemyndigheten i Kristianstads län, varvid myndigheten gjort sin bedömning utifrån en jämförelse mellan priset på aktierna i Åstorps vid försäljningen till Bastiljen 3 (17 014 000 kr inklusive fastigheten) och vid försäljningen till AB Tågmästaren (8 467 000 kr exklusive fastigheten). Det av länsskattemyndigheten angivna värdet, 8,6 milj kr, torde i stort överensstämma med den bedömning av marknadsvärdet som man gjort inom Bastiljenkoncernen vid köpet respektive försäljningen av aktierna i Åstorps och skulle härigenom i stort även överensstämma med det pris man - med bortseende av eventuella skatteeffekter - skulle ha betingat sig för det fall fastigheten sålts i den allmänna marknaden.

TR:n finner mot bakgrund härav att marknadsvärdet skäligen kan uppskattas till det av länsskattemyndigheten angivna beloppet, 8,6 milj kr. Utredningen ger inte något stöd för att Åstorps vid en försäljning av fastigheten till marknadspris skulle ha kommit att påföras skatt. TR:n delar därför konkursboets uppfattning att man inte bör reducera marknadsvärdet till följd av eventuella skatteeffekter.

Frågan om affärsmässighet.

Bastiljen 4. har anfört följande. Frågan om affärsmässighet kan inte ses isolerat från storps synpunkt utan bedömningen måste enligt sedvanligt aktiebolagsrättsligt betraktelsesätt ske med hänsyn till resultatet av transaktionerna inom koncernen i dess helhet. För det enskilda bolaget i koncernen måste således lönsamhetsaspekten ses i ett mera långsiktigt perspektiv och det förhållandet att en transaktion mellan bolag i koncernen rymt ett visst benefikt moment är inte tillräckligt för att affärsmässighet skall anses utesluten. - Vid Bastiljen 3:s förvärv av aktierna i Åstorps värderades fastigheten i enlighet med det vid den tiden gängse värderingssättet på fastighetsmarknaden, dvs utan hänsyn till eventuell latent realisationsvinstskatteskuld. Detta värderingssätt låg inte i Bastiljen 3:s intresse, eftersom Åstorps, vid en utförsäljning av fastigheten, kunde bli skattskyldigt för

realisationsvinst. Moderbolaget, Bastiljen 3, som förvärvat aktierna i Astorps utan prisavdrag för denna skatt, skulle därigenom ha gjort en förlust. Genom att fastigheten såldes till Bastiljen 4 för bokförda värdet kom försäljningen inte att belastas med realisationsvinstskatt och företagsgruppen undvek på detta sätt en betydande likviditetsavtappning. Försäljningen var även i inskränkt bemärkelse affärsmässig och genomförd mot vederlag, bl a till undvikande av realisationsvinstskatt i Astorps. Mot angiven bakgrund saknar det betydelse om en försäljning till ett högre värde men med avräkning för realisationsvinstskatt skulle ha gett en nettobehållning för Åstorps.

Konkursboet har genmält: Frågan om affärsmässighet skall ses utslutande från Åstorps synpunkt. De motiv som Bastiljenbolagen kan ha haft för att förvärva aktierna i Åstorps och därmed fastigheten saknar således betydelse. Åstorps har inte fått annat vederlag för fastigheten än bokförda värdet. Några affärsmässiga fördelar i övrigt har transaktionen inte medfört för bolaget, eftersom Bastiljen 3 vid tiden för fastighetsförsäljningen redan sålt aktierna i Åstorps. - En försäljning av fastigheten till ett högre pris hade även med beaktande av skatteeffekten gett ett nettoöverskott för Astorps.

TR:ns bedömning.

Ett aktiebolag drivs i vinstsyfte såvida inte - undantagsvis - annat anges i bolagsordningen. En transaktion mellan bolaget och tredje man kan anses förenlig med detta syfte endast om bolaget för sin prestation erhåller ett vederlag som står i rimlig proportion till denna eller om transaktionen sett i ett större sammanhang, t ex till följd av en mera långsiktig affärssamverkan mellan avtalsparterna, medför ekonomiska fördelar för bolaget. Vad som nu sagts innebär att frågan om den aktuella fastighetsförsäljningen varit affärsmässigt betingad eller ej måste bedömas utifrån Åstorps synpunkt.

Bastiljen 4 har hävdatt att försäljningen varit affärsmässigt betingad sett i såväl ett trängre som ett vidare perspektiv. Som TR:n uttalat i det föregående får fastigheten vid försäljningstillfället anses ha haft ett marknadsvärde om i vart fall 8,6 milj kr. Parterna är ense om att en försäljning av fastigheten för en köpeskilling av denna storlek skulle ha tillfört Åstorps en nettobehållning efter skatt om 3 703 425 kr, för den händelse skatt skulle ha utgått fullt ut. TR:n finner det med hänsyn härtill uppenbart att en försäljning till bokförda värdet inte har varit affärsmässigt motiverad för Åstorps, såvida inte bolaget kan anses ha fått vederlag för fastigheten i form av andra affärsmässiga fördelar.

Överföringen av fastigheten till Bastiljen 4 har otvivelaktigt medfört att detta bolag tillförts en betydande förmögenhetsökning. Genom att fastigheten överförts till bokförda värdet och då enligt gällande praxis förtäckta realisationsvinster inte beskattas, har koncernen kunnat undvika beskattning för realisationsvinst. Nu angivna förhållanden skulle möjligen ha kunnat medföra affärsmässiga fördelar även för Åstorps vid en samverkan på längre sikt med övriga bolag i koncernen. Som konkursboet framhållit såldes emellertid Åstorps ut från koncernen omedelbart efter fastighetsöverlåtelsen enligt ett redan dessförinnan träffat köpeavtal. Några förutsättningar för en fortsatt samverkan mellan Åstorps och koncernen i övrigt varigenom Astorps kunnat gynnas ekonomiskt har därför överhuvudtaget inte förelegat.

Transaktionen har följaktligen inte varit affärsmässigt betingad för Åstorps utan innefattat en vederlagsfri utbetalning till Bastiljen 4 motsvarande skillnaden mellan fastighetens marknadsvärde och bokförda värde eller 8 281 092 kr.

Utbetalningens tillåtlighet och återbäringsskyldighet.

Parternas ståndpunkter i dessa delar har i allt väsentligt redovisats i det föregående.

Enligt 12 kap 2 § 1 st ABL får vinstutdelning till aktieägare inte överstiga vad som i fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som

bolagets fria egna kapital efter obligatoriska avsättningar. Av 5 § samma kapitel följer att aktieägare som mottagit utbetalning i strid härmed skall återbära vad han olovligen uppburit, såvida han inte hade skälig anledning anta att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning. Bestämmelserna får, som konkursboet hävdar, anses analogiskt tillämpliga på olovliga utbetalningar till tredje man (se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15 uppl, s 121 samt Kedner-Roos, Aktiebolagslagen II, 4 uppl, s 224).

Reglerna om vinstutdelning och om följderna av otillåten vinstutdelning skall tillämpas inte endast när kontanta medel delas ut utan även vid utdelning av annan egendom. I det senare fallet uppkommer emellertid frågan om vilket värde som skall belasta bolagets balansräkning när den utdelade egendomen, som i det aktuella fallet, rymmer en dold reserv - marknadsvärdet, det bokförda värdet eller något annat värde. Denna fråga, som inte har berörts i motiven till ABL eller dess föregångare och som inte synes ha prövats i rättspraxis, har föranlett en diskussion inom den juridiska doktrinen till vilken parterna hänvisat (Margulies-Roos i Balans nr 8/81, Sandström i Balans nr 2/82, Kedner i Balans 9/83, se även Rodhe a a s 82). Härvid har i huvudsak två skilda beräkningsmetoder framförts, dels den av konkursboet återopade bruttometoden, dels nettometoden till vilken Bastiljen 4 hänfört sig.

Vinstutdelningsreglerna har till syfte att skydda bolagsborgenärerna, aktieägarna och andra intressenter i bolaget mot förfaranden varigenom bolagsförmögenheten undandras dem. Reglerna innefattar också en garanti för att principen om likabehandling av alla aktieägare inte åsidosätts genom benefika transaktioner som inte kan kontrolleras av aktieägarna (jfr 8 kap 13 § 1 st och 9 kap 16 § ABL). TR:n anser att det är mest förenligt med lagstiftningens ändamål att en benefik utdelning av sakvärden till aktieägare eller annan skall vara tillåten endast om tillgångens marknadsmässiga värde ryms inom det utdelningsbara beloppet enligt balansräkningen. Den vederlagsfria utbetalning om 8 281 092 kr som fastighetsförsäljningen innefattat har följaktligen med beaktande av Åstorps fria egna kapital, varit otillåten till ett belopp om 5 987 831 kr.

Bastiljen 4 har vid denna prövning hävdar att bolaget inte kan åläggas återbäringsskyldighet enligt konkursboets yrkande, eftersom bestämmelsen i 12 kap 5 § 1 st ABL endast medför rätt att vindicera - kräva tillbaka - den utdelade egendomen och inte att, när som i förevarande fall denna inte finns kvar hos mottagaren, kräva ut en ersättningsförpliktelse. Att bestämmelsen inte avsetts få en så snäv tolkning framgår emellertid klart av motiven till ABL. Föredragande statsrådet anförde i sammanhanget följande (prop 1975:103 s 485, se även Kedner-Roos a a s 254).

"En olaglig vinstutdelning kan exempelvis ske i den formen att en aktieägare får rätt att använda bolaget tillhörig egendom utan att behöva betala något för det. En sådan förtäckt vinstutdelning kan medföra att aktieägaren blir skyldig att erlagga ersättning till bolaget motsvarande värdet av vad han sålunda erhållit från bolaget. Om bolaget betalar lön till anställd aktieägare och lönen överstiger rimligt belopp, kan aktieägaren också bli återbäringsskyldig med det överskjutande beloppet. Motsvarande gäller om aktieägare säljer vara till överpris till bolaget eller köper för underpris från bolaget."

Bastiljen 4:s invändning i denna del utgör följaktligen inte något hinder mot att ålägga bolaget återbäringsskyldighet.

