

Koncernbidrag

*En undersökning av de civilrättsliga
reglerna kring koncerninterna
värdeöverföringar*

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INLEDNING | 4 |
| 1.1 | ALLMÄNT | 4 |
| 1.2 | SYFTE | 4 |
| 1.3 | METOD | 4 |
| 1.4 | AVGRÄNSNINGAR | 6 |
| 1.5 | MATERIAL | 6 |
| 1.6 | DISPOSITION | 6 |
| 1.7 | KORT OM TERMINOLOGIN | 7 |
| 2 | KONCERNER | 8 |
| 2.1 | ALLMÄNT | 8 |
| 2.1.1 | <i>Historik</i> | 8 |
| 2.1.2 | <i>Koncernen som ekonomisk enhet</i> | 9 |
| 2.1.3 | <i>Koncernen som rättslig enhet</i> | 10 |
| 2.2 | KONCERNBEGREPP | 10 |
| 2.2.1 | <i>Associationsrättsligt koncernbegrepp</i> | 10 |
| 2.2.2 | <i>"Oäkta" koncerner</i> | 12 |
| 2.2.3 | <i>Intresseföretag</i> | 12 |
| 3 | ALLMÄNT OM UTBETALNINGAR OCH ABL | 13 |
| 3.1 | SKYDDSREGLERNA | 13 |
| 3.2 | UTBETALNINGSFÖRBUDET | 14 |
| 3.2.1 | <i>Öppen utbetalning</i> | 14 |
| 3.2.2 | <i>Förtäckt utbetalning</i> | 15 |
| 3.2.3 | <i>Gränser för tillåten vinstutdelning</i> | 18 |
| 3.2.4 | <i>Utbetalningar till utomstående</i> | 19 |
| 3.2.5 | <i>Påföljder vid olovliga utbetalningar</i> | 21 |
| 3.3 | MINORITETSSKYDD | 23 |
| 3.4 | BOLAGSORGANENS FUNKTIONSFÖRDELNING | 24 |
| 3.5 | LÅNEFÖRBUDET I 21 KAP. ABL | 27 |
| 3.6 | DEN NYA AKTIEBOLAGSLAGEN | 28 |
| 4 | KONCERNBESKATTNING | 30 |
| 4.1 | ALLMÄNT | 30 |
| 4.2 | SKATTERÄTTLIGT KONCERNBEGREPP | 30 |
| 4.3 | VÄRDEÖVERFÖRINGAR | 31 |
| 4.3.1 | <i>Öppna koncernbidrag</i> | 32 |
| 4.3.2 | <i>Dolda inkomstöverföringar</i> | 33 |
| 5 | KONCERNINTERNA VINSTÖVERFÖRINGAR; TYPFALL ... | 35 |
| 5.1 | ÖPPNA KONCERNBIDRAG FRÅN HELÄGT DOTTERBOLAG TILL MODERBOLAG | 35 |
| 5.2 | KONCERNBIDRAG FRÅN MAJORITETSÄGT DOTTERBOLAG TILL MODERBOLAG | 36 |
| 5.3 | KONCERNBIDRAG FRÅN MODERBOLAG TILL DOTTERBOLAG | 36 |
| 5.4 | KONCERNBIDRAG MELLAN SYSTERBOLAG | 37 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 5.5 | DOLDA KONCERNBIDRAG OCH KONCERNBIDRAG INOM OÄKTA KONCERNER | 38 |
| 6 | KOMMENTARER | 39 |
| 6.1 | KONCERNINTRESSE SOM KOMMERSIELLT SYFTE. SÄRSKILT ANGÅENDE STÄLLANDE AV SÄKERHET | 39 |
| 6.2 | JURIDISKA ANOMALIER I NÄRINGSLIVETS PRAXIS..... | 41 |
| 6.2.1 | <i>Funktionsfördelningen och moderbolags direktivrätt.....</i> | <i>41</i> |
| 6.2.2 | <i>Angående tidpunkten för beslutet om vinstutdelning</i> | <i>42</i> |
| 6.3 | AVSLUTNING..... | 45 |

1 Inledning

1.1 Allmänt

Om ett aktiebolag äger aktier som representerar mer än hälften av rösterna i ett annat aktiebolag är det senare bolaget ett dotterbolag och det förstnämnda moderbolag, 1:11 ABL. Moder- och dotterbolag utgör tillsammans en koncern. Varje aktiebolag i en koncern utgör ett eget rättssubjekt skilt från övriga bolag och koncernen som helhet. I ekonomiskt avseende betraktas koncernen ofta som en enhet och det är vanligt med olika former av värdeöverföringar mellan bolagen i form av s.k. *koncernbidrag*.