Bastiljen 4 har slutligen gjort gällande att hinder mot återbäring föreligger, eftersom bolaget haft skälig anledning anta att utbetalningen varit tillåten enligt nettometoden. Konkursboet har invänt att godtrosskyddet inte är tillämpligt på villfarelser om innehålllet i gällande rätt.

Genom ABL utvidgades godtrosskyddet i förhållande till vad som gällt enligt 1944 års aktiebolagslag. Den senare lagen föreskrev en ovillkorlig återbäringsskyldighet för det fall utdelning skett utan att balansräkning

fastställts eller med större belopp än balansräkningen utvisade som vinst. Godtrosskyddet gäller numera i princip även i dessa situationer. I motiven till ABL uttalades emellertid att godtrosregeln inte kunde få så stor räckvidd i bolag med en begränsad aktieägarkrets samt att, i fråga om aktieägare som tar aktiv del i bolagets skötsel, det knappast fanns något större utrymme för god tro (prop 1975:103 s 485). Uttalandet får, som Rodhe påpekat (Rodhe a a s 106), ges den tolkningen att i princip endast ursäktliga misstag rörande de faktiska förhållanden som gjort en utbetalning otillåten kan medföra befrielse från återbäringsskyldighet. Misstag rörande möjligheterna att enligt gällande rätt betala ut beloppet medför således - fränsett möjligen vissa fall av tillämpning av den allmänna försiktighetsregeln - inte sådan verkan. Som konkursboet anfört utgör Bastiljen 4:s invändning i denna del ett påstående om villfarelse rörande innehållet i gällande rätt. TR:n finner mot bakgrund av det anförda att Bastiljen 4 inte kan anses ha varit i god tro i fråga om utbetalningens tillåtlighet.

TR:n finner således sammanfattningsvis att Bastiljen 4 enligt grunderna för 12 kap 5 § 1 st ABL skall förpliktas återbära den otillåtna utbetalningen om 5 987 831 kr samt yrkad ränta.

Domslut. TR:n förpliktar KB Bastiljen nr 4

1. att till konkursboet utge 5 987 831 kr jämte ränta enligt 5 § räntelagen från d 11 april 1988 till d 12 sept 1989 och enligt 6 § samma lag från d 12 sept 1989 tills betalning sker - - .

Såväl konkursboet som Bastiljen 4 överklagade i HovR:n över Skåne och Blekinge och yrkade i själva saken konkursboet helt bifall till sin talan vid TR:n och Bastiljen 4 att konkursboets talan skulle lämnas utan bifall.

Parterna bestred varandras yrkanden.

HovR:n (hovrättsråden Eilard, Nilsson och Winqvist, referent, samt hovrättsassessorn Hellström) anförde i dom d 24 mars 1994: HovR:ns domskäl. I HovR:n har parterna på ömse sidor utfört sin talan på samma sätt som vid TR:n.

Anledning föreligger inte att frångå TR:ns uppskattning av fastighetens marknadsvärde. Reduktion för latent skatteskuld skall inte göras. I likhet med TR:n finner HovR:n att försäljningen av fastigheten till Bastiljen 4 inte varit affärsmässigt betingad. Den har innefattat en vederlagsfri utbetalning till Bastiljen 4 motsvarande skillnaden mellan köpeskillingen och fastighetens marknadsvärde eller 8 281 092 kr.

Reglerna i 12 kap ABL om vinstutdelning är tillämpliga även i fråga om transaktioner till förmån för tredje man. Enligt 12 kap 2 § 1 st nämnda lag får vinstutdelning inte överstiga vad som i fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisats som bolagets eget s k fria kapital, dvs bolagets vinst för året, dess balanserade vinst och fria fonder minskat med redovisad förlust, belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital och belopp som enligt bolagsordning eljest skall användas för annat ändamål än utdelning till aktieägare. Ostridigt uppgick Åstorps egna fria kapital vid tiden för försäljningen enligt dess senast fastställda balansräkning till 2 385 261 kr med beslutad avsättning till reservfonden om 92 000 kr. Utdelningsbart belopp enligt 12 kap 2 § 1 st ABL uppgick således till 2293261 kr.

Frågan om fastighetsöverlåtelsen vid en prövning enligt 12 kap 2 § 1 st ABL skall anses ha innefattat en otillåten vinstutdelning beror på till vilket värde - marknadsvärdet eller det bokförda värdet - som fastigheten skall anses ha frångått Åstorp. Som TR:n anmärkt har frågan vilket värde som i ett sådant fall bör väljas inte berörts i motiven till nuvarande och tidigare lagreglering och inte heller prövats av HD men föranlett en omfattande diskussion inom den juridiska doktrinen. Till de hänvisningar som TR:n därvid gjort kan numera även fogas

Göran Grosskopf i Skattenytt 3/93, U.G. i Skattenytt 5/93, X.X. i juridisk Tidskrift 1/92-93, Erik Nerep i Svensk Skattetidning 6-7/93, Jan Andersson i SvJT 7/93, X.X. i SvJT 10/93 och Mats Sacklen i SvJT 2/94.

Goda skäl kan anföras såväl för meningen att fastigheten vid den prövning varom är fråga skall anses ha frångått Åstorp till marknadsvärdet som för den meningen att det skall anses ha skett endast till det bokförda värdet. Lagstiftaren har uppenbarligen inte för ett fall som det förevarande annorledes än genom ordalagen i 12 kap 2 § 1 st ABL tagit ställning till gränsen för tillåten vinstutdelning. Överlåtelsen av fastigheten till Bastiljen 4 har otvivelaktigt innefattat en sk förtäckt vinstutdelning i storleksordningen 8 281 092 kr. Oavsett till vilket värde fastigheten redovisats i Åstorps bokföring kan inte mot ordalagen i lagrummet anses annat än att vinstutdelningen till beloppet 5 987 831 kr varit otillåten. En sådan tolkning av lagrummet ligger även i linje med den allmänna försiktighetsprincip som skall tillämpas i redovisnings-sammanhang.

Lika med TR:n anser HovR:n att Bastiljen 4 inte varit i god tro beträffande transaktionens tillåtlighet. På grund härav och då hinder inte heller av annan anledning föreligger skall Bastiljen 4 åläggas återbetalningsskyldighet med sist nämnda belopp. - - -

HovR:ns domslut. HovR:n fastställer TR:ns domslut.

Bastiljen 4 (ombud advokaten C.S.) överklagade HovR:ns dom och yrkade i själva saken att HD skulle ogilla konkursboets talan. Konkursboet (advokaten U.E. i egenskap av konkursförvaltare) bestred ändring.

Konkursboet ingav och åberopade i målet två d 1 aug respektive d 11 aug 1994 dagtecknade utlåtanen av professorn P.T. och Bastiljen 4 ingav och åberopade två d 11 okt 1994 dagtecknade utlåtanen, det ena av advokaten X.X. och det andra av auktoriserade revisorn U.G.. Konkursboet ingav och åberopade slutligen av P.T. d 22 nov 1994 avgiven kommentar till X.X:s och U.G. utlåtanen.

HD anmodade Bokföringsnämnden och beredde Föreningen Auktoriserade Revisorer FAR tillfälle att avge yttrande i målet. Bokföringsnämnden (BFN) anförde i yttrande den 12 april 1995 att målet berörde regler inom såväl redovisningens som bolagsrättens områden men att BFN, eftersom tolkning av bolagsrättsliga regler ligger utanför dess kompetensområde, begränsade sitt yttrande till frågor rörande den i målet aktuella överlåtelsens redovisningsmässiga behandling. Bakom BFN:s yttrande stod fem av i ärendet deltagande åtta ledamöter. BFN:s yttrande avslutades med följande slutsats: - - - "BFN anser sålunda att det vid den i målet aktuella tidpunkten var och alltjämt är förenligt med god redovisningssed att redovisa sådan överlåtelse som är aktuell i detta ärende med belopp motsvarande avtalat vederlag. Detta gäller oavsett om det finns täckning för skillnaden mellan tillgångens marknadsvärde och avtalat vederlag i bolagets fria egna kapital."

Minoriteten om tre ledamöter behandlade även samspelet mellan redovisningen och de bolagsrättsliga reglerna och avslutade sin avvikande mening med följande sammanfattande synpunkter: "Den ifrågavarande transaktionen har redovisats på det sätt som vid den aktuella tidpunkten var allmänt förekommande. Denna omständighet talar i sig - även om praxis finner föga stöd i allmänna redovisningsprinciper - för att redovisningen av transaktionen inte kan anses ha varit oförenlig med god redovisningssed. Vårt att notera i sammanhanget är att den eventuella konflikten med kapitalskyddsreglerna i 12 kap ABL inte berörts i de rättsfall eller propositioner på skatteområdet där saken skulle ha kunnat uppmärksammas (från senare tid bl a prop 1989/90:110 s 557 och prop 1990/91:167 samt plenimålet 1992 ref 56) och att det i förarbetena till minoritets-skyddsreglerna i ABL synes ha förutsatts att interntransaktioner i aktiebolagsrättsliga koncerner i viss utsträckning skall kunna rapporteras till underpris (jfr prop 1975:103 s 482).

Mot det som sagts här står dels de allmänna redovisningsprinciper som talar för en rapportering av överföringar av sakegendom till marknadspris, dels att redovisningen åtminstone traditionellt följt civilrätten med de konsekvenser för redovisningen som utfallet av de rent bolagsrättsliga bedömningarna därmed eventuellt kan få.

Bl a med hänsyn till det ömsesidiga beroendet mellan redovisningen och de bolagsrättsliga reglerna har vi här begränsat oss till att ge ett ytterligare underlag för en bedömning av den redovisningsmässiga problematiken". Slutligen konstaterade minoriteten att det ytterst är domstolarna som avgör vad som i ett konkret fall anses utgöra god redovisningssed.

Föreningen Auktoriserade Revisorer FAR anförde i yttrande d 3 april 1995: Avgränsning av FARS yttrande. HD:s förordnande innehåller ingen avgränsning med avseende på de frågor i vilka FARS yttrande önskas. Det är för FARS del naturligt att yttrandet inriktas på de områden där auktoriserade revisorer till följd av sin yrkesverksamhet besitter särskild kompetens. Mot den bakgrunden avgränsas FARS yttrande till att avse två huvudfrågor:

Innebörden från praktisk borgenärsskyddssynpunkt av reglerna om bundet eget kapital och utdelningsbegränsning

God redovisningssed vid utdelning av sakvärden ABL:s utdelningsbegränsning

Enligt ABL 12 kap 2 § får vinstutdelning inte överstiga bolagets eller koncernens "nettovinst för året, balanserade vinst och fria fonder", dvs det fria egna kapitalet. Som ytterligare restriktioner i samma paragraf gäller bl a att vissa avsättningar till bundet eget kapital ibland skall göras samt att utdelningen inte får inkräkta på konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt ("den allmänna försiktighetsregeln"). De sistnämnda restriktionerna berörs inte i det följande, då de torde vara allmänt accepterade.

Det fria egna kapitalet utgör skillnaden mellan å ena sidan tillgångarna och å andra sidan skulderna och det bundna egna kapitalet. Det bundna egna kapitalet låter sig entydigt fastställas. Detsamma gäller i regel skulderna. (Visst utrymme för tolkning kan finnas när skulderna är definierade i annan valuta än svenska kr eller förenade med icke marknadsmässiga räntevillkor.) Annorlunda förhåller det sig med tillgångarna. Redovisningsteorin tillhandahåller här ett antal alternativa värderingsprinciper. Genom att hänvisa till BFL (bokföringslagen; red:s anm) inskränker lagen dock redovisningsalternativen till sådana som baseras på de historiska anskaffningskostnaderna och försiktighetsprincipen. Det fria egna kapitalet i en balansräkning är därför i regel definierat inom ej alltför vida gränser. Det borgenärsskydd som eftersträvas med den aktuella regeln utgörs i praktiken inte främst av att den förmögenhet som kan delas ut är begränsad, utan av att den förmögenhet som är kvar (som täckning för det bundna egna kapitalet) säkerställs. Något skäl att redovisa utdelade tillgångar enligt andra principer än sådana som finns kvar i balansräkningen står därför enligt FARS mening inte att finna i kravet på borgenärsskydd.

God redovisningssed

Med god redovisningssed förstås, i de fall lagregler och rekommendationer från auktoritativa normbildande instanser saknas, en faktiskt förekommande praxis hos ett kvalitativt representativt urval bokföringsskyldiga. FAR kan inte finna att frågan om redovisning av utdelade sakvärden täcks av någon lagregel eller rekommendation. Den i praxis helt dominerande metoden är att redovisa utdelade tillgångar till bokförda värden. Denna praxis har omfattat ett stort antal svenska börsnoterade aktiebolag med erkänt hög redovisningsstandard. FAR finner därför att detta redovisningssätt är att betrakta som god redovisningssed.

Målet avgjordes efter föredragning.

Föredraganden, RevSkr Gladh, föreslog i betänkande att HD skulle meddela följande dom: Domskäl. Konkursboets talan i målet grundas på att försäljningen av fastigheten innebär en förtäckt vinstutdelning som är olovlig enligt bestämmelserna i 12 kap ABL. Konkursboet har därvid gjort gällande att skillnaden mellan fastighetens marknadsvärde och köpeskillingen, vilken motsvarade dess bokförda värde, skall bedömas som en otillåten vinstutdelning till den del den inte täcks av utdelningsbara vinstmedel.

Av omedelbar betydelse i sammanhanget är stadgandet i 12 kap 2 § 1 st ABL. I lagrummet sägs, såvitt nu är av intresse, att vinstutdelning till aktieägarna inte får överstiga vad som i fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som bolagets nettovinst för året, balanserade vinst och fria fonder med avdrag för bl a belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital. Enligt 11 kap 7 § 2 st skall som bundet eget kapital i balansräkningen upptas bolagets aktiekapital, reservfond och uppskrivningsfond. Under fritt eget kapital (eller ansamlad förlust) skall i balansräkningen upptas fria fonder, balanserad vinst eller förlust samt nettovinst eller förlust för räkenskapsåret. I 12 kap 2 § 2 st finns vidare intagen den s k försiktighetsregeln, som anger att vinstutdelning inte får ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed. Beslut om vinstutdelning fattas av bolagsstämman, 12 kap 3 § 1 st och 9 kap 5 § 2 st 2.

12 kap ABL behandlar enligt sin rubrik "Vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom". Enligt 1 § får utbetalning till aktieägarna av bolagets medel ske endast enligt lagens bestämmelser om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid bolagets likvidation. Förutom detta s k utbetalningsförbud innehåller bestämmelsen också ett vinstpåbud. Ur lagrummet kan som centrala principer utläsas att verksamheten i ett aktiebolag skall bedrivas efter affärsmässiga grunder och att aktieägarna - när sådana grunder inte tillämpas - inte kan tillgodogöra sig bolagets egendom i andra former än dem som paragrafen anger. (Här bortses från att 12 kap även innehåller vissa föreskrifter om gåva och penninglån i 6 och 7 §§.)

Av det anförda följer att vederlagsfria, icke affärsmässigt betingade förfoganden över bolagets egendom till förmån för aktieägare får äga rum endast i vissa former, däribland vinstutdelning. Vinstutdelning är i första hand avsedd att ske genom utbetalning av pengar, men något hinder att dela ut annan egendom, s k sakvärden, finns inte. Förfaranden som utåt framstår som avtal på normala, affärsmässiga villkor men som innebär att egendom helt eller delvis utan vederlag överförs till aktieägare utgör ofta s k förtäckt vinstutdelning, vars tillåtlighet skall prövas enligt bestämmelserna i 12 kap 1 och 2 §§ ABL. I lagmotiven anförts att sådana transaktioner kan ses som ett försök att kringgå utbetalningsförbudet i 12 kap 1 § (prop 1975:103 s 475). Förfoganden över ett bolags tillgångar i form av penninglån, pantsättning och borgen har av HD i några fall bedömts som vinstutdelning.

Huvudfrågan i målet är hur den i 12 kap 2 § 1 st ABL angivna gränsen för vinstutdelning skall tillämpas vid utdelning av sakvärden. Frågan om bestämmelsens innebörd ställs på sin spets i den situationen att ett bolag säljer egendom för en köpeskillning som motsvarar det bokförda värdet men som understiger marknadsvärdet och skillnaden mellan dessa värden överstiger det belopp som finns tillgängligt för vinstutdelning. I en uppsats av Margulies-Roos i Balans nr 8/1981 beskrivs problemet som ett val mellan en nettometod och en bruttometod. Vid nettometoden utgår man från det bokförda värdet när det gäller att avgöra värdet på de tillgångar som kan utdelas inom ramen för disponibel vinst enligt balansräkningen. Om bruttometoden tillämpas innebär det att utdelade tillgångars verkliga värde måste rymmas inom utdelningsbara medel enligt balansräkningen. Som anförts i artikeln är frågan inte behandlad i

lagens förarbeten. Den har emellertid, särskilt under senare år, tilldragit sig ett betydande intresse i doktrinen. Förutom i ett stort antal debattartiklar i skilda tidskrifter har frågan behandlats i Lindskog, Aktiebolagslagen - 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation (2 uppl, 1995), Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier - särskilt om kapitalskyddet (1994) och Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag - En studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler (1995).

De olika tolkningarna av vinstutdelningsregeln i 12 kap 2 § 1 st ABL som sammanfattats under beteckningarna nettometoden och bruttometoden utgår från skilda synsätt i fråga om innebörden av det borgenärsskydd som kommer till uttryck i bestämmelsen. De som förfäktar bruttometoden framhåller betydelsen av utdelningens effekt på bolagets förmögenhet, varav följer att det är marknadsvärdet som skall ligga till grund för bedömningen av om utdelningen är tillåten eller ej. Enligt nettometodens förespråkare innebär ABL:s borgenärsskyddsregler på denna punkt inte ett mer omfattande krav än att utdelningen inte får inkräkta på det bundna egna kapitalet. Enligt denna uppfattning är utdelningens balansmässiga effekt det primära och egendomen bör därför i sammanhanget värderas till det bokförda värdet.

Motsvarigheter till bestämmelsen i 12 kap 2 § 1 st ABL fanns intagna i 54 § i 1910 års lag om aktiebolag och i 73 § 1 mom i 1944 års lag om aktiebolag. I båda bestämmelserna sattes gränsen för vinstutdelning vid den "vinst, som förefinnes enligt fastställd balansräkning" för sista räkenskapsåret. I förarbetena till 1944 års lag anges att bestämmelsen ger uttryck åt den grundläggande aktiebolagsrättsliga principen om det bundna kapitalets skyddande mot minskning genom vinstutdelning till aktieägarna (NJA II 1945 s 432).

I propositionen med förslag till 1975 års aktiebolagslag togs frågan om vinstutdelning upp i den allmänna motiveringen under rubriken "Skyddet för det bundna kapitalet" (prop 1975:103 s 209 och 212). Enligt specialmotiveringen till 12 kap 1 § 1 st uttrycker stadgandet "den centrala aktiebolagsrättsliga principen att bolagets tillgångar, som i frånvaron av personligt ansvar för bolagets skulder är det enda borgenärerna har att hålla sig till, i viss utsträckning är undandragna aktieägarnas dispositionsrätt och så till vida bundna i bolaget". Beträffande 2 § anförs att paragrafen innehåller regler om det högsta belopp som får delas ut till aktieägarna som vinst (a prop s 475f).

Av lagtexten följer att frågan om omfattningen av för utdelning tillgängliga vinstmedel genom hänvisningen till innehållet i balansräkningen gjorts beroende av bestämmelserna för bolagets årsredovisning. Begreppet nettovinst har inte definierats i lagtexten. Enligt lagmotiven utgörs emellertid nettovinst av vad som utan ytterligare avdrag kan tillföras eget, beskattat kapital och stå till förfogande för vinstutdelning, i förekommande fall efter avdrag för täckning av balanserad förlust och avsättningar till bundna fonder (prop 1975:103 s 447). Nettovinst motsvaras av begreppet årsresultat i 19 § bokföringslagen (1976:125).