Koncernbidraget utgör en form av utbetalning och ska bedömas enligt aktiebolagslagens regler om kapitalskydd, framför allt i ABLs 17 kapitel. Det finns i dagsläget inga särskilda bestämmelser i aktiebolagslagen om koncernbidrag och begreppet används överhuvudtaget inte i aktiebolagslagen. Detta är för en utomstående läsare inte helt lätt att genast förstå: inga särskilda regler i ABL och ändå ska KB bedömas enligt ABL.

Till skillnad från ABL innehåller skatterätten och ISL regler om koncernbidrag. Koncernbolag kan enligt inkomstskattelagen ge bidrag med avdragsrätt för det givande bolaget (och skattskyldighet för det mottagande bolaget). De olika formerna av koncernbidrag och utbetalningar mellan koncernföretag har också en civilrättslig aspekt. Även om utbetalningen är skatterättsligt avdragsgill för givarbolaget så kan den vara otillåten från civilrättslig synvinkel.

1.2 Syfte

Uppsatsens syfte är att presentera och utreda de civilrättsliga bestämmelserna om koncernbidrag och andra koncerninterna värdeöverföringar.

1.3 Metod

Arbetet består av en kombination av en regelorienterad¹ ansats och en problemorienterad² ansats. Det grundläggande arbetet består av att

¹ Den regelorienterade ansatsen tar sin utgångspunkt i rättsregler som forskningsföremål och de juridisktekniska problem som hänger samman med en bestämmelse. För en utförligare beskrivning av olika forskningsansatser se: Westberg (1992)

² Den problemorienterade ansatsen tar sin utgångspunkt i ett mer öppet betraktelsesätt på juridiken där författarens huvudsyfte är mer än att enbart juridisktekniskt analysera en eller flera bestämmelser. Westberg (1992).

systematisera och strukturera ett urval av tillgängliga källor och att genom deskriptiv-analytisk bearbetning av materialet försöka komma fram till allmängiltiga regler.

Risken med en regelorienterad ansats och dess utgångspunkt i tillgängliga rättskällor är att arbetet enbart blir en sammanställning av vad som tidigare anförts i ämnet. Särskilt när det gäller ett område som kapitalskyddsreglerna där lagtexten är knapphändig, praxis kortfattad och doktrinen omfattande, är

”...det lätt att falla till föga för redan färdigformulerade problem, välkända intressekonflikter, och beprövade lösningar... Steget till ny, nyttig eller tankeväckande kunskap är då långt, och i flera fall blir avhandlingen lätt en sammanställning av vad som tidigare sagts i ämnet, låt vara att informationen på ett behändigt sätt samlas inom en och samma uppsättning bokparmar.”³

För att undvika denna rättsvetenskapliga fallgrop har jag i möjligaste mån försökt hålla mig kritisk och självständig i förhållande till tillgängliga källor - naturligtvis utan att göra anspråk på att upphäva den vedertagna rättskällevärdet - och även kompletterat min undersökning med en problemorienterad ansats.

En viktig beståndsdel i den problemorienterade ansatsen är att den ständigt söker alternativa synsätt och infallsvinklar. För att undvika att rättsvetenskapen enbart genererar ny kunskap genom att fragmentisera och dissekera rekvisit och juridisktekniska problem in absurdam är det viktigt att få ny kunskap genom att jämföra olika sätt att betrakta sådana problem. Till exempel skulle en ekonomisk analys måhända kunna påvisa att viss lagstiftning kring koncernbidrag inte är optimalt utformad ur samhällsekonomisk synvinkel. På grund av tids- och utrymmesbrist har jag dock inte haft möjlighet att utveckla den problemorienterade ansatsen i den utsträckning den egentligen förtjänar.

Då arbetet inte har några normativa ambitioner är det den faktiska juridiken som den kommer till uttryck i högre instanser som ligger till grund för undersökningen, och inte vad som är ”bra” eller ”dålig” juridik. Högsta domstolen har i en del fall, medvetet eller omedvetet, lämnat fältet öppet för olika tolkningsmöjligheter. Min ambition har varit att göra mitt bästa för att reda ut begreppen men på grund av utrymmesbrist har vissa förenklingar och generaliseringar gjorts för att inte fokus ska flyttas från huvudfrågan.

Den faktiska juridiken som den kommer till uttryck i högre instanser ligger till grund för undersökningen, inte vad som är ”bra” eller ”dålig” juridik. Ambitionen bakom uppsatsen är att tydliggöra resonemangen i de avgöranden om koncernbidrag där Högsta domstolen förefaller ha lämnat fältet öppet för olika tolkningsmöjligheter och att presentera ett resonemang om dessa möjligheter.

³ Westberg (1992), s. 441

1.4 Avgränsningar

Uppsatsens fokus ligger på kapitalskyddsreglerna i aktiebolagslagens tolfte kapitel. Detta innebär att en rad avgränsningar måste göras. Till exempel behandlar uppsatsens kap 2.1 endast översiktligt intressekonflikten mellan den ekonomiska och rättsliga enheten i koncerner, eftersom syftet med framställningen är att skapa en tydligare översiktlig bild av koncerner. Ett annat exempel är den kortfattade redogörelsen för bestämmelserna kring återbärings- och bristtäckningsplikten och andra möjliga påföljder vid olovliga utbetalningar; här är det transaktionen per se som står i fokus, inte påföljderna. Enligt samma resonemang bortses i princip helt ifrån frågan kring hur koncernbidraget ska behandlas i det mottagande bolaget.

Den skatterättsliga framställningen är summarisk och finns med för att bidra till ett helhetsperspektiv över koncernbidragsinstitutet.

1.5 Material

Då den lagtext som är relevant för uppsatsen är tämligen knapphändig har jag främst varit hänvisad till praxis och doktrin vid mitt skrivande. Eftersom de centrala rättsfallen inte är särskilt omfattande är doktrinen viktig. Flera av frågorna som aktualiseras i samband med koncernbidrag har debatterats länge och eftersom jag inte haft möjlighet att ta del av all litteratur på området har jag valt att fokusera på senare års doktrin. De verk som har legat till grund för uppsatsen är främst Jan Anderssons avhandling, Om vinstutdelning från aktiebolag, Erik Nereps monografi, Aktiebolagsrättsliga studier, Stefan Lindskogs Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kap. Som kompletterande litteratur har främst Aktiebolagskommittéens utredningar, Aktiebolagets kapital (1997:22) och Vinstutdelning i aktiebolag (SOU 1997:168), samt Nial-Johanssons Svensk associationsrätt använts. Då flera relevanta rättsfall har avgjorts efter ovan nämnda verks utgivande har jag kompletterat med Posselius Skyddet för aktiebolagets egna kapital och Anderssons Kapitalskyddet i aktiebolag, främst för att få ett uppdaterat perspektiv.

1.6 Disposition

Arbetet är indelat i fyra centrala avsnitt. Inledningsvis redogörs översiktligt för koncernbegreppet samt kapital- och minoritetsskyddsreglerna. Detta ger en introduktion till relevanta lagregler, rättsfall och doktrin så att kapitel 5 – 6 kan sättas in i en större kontext. Efter detta följer ett avsnitt som berör olika former av utbetalningar och värdeöverföringar från aktiebolag. För att förstärka helhetsbilden och ge ökad förståelse för koncernbidrag följer så ett översiktligt avsnitt om koncernbeskattning. Efter de inledande avsnitten behandlas de fyra olika formerna av koncernbidrag var för sig med en mer

djuplodande ambition. I det avslutande kapitlet avser författaren ge synpunkter på ett par frågor som förtjänar ytterligare kommentarer.

1.7 Kort om terminologin

I litteraturen förekommer det olika begrepp för att beskriva vederlagsfria förfoganden över bolagsförmögenheten till aktieägare. Inte sällan används termen ”utdelning”. Detta kan dock även syfta på den rätt aktieägare har att lyfta vinstmedel – i form av pengar eller annan egendom - från bolaget i enlighet med stämmobeslut eller den rättshandling genom vilken bolaget vederlagsfritt för över vinstmedel till dem. En alternativt benämning som i början av 1990-talet lanserades av Lindskog är ”kapitalanvändning”. Med kapitalanvändning förstås ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet varigenom ett bolag för över tillgångar till aktieägarna.⁴ En annan term, som lanserades i SOU 1987:168 är ”värdeöverföring”.⁵ Detta blev sedan det begrepp som lagstiftaren valde att använda i lagtexten i den nya aktiebolagslagen.