Av särskild betydelse i sammanhanget är de värderingsprinciper som enligt bokföringslagen skall tillämpas vid upprättandet av bolagets balansräkning. Tillgångar och skulder skall värderas under antagandet att bolaget fortsätter sin verksamhet under obegränsad tid (jfr NJA 1993 s 484).

Balansräkningen skall således främst vara en resultatutredningsbalans och inte en förmögenhets- eller likvidationsbalans (prop 1975:104 s 182). Bokföringslagens värderingsregler har utformats för att förhindra en övervärdering av tillgångarna. Ett bakomliggande syfte har därvid varit att motverka uppkomsten av skenbara vinster, som utdelas till aktieägarna. I lagberedningens förslag till lag om aktiebolag betonades vikten för aktiebolagens del av att endast realiserad vinst redovisas som vinst. Det innebär att först när ett övervärde hos tillgångarna har kommit bolaget till godo genom deras realiserande, får det ingå i balansen (SOU 1941:9 s 359f; jfr även

NJA II 1910 nr 14:1 s 75 och prop 1975:104 s 182).

Bokföringslagen anger med utgångspunkt i anskaffningsvärdet det högsta värde till vilket en tillgång får upptas i balansräkningen men hindrar inte att en tillgång tas upp till lägre värde. En tillgång kan vara undervärderad av konsolideringsskäl eller på grund av skattemässiga hänsyn. Härigenom uppkommande övervärden benämndes tidigare dolda reserver. Beteckningen är dock numera missvisande. Enligt 19 § bokföringslagen upptas obeskattade reserver under en särskild, öppet redovisad post i balansräkningen.

Lovligheten av förtäckt vinstutdelning har prövats bl a i rättsfallet NJA 1951 s 61, det sk Suecia-målet. Efter att ha konstaterat att ett förfogande över Suecias tillgångar inneburit otillåten vinstutdelning uttalade HD att skyldigheten att återbära vad som olovligen uppburits gällde oavsett att Suecias kvarvarande tillgångar på grund av dolda reserver eller annorledes må ha täckt dess dåvarande skulder. HD synes inte i övrigt ha tagit ställning till betydelsen av dolda övervärden i förevarande sammanhang.

Av betydelse för tillämpningen av de inhemska bestämmelserna om vinstutdelning är numera även motsvarande regler inom EG. EG:s andra bolagsdirektiv har i artiklarna 15-17 upptagit regler som begränsar möjligheten att göra utbetalningar av ett bolags medel till dess ägare. I artikel 15 punkt 1 a) anges bl a att någon utdelning till aktieägarna inte får ske, om enligt bolagets årsredovisning nettotillgångarna på bokslutsdagen för det senaste räkenskapsåret understiger eller till följd av utdelningen skulle komma att understiga det tecknade kapitalet och de reserver som enligt lag eller bolagsordning inte får delas ut. Enligt artikel 15 punkt 1 c) får det belopp som delas ut till aktieägarna inte överstiga vinsten för det senast avslutade räkenskapsåret med tillägg för balanserad vinst och belopp från reserver som får användas för detta ändamål samt med avdrag för balanserad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning har avsatts till reserver. Med "utdelning" i punkt a) och c) avses särskilt utbetalning av vinst. Den sittande aktiebolagskommitten har funnit att ABL uppfyller de krav som ställs i artikel 15 punkt 1 (SOU 1992:83 s 264).

Ordalydelsen i 12 kap 2 § 1 st ABL ger vid handen att som utdelning av vinst inte kan utbetalas större belopp, eller egendom till högre värde, än nettovinsten enligt den för det senaste räkenskapsåret fastställda balansräkningen. Därmed är dock inte sagt vilket värde som skall gälla för utdelat sakvärde.

Det är uppenbart att lagstiftaren vid utformningen av den aktuella beloppsspärren främst haft vinstutdelning i form av kontanter för ögonen. Vid sådan vinstutdelning är det bundna egna kapitalet intakt så länge som utdelningen håller sig inom ramen för disponibla vinstmedel. Tillämpningen av det borgenärsskydd som beloppsspärren syftar till är i sådana situationer oproblematiske. Även utdelning av sakvärden skall emellertid prövas mot beloppsspärren. Vid förtäckt vinstutdelning får lagrummet tillämpas analogt.

Vid bedömningen av om en transaktion är affärsmässig eller ej, och således om en tillämpning av vinstutdelningsreglerna kan bli aktuell, har man i regel att utgå från den avyttrade egendomens marknadsvärde och inte det bokförda värdet (jfr NJA 1962 s 461). Har det konstaterats att vederlaget vid försäljning av en tillgång inte motsvarar dess verkliga värde och att försäljningen därför skall bedömas som en vinstdisposition, framstår det som mindre konsekvent att frågan om den utdelade "vinstens" storlek skall prövas efter en annan bedömningsgrund när det gäller att avgöra om utdelningen har gått utöver disponibla vinstmedel. Realiteten i de båda prövningarna är att bolagets förmögenhet har minskat med egendomens värde (med avdrag för uppburet vederlag). Härtill kommer att värderingen i balansräkningen inte i första hand har till uppgift att få fram bolagstillgångarnas värde vid avyttring på den öppna marknaden. Som redan berörts har värderingsreglerna utformats bl a för att förhindra uppkomsten av fiktiva vinster, vars utdelande skulle kunna

undergräva företagets soliditet. I det perspektivet framstår det som motsägelsefullt att vid bedömningen av om utdelningen är tillåten tillämpa ett bokfört värde som får till följd just att en icke realiserad vinst i form av ett "dolt" övervärde frånhands bolaget.

Det kan invändas att ett krav på att egendomens marknadsvärde skall tillämpas vid den aktuella prövningen enbart leder till en tillfällig och mindre meningsfull "inlåsnings" av övervärdet, eftersom inget hindrar att egendomen säljs för detta värde och vinsten därefter delas ut efter beslut av bolagsstämman. Den fördröjning som detta innebär kan dock inte anses vara utan betydelse, eftersom förutsättningarna för att verkställa en vinstutdelning med oförändrat innehåll ofta får antas ha förändrats med tiden. Särskilt med hänsyn till att försäljningar till bokfört värde inte sällan torde innefatta förtäckt vinstutdelning är det inte heller likgiltigt att reglerna ges en sådan tillämpning att vinstutdelning sker i de former som lagen föreskriver.

Här kan även nämnas att det inom skatterätten finns bestämmelser för transaktioner som kan innefatta förtäckt vinstutdelning, enligt vilka den skatterättsliga bedömningen tar sin utgångspunkt i egendomens marknadsvärde, se 22 § anvisningarna 1 p 4 st kommunalskattelagen (1928:370) angående uttagsbeskattning och 32 § anvisningarna 14 p 4 st samma lag beträffande förvärv från fåmansföretag.

I diskussionen om brutto- eller nettometodens tillämplighet har särskilt uppmärksammats de vinsttransfereringar som sker i form av koncernbidrag. Bestämmelser om s k öppna koncernbidrag infördes 1965 och finns sedan 1979 i 2 § lagen (1947:576) om statlig inkomstskatt. I paragrafens 3 mom anges närmare under vilka förutsättningar ett koncernbidrag skall anses som avdragsgill omkostnad för givaren och skattepliktig intäkt för mottagaren. Koncernbidrag som inte utgör kostnadsersättning är en form av vinstutdelning, åtminstone när det lämnas från dotterbolag till moderbolag, och ABL:s bestämmelser är därför tillämpliga på ett sådant bidrag. Bidraget borde därför räknas in i dotterbolagets nettovinst och delas ut till moderbolaget efter beslut av bolagsstämman. I praktiken sker ofta beslut och redovisning av koncernbidraget som en bokslutsdisposition som utgör en affärshändelse på räkenskapsårets sista dag (se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 17 uppl 1995, s 95). Det har hävdats att nu beskrivna tillvägagångssätt är så fast etablerat att det inte torde vara möjligt att kräva att ett koncernbidrag redovisas som utdelning av vinst enligt fastställd balansräkning. Samtidigt brukar det betonas att koncernbidraget inte får inkräkta på det bundna kapitalet (se t ex Kedner, Former för koncerninterna vinstöverföringar, 2 uppl 1990, s 47 och Rodhe a a s 95).

Även vid överlåtelser av tillgångar mellan företag inom en koncern i samband med omorganisationer torde överlåtelserna ofta ske till bokförda värden i syfte att undvika skattepliktiga vinster. Detta synes vara allmänt förekommande och accepterat av revisorer så länge aktiebolagets bundna medel är intakta, se Gometz-Hulden i Balans nr 12/1992.

Enligt de yttranden som avgivits i målet av Bokföringsnämnden och Föreningen Auktoriserade Revisorer FAR är det i överensstämmelse med god redovisningssed att redovisa utdelade tillgångar till bokförda värden.

Förekommande praxis i fråga om koncernbidrag och överföring av annan egendom mellan koncernföretag synes ha vuxit fram uteslutande utifrån skattemässiga överväganden och kan inte uppfattas som en tillämpning av reglerna om vinstutdelning i ABL. Utgångspunkten för dessa är att vederlagsfria förfoganden över bolagets egendom får ske bara under de förutsättningar som anges i lagen. Utdelning av sakvärden är en form av vinstutdelning som är förutsedd i lagens förarbeten. Något ställningstagande till förmån för nettometoden framgår emellertid inte där, trots att den i målet aktuella frågeställningen redan tidigare varit debatterad.

De borgenärsskyddssynpunkter som bär upp bestämmelserna i 12 kap 1 och 2 §§ ABL gör sig särskilt gällande i en situation som karaktäriseras av att vinstutdelningen ofta inte sker öppet. Med hänsyn till de förutsättningar som gäller för värdering av tillgångar i balansräkningen är det tydligt att en tillämpning av det bokförda värdet inte på ett verksamt sätt kan bidra till att ta till vara dessa synpunkter. Mot bakgrund av det sagda får övervägande skäl anses tala för att bedömningen av om vinstutdelningen täcks av disponibla vinstmedel skall ske med utgångspunkt i den avyttrade egendomens marknadsvärde.