Författaren anser i likhet med Andersson⁶ att det ligger närmast till hands att använda termen ”utbetalning” för vederlagsfria förfoganden över bolagets förmögenhet. Genom att använda begreppet utbetalning uppnås överensstämmelse med lagtexten. Utbetalningar kan i sin tur delas upp i flera kategorier; till exempel öppna respektive förtäckta utbetalningar och kontant respektive sakvärdesutbetalningar. I en del fall används i denna uppsats ändå begreppet ”värdeöverföring”, då detta passar bättre in i sammanhanget.

⁴ Lindskog SvJT 1992 s.83f.

⁵ SOU 1987:168 s.9.

⁶ Andersson (1995) s.179ff, Andersson (2000) s.76f.

2 Koncerner

2.1 Allmänt

Många svenska och utländska bolag är idag organiserade i koncerner. Aktiebolagskommittén uppskattar att ca 20% av de svenska aktiebolagen (dvs ca 60 000) 1997 ingick i en koncern.⁷

Skälen till att bilda en koncern varierar. Ofta anses att de främsta vinsterna med en koncernbildning ligger i stordriftsfördelar för försäljning och produktion, gemensam administration och förvaltning och samordnad forskning och utveckling. Sådana fördelar behöver dock inte nödvändigtvis vara knutna till koncernbildning i sig självt.

Ett vanligt skäl att bilda en koncern kan vara att ett företag vill starta en ny verksamhet. Genom att bedriva en potentiellt riskfylld verksamhet i ett dotterbolag begränsas moderbolagets risk till dess insatta kapital. Andra orsaker att bedriva verksamhet i dotterbolag kan vara möjligheten till effektivitetsvinster och att det kan finnas fördelar med administrativ självständighet för dotterföretaget. Ytterligare en orsak att starta dotterbolag kan vara då moderbolaget vill samarbeta med andra företag kring viss verksamhet utan att för den skull ge samarbetspartnern någon insyn i den övriga verksamheten.

En av de största fördelarna med koncernförhållandet är att det normalt räcker med majoritetsäggande för att kontrollera dotterbolaget. Eftersom moderbolaget inte behöver äga alla utestående aktier klarar det sig undan med en lägre kapitalinsats än om det drivit verksamheten i egen regi. Genom så kallat ”ask i ask ägande” kan ett moderbolag kontrollera en stor mängd företag med en förhållandevis låg kapitalinsats.⁸

En annan viktig fördel är möjligheten att resultatutjämna mellan olika koncernbolag. Koncernen kan då bli motståndskraftigare mot till exempel konjunktursvängningar, framförallt om koncernbolagen bedriver verksamheter som befinner sig på olika stadier i konjunkturcykeln.⁹

2.1.1 Historik

Sverige var det första nordiska landet att lagstifta om koncerner. I Norge infördes 1957 regler om koncernredovisning och en koncerndefinition i aksjeloven §89. Danmark införde regler om koncerner i och med reformen av aktieselskaploven 1973.

⁷ SOU 1997:168 s. 80.

⁸ Rodhe (2002) s. 269f.

⁹ Kedner (1990), s.19.

De första svenska reglerna om koncerner infördes i 1944 års aktiebolagslag och kan bland annat ses mot bakgrund av Kreugerkraschen 1932. Den allmänna ekonomiska utvecklingen hade medfört betydelsefulla förändringar för företagens förhållanden. Det befarades att förändringarna i företagens verksamhetsformer och organisation skulle kunna leda till kringgående av aktiebolagens regler. Det främsta problemet var av redovisningskaraktär; hur skulle dotterbolag värderas i moderbolags balansräkningar.¹⁰

I 1944 års aktiebolagslag infördes en koncerndefinition och särskilda regler om koncernredovisning. Syftet med reglerna var framförallt att hindra moderbolaget från att dela ut mer vinst än vad som motsvarade vinsten för koncernen som helhet. Inspiration till lagstiftningens utformande var bland annat hämtad från amerikansk och engelsk rätt.

2.1.2 Koncernen som ekonomisk enhet

Företag kan beskrivas som en verksamhet som är inriktad på att förverkliga affärsidéer. Företaget styrs av en ledning – VD och styrelse i aktiebolag. Ledningen representerar aktieägarna men har också flera andra intressenter – till exempel borgenärer, arbetstagare och staten - eftersom företaget är beroende av sin omgivning. I koncerner har varje enskilt koncernbolag en egen ledning som - liksom i ett fristående företag - består av en styrelse och VD. Precis som för ett fristående företag styrs koncernföretagets beslutsfattande av en intressentkrets. Dotterföretagets intressentkrets är dock märkbart påverkad av att den har en majoritetsaktieägare med stort inflytande på verksamheten.¹¹

Ur företagsekonomisk synvinkel råder vanligen ett nära samarbete mellan företagen i koncerngruppen, till exempel kan dotterbolagets verksamhet vara helt integrerad i moderbolagets rörelse. Olika former av kapitaltransaktioner, till exempel lån och vinstöverföringar, mellan koncernbolagen är vanliga och kan fungera som en metod för resultatplanering. Även mänskliga resurser kan i viss mån vara koncerngemensamma, till exempel administrativ service. I andra fall kan intressegemenskapen mellan moder- och dotterbolag vara mindre framskjuten, till exempel om dotterbolagsaktierna endast ägs i kapitalplaceringssyfte.¹²

Beslutsfördelningen inom koncernen har betydelse för hur stark den ekonomiska enheten är och varierar ofta med behovet av samordning men även i fråga om valet av styrfilosofi. Till exempel kan ett moderbolag ge

¹⁰ Sandström (2005) s.49ff.

¹¹ Kedner (1990) s. 19.

¹² Kedner (1990) s 19.

sina dotterbolag lösa tyglar medan ett annat moderbolag helt driver samordningen inom koncernen.¹³

Ofta är en koncern uppbyggd så att moderbolagets uppgift är att dirigera dotterbolagen som i sin tur driver själva rörelsen. Ett moderbolag som inte driver någon egen verksamhet utan endast förvaltar dotterbolagen kallas vanligen holding- eller förvaltningsbolag.

Koncerner kan även vara *funktionellt* organiserade på olika plan i produktions- och distributionskedjan. Man talar i sådana sammanhang ofta om att koncernen är vertikalt respektive horisontellt organiserad. Med *horisontell* integration avses att de i koncernen ingående företagen ligger i samma distributions- eller produktionsled, till exempel en butikskedja. *Vertikal* integration innebär att företagen står för olika led i en produktions- och/eller distributionskedja.

2.1.3 Koncernen som rättslig enhet

Förutsättningarna för att en aktiebolagsrättslig koncern ska uppkomma anges i 1:11-12 ABL. Framträdande för koncernen är att moderbolaget har ett bestämmande och varaktigt inflytande över dotterföretaget. Oftast bygger inflytandet på att moderbolaget har en röstmajoritet i dotterföretaget.¹⁴

Utgångspunkten för aktiebolag är att de är självständiga juridiska enheter som själva ansvarar för sina egna skulder och förpliktelser. Även i koncernförhållanden förutsätts de olika företagen vara juridiskt självständiga och koncernen är inte heller ett eget rättssubjekt.¹⁵

Koncernen är en form för samarbete mellan juridiskt självständiga enheter under moderbolagets ledning. Dotterföretagens bolagsstämma, styrelse och VD behåller sina juridiska rättsliga befogenheter efter koncernens bildande. Eftersom moderbolaget utövar bestämmande inflytande kan dock de rättsliga befogenheterna hos dotterföretagens ledningsorgan i praktiken bli mer eller mindre begränsade.¹⁶

2.2 Koncernbegrepp

2.2.1 Associationsrättsligt koncernbegrepp

I 1944 års aktiebolagslag innehöll koncerndefinitionen en huvudregel och en sekundärregel. Enligt huvudregeln ansågs ett koncernförhållande föreligga

¹³ Kedner (1990) s 20.

¹⁴ Se vidare kapitel 2.2.1

¹⁵ Jfr Rodhe (2002) s. 264f.