HD utgår således från att det är den överlåtna fastighetens marknadsvärde som skall ligga till grund för den fortsatta prövningen. Vad gäller detta värde ger inte vad som förekommit i HD anledning att frångå domstolarnas bedömning. Med hänsyn till den stora diskrepansen mellan fastighetens bokförda värde och marknadsvärdet är det uppenbart att försäljningen inte var affärsmässigt betingad utan utgjorde en olovlig vinstutdelning till det belopp domstolarna angivit.

Bastiljen har i fråga om fastighetens marknadsvärde särskilt invänt att avdrag skall göras för den latent skatteskuld som åvilat fastigheten. Visserligen kan en till avyttringen hänförlig skattekostnad för Åstorpbolaget innebära en minskning av disponibla vinstmedel. Det kan emellertid inte komma i fråga att till förmån för Bastiljen reducera marknadsvärdet med skattekostnader för en avyttring som inte kom till stånd. Som domstolarna anfört är det inte heller utrett att Åstorpbolaget skulle ha kommit att påföras skatt.

Bastiljen var vid tidpunkten för försäljningen inte aktieägare i Åstorpbolaget. Särskilt med hänsyn till den nära intressegemenskapen mellan säljare och köpare saknas anledning att ge bestämmelsen om återbäringsskyldighet en snäv tillämpning. Något hinder att ålägga Bastiljen ersättningskyldighet föreligger därför inte. Vad gäller frågan om god tro är de av Bastiljen åberopade omständigheterna inte sådana att Bastiljen kan anses ha visat fog för sin invändning.

Domslut. HD fastställer HovR:ns domslut.

HD (JustR Solerud, referent, Lars A Beckman och Thorsson) beslöt följande dom: Domskaäl. Konkursboets talan i målet grundas. på att konkursbolagets försäljning av fastigheten stadsäga 1081 A i Astorps kommun (numera Åstorp Vallbo 5) till kommanditbolaget (vid den tiden handelsbolaget Capinova Finans nr 4) innebär en förtäckt vinstutdelning som med en analogisk tillämpning av bestämmelserna i 12 kap ABL skall betraktas som olovlig och därför skall återbäras. Konkursboet har därvid gjort gällande att skillnaden mellan fastighetens marknadsvärde och köpeskillingen, vilken senare uppgick till samma belopp som fastighetens bokförda värde, skall bedömas som en otillåten vinstutdelning till den del den överstiger beloppet av utdelningstara vinstmedel enligt fastställd balansräkning för det vid tiden för fastighetsförsäljningen senaste räkenskapsåret.

ABL:s 12 kap behandlar enligt sin rubrik "Vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom". I 1 § föreskrivs bl a att utbetalning till aktieägarna av bolagets medel får ske endast enligt lagens bestämmelser om vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och utskiftning vid bolagets likvidation. Föreskrifter rörande beslut om vinstutdelning mm ges i 3 och 4 §§. Första stycket i 3 § anger att beslut om vinstutdelning fattas av bolagsstämman (jfr vad som sägs om ordinarie bolagsstämman i 9 kap 5 § 2 st 2). Särskilda bestämmelser om gåva, penninglån och ställande av säkerhet finns i 6-9 §§. Övriga paragrafer i kapitlet, 2 och 5 §§, innehåller de bestämmelser om utdelningsbegränsning och återbäring av olovliga utdelningar som i främsta rummet är av intresse i förevarande mål.

Enligt 5 § 1 st, i den lydelse av stycket som är aktuell i målet, skall mottagaren

av en utbetalning till aktieägare som står i strid mot ABL återbära vad han uppburit med viss ränta. Detta gäller dock ej, om mottagaren hade skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning.

I centrum för intresset står bestämmelsen i 2 § 1 st. Där sägs, såvitt nu är i fråga, att vinstutdelning till aktieägarna inte får överstiga vad som i fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som bolagets nettovinst för året, balanserade vinst och fria fonder med avdrag för bl a redovisad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital. Paragrafens andra stycke innehåller den s k försiktighetsregeln, som anger att vinstutdelning inte får ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed.

Av 11 kap 7 § 2 st ABL framgår att ett aktiebolags eget kapital uppdelas i bundet eget kapital och fritt eget kapital eller ansamlad förlust. Enligt samma stycke skall i balansräkningen aktiekapital, reservfond och uppskrivningsfond upptas under bundet eget kapital medan fria fonder, balanserad vinst eller förlust samt nettovinst eller förlust för räkenskapsåret skall upptas under fritt eget kapital eller ansamlad förlust.

Det är i främsta rummet två intressen som bestämmelsen i 12 kap 2 § 1 st ABL kan anses avsedd att skydda. Det ena är aktieägarnas intresse av likabehandling enligt den allmänna likabehandlingsprincipen (jfr t ex 3 kap 1 § 1 st). Om således endast någon eller några aktieägare i denna sin egenskap fått en förmån av bolaget, kan fråga uppkomma om inte andra aktieägare med framgång skulle kunna rikta invändning mot detta. Det andra skyddsintresset skulle förenklat kunna beskrivas som bolagsborgenärernas intresse av att bolagets eget kapital skyddas. I förevarande mål är det borgenärsintresset som är i fråga och bedömningen i det följande begränsas därför till detta.

Huvudfrågan i målet är således huruvida till skydd för borgenärsintressena skillnaden mellan det marknadsvärde den av konkursbolaget försålda fastigheten kan anses ha och köpeskillingen för fastigheten skall anses utgöra sådan vinstutdelning till aktieägarna enligt 12 kap 2 § 1 st ABL som enligt samma stycke skall rymmas inom fritt eget kapital enligt den fastställda balansräkningen.

Svaret på frågan har samband med den bedömning som görs av det fallet att en bolagsstämma fattar beslut om att som utdelning till aktieägarna överföra vissa bolagets tillgångar (t ex aktier eller andra värdepapper). Ett dylikt fall av s k sakutdelning kan visserligen inte gärna anses omfattat av ordalagen i 12 kap 1 och 2 §§ ABL. Lagtexten måste nämligen anses i första hand syfta på sådan utdelning som har formen av en utbetalning av pengar (jfr för övrigt de exempel på kringgående av utbetalningsförbudet i kapitlet som anges i SOU 1971:15 s 310 och 321). Att sakutdelningar ändå är avsedda att inrymmas under begreppen utbetalning av bolagets medel och vinstutdelning framgår dock av förarbetena till lagen (se prop 1975:103 s 4751). Att så skulle vara fallet anges också i en lång rad uttalanden i doktrinen och framstår där närmast som en självklarhet. Ståndpunkten framstår som välgrundad och måste godtas.

När det gäller tillämpningen av bestämmelsen i 12 kap 2 § 1 st ABL på sakutdelningar framträder i doktrinen i huvudsak två helt skilda synsätt. Det ena kan i korthet sägas innebära att borgenärsskyddskravet medför att utdelningen skall anses vara lika stor som beloppet av tillgångarnas bokförda värde hos bolaget. Enligt det andra synsättet skall utdelningen i stället anses ha skett med ett belopp motsvarande ett annat värde hos tillgången, vanligen det bedömda marknadsvärdet. (I det följande ställs det bokförda värdet mot marknadsvärdet, varvid förutsätts att det sistnämnda är det högre av de två.) Enligt den förstnämnda uppfattningen skulle utdelningen således vara tillåten enligt bestämmelsen om det bokförda värdet rymms inom fritt eget kapital, medan det enligt det andra synsättet krävs att det är marknadsvärdet som rymms där.

Det kan inte anses att valet mellan dessa synsätt kan grundas direkt på lagtextens ordalydelse. Denna lånar sig knappast ens till en tolkning som ger klart utslag åt ett bestämt håll. Någon egentlig ledning är inte heller att hämta från lagens förarbeten. Nämnda val och därmed sammanhängande frågor har emellertid, särskilt under senare år, tilldragit sig ett betydande intresse i doktrinen. Där har med åberopande av skilda argument några stannat för det ena synsättet medan andra ansett att det alternativa är det riktiga. Den samlade bilden är splittrad. Detta gäller också de utlåtanden som parterna åberopat i målet, nämligen utlåtande av professor P.T., åberopat av konkursboet, samt utlåtanden av advokaten X.X. och aukt revisorn U.G., åberopade av kommanditbolaget.

Till förarbeten och litteratur som kan anmärkas i sammanhanget hör bla: NJA II 1945 s 19011 Ny lagstiftning om aktiebolag; prop 1975:103 Aktiebolagslag mm; prop 1993/94:196 Ändringar i aktiebolagslagen (1975:1385) mm; SOU 1941:9 Lagberedningens förslag till lag om aktiebolag mm; SOU 1971:15 Förslag till aktiebolagslag mm; SOU 1992:83 Aktiebolagslagen och EG; SOU 1995:43 Sambandet Redovisning - Beskattning; Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag; densamme i SvJT 1993 s 56611 och 1995 s 68811; Blomberg i Balans 8-9/1992 s 1811 och 2/1993 s 40f samt i JT 1993-94 s 86811 och 1994-95 s 83511; Blomberg och Persson i Skattenytt 1995 s 65311; Boström i Balans 3/1994 s 3711 och 6-7/1994 s 4811; Bramsjö i SvJT 1953 s 24111; Brottsbalkskommentaren I, 6 uppl, s 578; Danielsson, Aktiekapitalet: densamme i SvJT 1954 s 57111 och 1955 s 27311; Gometz i Balans 3/1993 s 7 och 6-7/1994 s 1211 samt i Skattenytt 1993 s 273f; Gometz och Hulden i Balans 12/1992 s 3511; Grosskopf, Vinstbolag, 2 uppl: densamme i Skattenytt 1993 s 10911; Hamberg i Balans 3/1981 s 26f; Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl; Johansson, S. Bolagsstämma; densamme i JT 1995-96 s 16511; Johansson, S-E och Rodhe i Balans 1/78 s 3011; Karlgren, Studier över privaträttens juridiska personer och samfälligheter utan rättspersonlighet; Kedner och Roos. Aktiebolagslagen Del II, 4 uppl; Kedner. Former för koncerninterna vinstöverföringar, 2 uppl; densamme i Balans 9/1983 s 1411; Kleineman i JT 1994-95 s 43011; Leffler i JT 1992-93 s 73911; Lindskog, JF Kommentaren, Aktiebolagslagen, 12:e och 13:e kap, 2 uppl; densamme i SvJT 1992 s 8111 och 1993 s 927f samt i JT 1992-93 s 8211 och 1994-95 s 870f; Löfgren. Personligt ansvar vid likvidationsplikt, olovlig vinstutdelning, företrädaransvar mm; Löfgren och Haglund, Omstrukturering, fusion och rekonstruktion; Löfmarck. Brotten mot borgenärer, 2 uppl; Margulies och Roos i Balans 8/1981 s 2611; Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier - särskilt om kapitalskyddet; densamme i Svensk Skattetidning 1993 s 35311, i JT 1993-94 s 64111, 1994-95 s 78411 och 87111, i SvJT 1994 s 54911 samt i Balans 4/1994 s 4011 och 6-7/1994 s 5011; Nial, Aktiebolagsrätt; densamme, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, 3 uppl; densamme. Svensk associationsrätt, 5 uppl; densamme i SvJT 1955 s 256; Pehrson i SvJT 1988 s 26211 och i JT 1992-93 s 96911; Posselius, Grosskopf, Gometz och Hulden, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, 3 uppl; Rodhe, Aktiebolagsrätt, 9, 12 och 17 uppl; densamme, Handbok i sakrätt; densamme. Förtäckt vinstutdelning och lån från aktiebolag; densamme i Balans 3/1979 s 4f, 1/1981 s 4f och 4/1981 s 26; Sacklen i SvJT 1994 s 13611 och 72711 och i JT 1994-95 s 7911; Sandström i Balans 2/1982 s 2511; Stenbeck, Wijnbladh och Nial, Aktiebolagslagen, 6 uppl; Thorell i Omstrukturering av företag, Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie 29, s 249ff; Walin, Borgen och tredjemanspant; Wennerstrand i Balans 10/1984 s 49ff; Werlauff, EF-Selskabsret, 12 staters fxlles virksomhedsret; samt Skiljedom om kommissionärsbolag i Svensk och Internationell Skiljedom 1988 s 41ff.