¹⁶ Kedner (1990) s 17.

om ett aktiebolag – moderbolaget - ägde så många att aktier i ett annat aktiebolag – dotterbolaget - att det hade mer än hälften av röstetalet. Enligt sekundärregeln förelåg en koncern även om moderbolaget på grund av aktieinnehav, avtal eller på annat sätt hade ett bestämmande inflytande över ett annat aktiebolag, så kallad praktisk majoritet. Sekundärregeln kunde bli aktuell då aktierna var så spridda att det var tillräckligt att inneha mindre än hälften av rösterna för att utöva ett dominerande inflytande på bolagsstämman (så kallad praktisk majoritet).¹⁷

Den nuvarande definitionen i 1:11 ABL är en anpassning till EU:s 7:e bolagsdirektiv – det så kallade koncernredovisningsdirektivet - som anger i vilka fall företag har sådant samband att de ska upprätta en gemensam redovisning. Den praktiska skillnaden är dock liten jämfört med 1944 års definition.

Koncernredovisningsdirektivet är inte tvingande på områden som skatterätt, aktiebolagsrätt, arbetsrätt utan där står det medlemsländerna fritt att använda egna koncerndefinitioner. Sverige, liksom många andra länder, har valt att låta direktivets koncerndefinition få genomslag i bland annat det aktiebolagsrättsliga regelverket.¹⁸

I 1975 års aktiebolagslag upptogs koncerndefinitionen i det närmaste oförändrad. Den huvudsakliga förändringen var att även andra associationsformer än svenska aktiebolag godkändes som dotterföretag. Moderbolaget måste dock alltid vara ett svenskt aktiebolag för att falla under koncernbestämmelserna i aktiebolagslagen. För att tydliggöra att hälftenägda bolag (50/50-bolag) inte var dotterföretag preciserades sekundärregeln ett par år senare så att den förutsatte att moderbolaget hade ett *ensamt* bestämmande inflytande i dotterföretaget.¹⁹

Enligt 1:11 ABL är ett aktiebolag moderbolag och en annan juridisk person dotterföretag om aktiebolaget:

1. innehar mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i den juridiska personen,
2. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och på grund av avtal med andra delägare i denna förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar,
3. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i dess styrelse eller motsvarande ledningsorgan, eller
4. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att ensamt utöva ett bestämmande inflytande över denna på grund av avtal med den juridiska personen eller på grund av föreskrift i dess bolagsordning, bolagsavtal eller därmed jämförbara stadgar. I samma lagrum regleras även indirekta koncernförhållanden. Om moderbolaget tillsammans med sina

¹⁷ Rodhe (2002), 264f.

¹⁸ Prop 1995/96:10 Del II s 110

¹⁹ Rodhe (2002), s. 265.

dotterföretag har sådana rättigheter som avses i 1-4 i en annan juridisk person så är även den juridiska personen dotterföretag i koncernen.

2.2.2 ”Oäkta” koncerner

Med oäkta koncerner förstås som regel att två företag står i intressegemenskap med varandra utan att koncerndefinitionen i 1:11 ABL är uppfylld. En ”oäkta koncern” har ofta samma struktur som en ”äkta” koncern. Skillnaden ligger i att ägaren kan bestå av en eller flera fysiska personer eller andra juridiska personer än svenska aktiebolag. Begreppet ”oäkta koncern” saknar rättslig relevans.²⁰ Svenska bolag som ingår i internationella koncerner vars moderbolag är utländskt är att betrakta som så kallade oäkta koncerner.

Även om begreppet som sådant saknar rättslig relevans är det ändå intressant att studera dess struktur utifrån ett juridiskt perspektiv eftersom konstruktionen är vanligt förekommande. Att företagsgruppen inte är en koncern i aktiebolagens mening innebär naturligtvis inte att svenska bestämmelser ska bortses från när man ska bedöma den aktiebolagsrättsliga karaktären på utbetalningar och liknande transaktioner.

2.2.3 Intresseföretag

Om ett bolag utövar ett *betydande inflytande* på en juridisk persons driftsmässiga och finansiella styrning utan att den juridiska personen är ett dotterföretag, är den juridiska personen intresseföretag till bolaget, 1:5 ÅRL. Om bolaget självt eller via dotterföretag innehar minst 20 % av rösterna i den juridiska personen anses bolaget ha ett sådant betydande inflytande. Enligt årsredovisningslagen ska då vissa upplysningar lämnas i årsredovisningen, 5:8 och 7:15 ÅRL.²¹

Aktiebolagens skyddsregler ska självfallet beaktas även vid transaktioner med intresseföretag. På samma sätt som vid transaktioner inom oäkta koncerner är det framför allt bestämmelserna om vederlagsfria utbetalningar till tredje man som aktualiseras.