De olika synpunkterna kan inte i ett sammanhang som detta ges full rättvisa i alla detaljer. En synpunkt av särskilt intresse är emellertid den att ett konsekvent genomförande av ståndpunkten att det är marknadsvärdet som skall vara avgörande därför att det ger borgenärerna ett större skydd, eller det skydd som förespråkaren för ståndpunkten läser in i ABL, torde kunna leda till

att en sakutdelning måste beslutas på bolagsstämma. Med andra ord skulle de formella reglerna i 12 kap 3 § ABL om att vinstutdelning skall beslutas på sådan stämma, kanske t o m endast på en ordinarie stämma, vara att se som ett led i det skydd för borgenärerna som ges i lagen. Det synes också vara en uppfattning som ligger i linje med vad professor P.T. anfört i sitt utlåtande i målet. En dylik konsekvent linje torde emellertid böra underkastas en närmare granskning.

I förevarande mål gäller bedömningen inte en utdelning beslutad enligt de formella regler som föreskrivs i ABL. Ordalagen i t ex 12 kap 1 § ABL synes visserligen kunna ge stöd för att en utdelning inte kan komma till stånd på annat sätt och att ett överförande till aktieägarna av bolagets medel inte kan ske på annat sätt än som anges i paragrafen. I förarbetena (prop 1975:103 s 475f och SOU 1971:15 s 310) anges emellertid att en transaktion som till formen är en onerös men i verkligheten en benefik rättshandling kan bli giltig om alla aktieägare samtycker till den och den inte tar i anspråk andra medel än sådana som bolaget kan utdela såsom vinst. Detta låter antyda att en sådan transaktion inte skulle vara ogiltig redan av det skälet att de nyss berörda formella reglerna inte iakttagits (jfr också de exempel som lämnas t ex i SOU 1971:15 s 321 och i Nials utlåtande i rättsfallet NJA 1951 s 61, på s 10). I vart fall synes tanken ha varit att det är en prövning av utdelningens lovlighet med hänsyn till tillgängligt utrymme för utdelning som i första rummet skall vara avgörande och inte huruvida de formella beslutsreglerna iakttagits.

Ståndpunkten att en överföring av bolagets medel utan iakttagande av de formella beslutsreglerna i t ex 12 kap 1 och 3 §§ ABL inte behöver vara olovlig i och för sig synes också förenlig med vissa rättsfall, t ex NJA 1935 s 357, 1951 s 61 och 11, 1966 s 475, 1976 s 618 samt 1980 s 311. Dessa avsåg visserligen tillämpningen av äldre lag. Det sagda torde emellertid vara giltigt också beträffande rättsfallen NJA 1990 s 343 och 1995 s 418, även om HD i förstnämnda fall åberopade bestämmelsen i 1 § vid sidan av bestämmelserna i 2 och 5 §§ när de lån som var i fråga ansågs lämnade i strid med ABL. Även i litteraturen förefaller den angivna ståndpunkten vara i det närmaste enhälligt omfattad.

De i förevarande mål påstådda överföringarna från konkursbolaget är närmast att jämföra med dem som beskrevs i de förarbetsuttalanden till vilka nyss hänvisades och som här benämns förtäckta utdelningar. Att sakutdelningar knappast kan anses falla in under ordalagen i 12 kap 1 och 2 §§ ABL har redan berörts. An tydligare är detta förhållandet med förtäckta sådana utdelningar; för dessa skulle närmast komma i fråga en analogisk tillämpning av bestämmelserna (jfr dock Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, t ex s 391f, som med viss argumentering anser bestämmelserna vara direkt tillämpliga samtidigt som han dock anför att den allmänna meningen synes vara att ABL skall tillämpas analogt på förtäckta utbetalningar). Det förtjänar också framhållas att det internationellt sett förefaller vara ovanligt att förtäckta sakutdelningar blir föremål för uttrycklig lagreglering (se Andersson, aa s 270ff och Werlauff, EF-Selskabsret, 12 staters fælles virksomhedsret s 164; som ett undantag kan ses bestämmelsen i § 12 - 4-, 1 st den norska lov om aksjeselskaper, som anger att som "utdeling av utbytte reknes enhver overføring som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode", och möjligen direktiv 77/91/EEG, det andra bolagsdirektivet, i belysning av dess artikel 15.1 d).

Det ligger i sakens natur att förtäckta utdelningar inte kommer till stånd med tillämpning av de nyss berörda formella beslutsreglerna. Visserligen kan det då framstå som naturligt att med en analogisk tillämpning av bestämmelserna i 12 kap 2 och 5 §§ ABL sätta hinder i vägen när medel ändå överförts från bolaget till aktieägare i en omfattning som inte bör accepteras från synpunkten av det borgenärsskydd som lagen ansetts böra tillgodose. Det resultat man sålunda vill uppnå kan emellertid nås på andra vägar. Att begreppet förtäckt (vinst)utdelning kommit till användning berättigar inte till slutsatsen att

företeelsen i alla hänseenden skall jämföras med utdelning. Det är inte heller nödvändigt att låta svaret på den i förevarande sammanhang aktuella frågan påverkas av den omständigheten att marknadsvärdet i helt andra sammanhang ansetts vara vägledande. Det sagda gäller t ex marknadsvärdets betydelse vid tillämpningen av återvinningsreglerna i KL (1987:672) och bestämmelserna i 11 kap BrB samt, enligt NJA 1962 s 461, vid tolkningen av innebörden av ordet avkastning i ett testamente. Vad gäller KL:s och BrB:s bestämmelser bör hänsyn tas till de särskilda rekvisit som uppställs i dessa och som knappast genom rättspraxis skulle kunna få några motsvarigheter vid tillämpningen av 12 kap ABL.

En slutsats i anledning av det anförda blir till en början den, att de formella beslutsbestämmelserna inte kan anses tillhöra de regler som är tillkomna för att utgöra skydd för borgenärerna när det gäller utdelningar som inte utgör sakutdelningar eller förtäckta utdelningar (jfr dock vad HD anförde om återbetalning av aktieägartillskott i NJA 1988 s 620, där anledning emellertid saknades att i detalj behandla frågan om utdelningar, öppna eller förtäckta). Det skulle då framstå som en smula säreget om läget, trots det tidigare anförda, skulle vara det motsatta beträffande förtäckta utdelningar. I konsekvens härmed kan det inte heller anses vara en rimlig följd av synsättet att det är marknadsvärdet som skall utgöra utgångspunkten vid en prövning enligt 12 kap 2 § ABL av en förtäckt sakutdelning att de formella beslutsreglerna måste iaktas. (En konsekvent linje av annat slag, som inte kan anses motsvara gällande rätt såsom den skall tillämpas i målet, vore att anse förtäckta utdelningar ogiltiga i och för sig; jfr tex Werlauff, aa s 166, som anser att EG-rätten innehåller ett tvingande förbud mot dylik utdelning och hänvisar till att artikel 15.2 i det andra bolagsdirektivet i stället tillåter nationella bestämmelser om förskottsutdelning.) Samtidigt synes det emellertid förhålla sig så att det är mest förenligt med det sagda att förtäckta utdelningar skulle kunna vara lovliga i och för sig och som en följd av detta kunna prövas enligt bestämmelserna i nämnda paragraf. Härmed har ställning inte tagits till uttalandet i förarbetena (prop 1975:103 s 478) att endast ordinarie bolagsstämma kan besluta om vinstutdelning.

Här kan inflikas att det förfarande som i praktiken utvecklats i samband med den från skatterätten hämtade företeelsen koncernbidrag i allmänhet anses som vinstutdelning som inte står i full överensstämmelse med reglerna om vinstutdelning. Detta har också åberopats till stöd för att det är det bokförda värdet som skall användas vid prövningen enligt 12 kap 2 § 1 st ABL.

Utan att i detalj diskutera de synpunkter som kan anläggas på koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag torde det kunna konstateras att förfarandet med bidragen har ansetts bära godtagas trots att de anses utgiva under det löpande året och således påverkar fritt eget kapital som redovisas för samma år. Förfarandet innebär emellertid en begränsad avvikelse från kravet på att det som utdelas skall rymmas inom fritt eget kapital som redovisats i en fastställd balansräkning. Bidragen blir ju ändå föremål för bolagsstämmans beslut på ett sätt som i huvudsak är jämförbart med vad som gäller för vinstutdelning när balansräkningen för året fastställs. Viss betydelse torde få tillmätas den omständigheten att koncernbidragen enligt skattebestämmelsernas ändamål är avsedda att skattemässigt möjliggöra en resultatutjämning inom koncerner. Detta skulle inte uppnås i samma utsträckning om bidraget kunde lämnas först året efter det under vilket bolaget som lämnar bidraget har intjänat det resultat som gör bidraget möjligt. De särskilda omständigheter som således kan sägas motivera en för koncernbidragen begränsad avvikelse från ståndpunkten att vinster uppkomna under ett år inte skall kunna utdelas under samma år, kan inte anses vara av sådan karaktär att de i och för sig kan tjäna som ett avgörande stöd för att det bokförda värdet skall tillämpas vid nyssnämnda prövning. Det framstår likväl som en fördel om prövningen stod i samklang med den tillämpning av bestämmelserna som godtagits, och måste anses godtagbar, i fråga om koncernbidragen.

Det har till stöd för synsättet att det vid sakutdelning är marknadsvärdet som skall rymmas inom fritt eget kapital framhållits bl a att den överföring från bolaget till aktieägarna som äger rum innefattar ett övervärde som inte redovisats så att det påverkar fritt eget kapital, vilket redan det skulle stå i strid med ordalydelsen i 12 kap 2 § ABL. Övervärdet har således inte varit känt för dem som har intresse av att redovisningen ger erforderlig information. Visserligen skulle användandet av marknadsvärdet i förevarande sammanhang kunna ses som ett naturligt inslag i utvecklingen mot en öppnare redovisning med ökat inslag av sådana värden i årsredovisningen eller upplysningar i denna. Innehållet i de regler som här är av intresse kan dock knappast bestämmas av redovisningens innehåll (jfr t ex Rodhe, Aktiebolagsrätt, 9 uppl, s 93, där enligt uttalanden i doktrinen i övrigt författaren skulle ha förordat användning av marknadsvärdet, när han föreslagit en viss hantering av frågan redovisningsmässigt samtidigt som han framhållit att underlåtenhet på denna punkt inte påverkar giltigheten av utdelningen). Oavsett till vilket värde som utdelning för de ändamål som här diskuteras skall tas upp, skall för övrigt redovisningen anpassas till den civilrättsliga verkligheten och inte tvärtom. En sådan anpassning torde också vara möjlig att åstadkomma. Skillnaden mellan att använda det bokförda värdet och det högre marknadsvärdet vid bestämmandet av om sakutdelningen är olovlig torde för övrigt, om inte användandet av det senare värdet kombineras med iakttagandet av de tidigare behandlade formella beslutsreglerna, från informationssynpunkt inte behöva vara så stor.

Rättsfallen NJA 1951 s 6 I och II har åberopats till stöd för att det är marknadsvärdet som skall användas och inte det bokförda värdet, HD uttalade där, att mot kravet på återbäring av en som olovlig betraktad utdelning inte kunde åberopas att bolagets kvarvarande tillgångar på grund av dolda reserver eller annorledes hade täckt bolagets skulder. Detta skulle visa, har det anförts, att domstolen ansett att även dolda reserver var avsedda att skydda borgenärerna och att det därför skulle stå i strid med denna avsikt att dolda reserver utdelas utan kontroll genom att de utdelade tillgångarnas bokförda värde och inte det högre marknadsvärdet ställdes mot fritt eget kapital. HD kan emellertid inte anses i rättsfallen ha besvarat frågan om förutsättningarna för en tillåten förtäckt utdelning som sker i den formen att bolaget till aktieägare säljer tillgång för ett pris, som motsvarar det i balansräkningen upptagna värdet men ligger under dess verkliga värde (jfr t ex Nial i SvJT 1955 s 256).

I sammanhanget är av visst intresse att den utredning som lade grunden för den gällande aktiebolagslagen i sitt betänkande föreslog borttagandet av kravet på avsättning till reservfond. Därvid framhölls visserligen att skapandet av dolda reserver var viktigare för ett bolags konsolidering (SOU 1971:15, bl a s 313). I lagen behölls dock kravet på dylik avsättning, men samtidigt infördes försiktighetsregeln i 2 § 2 st. Denna får anses tillämplig oavsett vilket värde som används vid prövningen enligt första stycket och är således tillkommen just för att tillgodose kravet på konsolidering.

Som redan tidigare angetts har i doktrinen till stöd för att det ena eller andra värdet skall användas anförts åtskilliga argument. Det förtjänar att nämnas att vissa av dessa helt naturligt har satts i samband med konsekvensen i form av skyldighet att återbära eller betala ersättning för vad som erhållits. Som redan antytts har t ex paralleller gjorts med återvinningsreglerna i KL. Vidare har jämförelser gjorts med bestämmelserna om nedsättning av aktiekapital m m i 6 kap ABL. Ytterligare har hänvisats till de krav som ställs i samband med fusion och som bör iakttagas även vid fission enligt vad som kan antas innefattat i direktiv 82/891/EEG, det sjätte bolagsdirektivet, om delning av aktiebolag. Dessa synpunkter synes dock vara svåra att tillmäta avgörande betydelse vid bestämmandet av vad ABL innehåller för den fråga som nu är av intresse i förevarande mål.

Helt kort skall beröras två, som det vill synas centrala, argument som anförts

till stöd för användningen av det bokförda värdet respektive marknadsvärdet. Till förmån för att det är det bokförda värdet som skall användas åberopas att det på flera håll i förarbetena framhållits att reglerna skall tillse att utdelningar inte inkräktar på det bundna kapitalet. Mot det har ordalydelsen i bestämmelsen åberopats, av vilken skulle framgå att det inte alls är fråga om skydd för det bundna kapitalet utan fastmera om ett belopp som angivits som gräns för hur mycket som får utdelas. I sistnämnt hänseende har också kunnat hänvisas till att en liknande dubbel bestämning förekommer i artikel 15 1 a och c i det andra bolagsdirektivet. Utan att ta ställning till huruvida dessa olika uttalanden i lag och förarbeten egentligen ger grund för skilda slutsatser mot bakgrund av sambandet mellan de poster som ingår i de båda begreppen, synes de i allt fall knappast kunna utnyttjas för ett bestämt ställningstagande till den fråga som skall besvaras, nämligen om det är det bokförda värdet eller ett högre marknadsvärde som vid sakutdelning skall användas vid prövningen enligt 12 kap 2 § 1 st.

Om man tar som utgångspunkt att borgenärsintresset har sådan tyngd att bestämmelserna i 12 kap ABL, om inte annat talar klart emot det, är avsedda att så långt det låter sig göra tillgodose dessa intressen, framstår det naturligtvis som ändamålsenligt att vid tillämpningen av 2 § 1 st i nämnda kapitel välja marknadsvärdet som det värde utdelningen skall anses ha. Att ABL:s bestämmelser verkligen tillkommit med en sådan syftning har emellertid knappast något klart stöd i vare sig lagens bestämmelser eller dess förarbeten. Snarare framstår bestämmelserna som resultatet av en avvägning av skilda intressen, och då inte bara aktieägarnas och borgenärernas intressen utan även bla intresset av skydd för omsättningen, t ex skyddet för tredje man som träder i förbindelse med bolaget (jfr Andersson, aa kap 4, särskilt s 130fl).

Frågan, huruvida det bokförda värdet eller marknadsvärdet är det som skall utgöra utgångspunkten vid prövningen av tillåtligheten av en utdelning enligt 12 kap 2 § 1 st ABL aktualiserades redan vid tillämpningen av 1910 och 1944 års aktiebolagslagar och kom att bli föremål för diskussion bl a i anslutning till rättsfallen NJA 1951 s 6 I och II. Den diskuterades därefter i olika upplagor av ett standardverk på området (Rodhe, Aktiebolagsrätt). Enligt vad som omvittnas i litteraturen och eljest kan det emellertid antas att trots detta åtskilliga transaktioner, som det inte finns anledning att i övrigt rikta anmärkning mot, genomförts under årens lopp på ett sätt som inte är förenligt med synsättet att det är marknadsvärdet som skall användas vid bedömningen av huruvida utdelning av tillgångar utgör lovlig vinstutdelning. Om nämnda synsätt skulle anses ge uttryck för gällande rätt skulle detta således kunna innebära en genomgripande ändring av de grunder på vilka dylika transaktioner byggts, särskilt då sådana som kan uppfattas som förtäckta utdelningar i samband med överlåtelse av tillgångar mellan bolag inom en koncern. I flera fall skulle möjligen i och för sig välmotiverade omorganisationer inom koncerner över huvud inte ha kommit till stånd, därför att berörda dotterbolag skulle ha saknat tillräckligt fritt eget kapital för att täcka marknadsvärdet, och transaktionskostnaderna i form av skatter m m förknippade med alternativa tillvägagångssätt skulle ha uppfattats som i det närmaste prohibitiva.

Vid en jämförelse mellan de två alternativa bedömningar som är i fråga framstår knappast någon av dem som den klart bäst förenliga med lagstiftningens ändamål, såsom detta kan utläsas av bestämmelsernas ordalydelse eller lagstiftningens allmänna systematik, eller av rättspraxis eller förarbetena till ABL. Argumenten för vart och ett av alternativen synes sammanlagda kunna anses väga ungefär lika tungt, även om de till sin karaktär delvis är så skiftande att en jämförelse inte är helt lätt. Vid dessa förhållanden och då, som redan berörts, det praktiska rättslivet synes under lång tid ha inrättat sig efter det ena alternativet, låt vara möjligen under inflytande av skattemässiga bedömningar, skulle det leda till många svåröverskådliga komplikationer och även framtida processer avseende transaktioner långt tillbaka i tiden om det nu konstateras att bestämmelserna i själva verket skulle ges en annan innebörd än den så många antagit. Den ståndpunkt som ligger till

grund för utgången i förevarande mål enligt TR:ns och HovR:ns domar skulle kunna medföra att en eller flera värderingar måste genomföras i fråga om praktiskt taget varje bolagets transaktion med aktieägare, och kanske t o m med tredje man, som avser tillgångar som inte genom t ex marknadsnoteringar har ett lätt bedömt marknadsvärde. Att sådana värderingar skulle inrymma stor osäkerhet är självklart.