²⁰ Lodin II (2001) s340f. Se vidare kap. 5.5 ang oäkta koncerner.

²¹ Nial, Johansson (2000), s. 307.

3 Allmänt om utbetalningar och ABL

3.1 Skyddsreglerna

Det finns två viktiga intressentgrupper som kan vara särskilt utsatta i aktiebolag; borgenärer och eventuella minoriteter. Borgenärerna har små möjligheter att direkt påverka bolagets skötsel och makten i ett aktiebolag vilar på grundsatsen att majoriteten bestämmer. Detta innebär att det finns risk att även minoritetsägare kan hamna i ogynnsamma situationer. I koncernförhållanden blir de två grupperna extra exponerade eftersom det finns en dominerande ägare som i stor utsträckning kontrollerar företaget.

En viktig uppgift för lagstiftaren har varit att på olika sätt skapa ett skydd för aktiebolagets kapital. Genom det aktiebolagsrättsliga regelsystemet binds en del av tillgångarna i bolaget vilket innebär ett skydd för bolagets borgenärer, eventuella minoritetsaktieägare och andra intressenter såsom samhället och de anställda.²²

När en värdeöverföring från ett aktiebolag görs tar den i anspråk tillgångar som hänför sig till antingen bolagets bundna, eller bolagets fria kapital. Bolagets bundna kapital får enligt aktiebolagslagen endast användas som återbetalning av aktiekapital, reservfond eller överkursfond eller vid utskiftning i samband med bolagets konkurs. Bolagets fria kapital kan, enligt aktiebolagslagen, endast tas i anspråk av aktieägare eller någon annan genom vinstutdelning.

Lagtextens gamla utformning i 12 kap. ABL gav ingen nämnvärd vägledning²³ men lagens förarbeten²⁴, praxis²⁵ samt doktrin var överens om att begreppet ”utbetalning” hade ett mycket vitt tillämpningsområde. Samtliga transaktioner med benefikt syfte omfattades av förbudet, oavsett hur de rubricerades och oavsett hur den formella beslutsprocessen var. I nya aktiebolagslagen infördes samlingsbegreppet *värdeöverföring* (jfr 17 kap. ABL). Begreppet är en nyhet i lagtexten och innefattar en mängd olika transaktioner som medför att förmögenhet lämnar bolaget.

²² Aktiebolagslagen erbjuder inte något skydd för andra intressegrupper än aktieägarna (inklusive minoritetsaktieägarna) och borgenärerna. Eventuellt kan visst skydd fås genom att ett aktiebolags styrelse inte får åsidosätta ”bolagets intresse”. Det är oklart hur långt skyddet sträcker sig eftersom det är osäkert hur begreppet ”bolagets intresse” ska tolkas. (Se vidare kapitel 6.1 angående begreppet ”bolagets intresse”) Det varierar sannolikt utifrån omständigheterna i det enskilda fallet i vilken mån berörda intressegrupper skall skyddas. Arbetstagare har en viss fördel tack vare att lag (1987: 1245) om styrelserepresentation för de privatanställda i viss mån ger insyn i företaget. Se vidare t ex Rodhe s. 195 ff.

²³ 12:1 ABL nämnde endast ”utbetalning... av bolagets medel” vilket närmast förde tankarna till betalning i kontanter.

²⁴ Prop. 1975: 103 s 475f.

²⁵ Se tex NJA 1995 s. 742

Om ett aktiebolag vill göra en utbetalning till aktieägarna (eller någon annan) måste denna värdeöverföring laglighetsprövas enligt aktiebolagslagen. Denna prövning består av tre olika huvudmoment.²⁶

- Utbetalningen måste stämma överens med de tvingande borgenärsskyddsreglerna i aktiebolagslagen – främst bestämmelserna i 12 kap. ABL (se vidare kap. 3.2 nedan)
- Utbetalningen måste stämma överens med reglerna som berör aktieägarskyddet