Visserligen ligger det i sakens natur att en tolkning av gällande rätt kan innebära överraskningar med retroaktiv verkan. Emellertid synes konsekvensen för enskilda fysiska eller juridiska personer av att rättstillämpningen nu visar att det är marknadsvärdet som skall användas vid bedömningen av sakutdelning enligt 12 kap 2 § 1 st ABL vara att betrakta som allvarigare än de negativa konsekvenserna för borgenärskollektiven av att det bokförda värdet godtas. De senare kan för övrigt ändå skyddas av återvinningsreglerna i KL.

På grund av det anförda kan det inte anses stå i strid med regeln i 12 kap 2 § 1 st ABL att till grund för bedömningen av storleken av en sakutdelning lägga det bokförda värdet av tillgångarna i fråga och inte ett högre värde, såsom t ex deras bedömda marknadsvärde.

ABL är för närvarande underkastad en fullständig omarbetning. I lagstiftningsärendet kan också alla sådana följdfrågor beaktas som skulle sammanhålla med att marknadsvärdet får betydelse för lovlighetsprövningen av överföringar till aktieägare. Då kan också ställning tas till behandlingen överhuvudtaget av s k förtäckta utdelningar i olika former och andra överföringar från bolag, till nackdel för borgenärer och aktieägare, där kopplingen till åtgärder av aktieägare är svag men till åtgärder av andra bolagsorgan eller personer är starkare. Vidare kan beaktas i vad mån och på vad sätt överföringar till aktieägare, direkt men möjligen även indirekt skall behandlas annorlunda än överföringar till andra, särskilt från synpunkten av preskriptionstid för återbärings/återbetalningskrav. Inte minst för sistnämnda fall kan det t ex finnas anledning att överväga eventuellt samband med reglerna om återvinning i KL.

Av det föregående har framgått att prövningen här avsett vad som benämns borgenärsintresset, men att frågan om hur storleken av en sakutdelning skall bestämmas kan aktualiseras även vid bedömningen av huruvida principen om aktieägares lika behandling trätts för när. Visserligen kan det från allmänna synpunkter te sig rationellt och konsekvent att de skilda skyddsintressen som gör sig gällande vid bedömningen enligt nyssnämnda regel blir tillgodosedda genom en någorlunda ensartad tillämpning av regelsystemet. Emellertid rör det sig ändå om olika intressen på vilka också skilda synpunkter kan läggas mot bakgrund av ABL:s behandling i övrigt av dessa intressen. Här bör därför anmärkas att den omständigheten att det bokförda värdet godtagits i förevarande sammanhang inte kan anses utgöra något hinder mot att ett annat värde anses böra ligga till grund för en motsvarande prövning med hänsyn till likabehandlingsprincipen.

I enlighet med den angivna slutsatsen skall konkursboets i målet förda talan i huvudsaken ogillas.

Domslut. Med ändring av HovR:ns dom i huvudsaken ogillar HD konkursboets talan. - - -.

JustR Lars K Beckman, med vilken JustR Vängby förenade sig, var skiljaktig i själva saken och anförde: Enligt 12 kap 2 § 1 st ABL får vinstutdelning till aktieägarna inte överstiga vad som i fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som bolagets nettovinst för året, balanserade vinst och fria fonder med avdrag för bl a redovisad förlust och belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital. När det gäller tillämpningen av denna bestämmelse på sakutdelningar framträder i doktrinen två helt skilda synsätt. Det ena innebär att borgenärsskyddet medför att utdelningen skall anses vara lika stor som beloppet av tillgångens bokförda

värde hos bolaget. Enligt det andra synsättet skall utdelningen i stället anses ha skett med ett belopp motsvarande tillgångens bedömda marknadsvärde. Enligt den första uppfattningen skulle utdelningen alltså vara tillåten om det bokförda värdet ryms inom fritt eget kapital, medan det enligt den andra uppfattningen krävs att marknadsvärdet ryms.

Lagtext och förarbeten får anses ge föga ledning i valet mellan dessa synsätt och doktrinen är som redan framgått splittrad.

För det bokförda värdet talar att det praktiska rättslivet synes ha under lång tid inrättat sig efter detta alternativ, låt vara möjligen under inflytande av skattemässiga bedömningar. Det kan vidare sägas vara enklare och utan risk för komplikationer att i detta sammanhang använda sig av det bokförda värdet, som är känt och inte kan ifrågasättas. Som skäl för det bokförda värdet har också framhållits det förfarande som i praktiken utvecklats vid s k koncernbidrag.

Till förmån för marknadsvärdet kan emellertid anföras åtskilliga omständigheter. Rent allmänt måste det när en tillgång realiserats sägas vara naturligare att se till det verkliga värdet än till det bokförda värdet. I andra sammanhang används också marknadsvärdet, exempelvis vid tillämpning av bestämmelserna om återvinning i konkurs i 4 kap KL (1987:672) och bestämmelserna om brott mot borgenärer i 11 kap BrB.

Vid bedömningen av om en transaktion inte är affärsmässig i den meningen att en tillämpning av vinstutdelningsreglerna överhuvudtaget kan bli aktuell har man att utgå från den avyttrade egendomens marknadsvärde. Har det konstaterats att vederlaget vid en försäljning inte motsvarar egendomens verkliga värde och att försäljningen därför skall bedömas som en vinstdisposition, framstår det som mindre konsekvent att frågan om den utdelade "vinstens" storlek skall prövas efter en annan bedömningsgrund när det gäller att avgöra om utdelningen har gått utöver disponibla vinstmedel. Realiteten i de båda prövningarna är att bolagets förmögenhet har minskat med egendomens värde (med avdrag för uppburet vederlag).

Vidare får anses gälla att det vid bedömningen av huruvida det vid en bolagets försäljning av tillgångar till aktieägare förekommit en förtäckt utdelning som står i strid med aktieägarnas intresse av likabehandling är marknadsvärdet och inte ett lägre bokfört värde som skall beaktas. En annan bedömning för det fall att prövningen i stället skall göras från synpunkten av borgenärsskyddsintressena framstår som så inkonsekvent att den är svår att godta.

Beträffande marknadsvärdet bör även framhållas att en mottagare vid talan om återbäring enligt 12 kap 5 § ABL kan invända att han var i god tro beträffande egendomens marknadsvärde.

På grund av det anförda får övervägande skäl anses tala för att bedömningen av om vinstutdelningen täcks av disponibla vinstmedel skall ske med utgångspunkt i egendomens marknadsvärde och inte dess bokförda värde.

Även beträffande övriga invändningar mot konkursboets talan saknas anledning att frångå HovR:ns bedömning. HovR:ns domslut skall alltså fastställas.

JustR Vängby tillade för egen del: Även från en annan utgångspunkt än den av JustR Lars K Beckman begagnade kan det ifrågasättas om förtäckta sakutdelningar, eller för den delen förtäckta vinstutdelningar i någon form, är lovliga i förhållande till andra intressenter, som kan skadas därav, än aktieägarna själva (när dessa är ense). Enligt 12 kap 3 § ABL skall beslut om vinstutdelning fattas på bolagsstämma. Såvitt jag kan se har HD inte tidigare uttalat sig i frågan, om en förtäckt vinstutdelning varit olovlig även på den grunden att den inte beslutats av bolagsstämma. Det närmaste domstolen kommit att ta ställning är i rättsfallet NJA 1988 s 620; jag är emellertid

benägen att hålla med majoriteten i synen på det rättsfallet.

Ordalydelsen av bestämmelsen i 12 kap 3 §, att beslut om vinstutdelning fattas på bolagsstämma, är tydlig på ett annat sätt än som gäller 12 kap 2 § 1 st. I förarbetena (prop 1975:103 s 478) anges to m att endast ordinarie bolagsstämma kan besluta om vinstutdelning. Om vid förtäckt sakutdelning endast analog tillämpning av 12 kap 5 § 1 st, jämfört med 12 kap 3 §, anses komma i fråga, därför att någon utbetalning inte sker, talar starka skäl för en dylik tillämpning när förhållandena är sådana att sakutdelningen kan tänkas inkräkta på borgenärernas intressen. Det är nämligen svårt att bedöma frågan om inverkan på bolagets egna kapital av en förtäckt sakutdelning som görs under löpande bokföringsår. Förändringar under året i fråga om andra poster i balansräkningen kan medföra att följande balansräkning kommer att utvisa att utdelningens värde har överskridit det fria kapitalet och till följd därav inkräktat på bolagets bundna kapital. Först när utdelning sker på grundval av fastställd balansräkning och i de former som föreskrivs i 12 kap 3 § kan en någorlunda säker bedömning göras. Det sagda gäller visserligen oavsett vilken metod som väljs för värderingen, eftersom en högre värdering av den egendom som delas ut automatiskt ökar storleken av fritt eget kapital. Emellertid vinnns genom att marknadsvärdet används också en ökad öppenhet gentemot borgenärer, inbegripet staten som skatteborgenär, och övriga intressenter. Otvivelaktigt tillkommer vid sakutdelning enligt det skisserade förfarandet ytterligare problem till följd av redovisningsreglerna, särskilt bestämmelserna om uppskrivning av tillgångar. Skulle ABL:s regelsystem utgöra ett hinder för förtäckta sakutdelningar, i den mån de är till nackdel för borgenärerna därför att bolagets reserver försvinner, kan detta dock inte betraktas som en olägenhet.

Jag vill tillägga att behandlingen av koncernbidrag får anses ha funnit en form som måste accepteras. I vad mån kritik kan riktas mot sådana bidrag utifrån förhållandet mellan värdet av överförd egendom och det givande bolagets egna kapital saknar jag anledning att ta ställning till i förevarande mål.

HD:s dom meddelades d 28 dec 1995 (nr DT 232).

Samtidigt och på samma sätt avgjordes mål nr T 284/94 (nr DT 231).

Litteratur: Se hänvisningarna i HD:s dom i det refererade målet.

Sökord: Aktiebolag; Vinstutdelning; Olovlig vinstutdelning

Litteratur:
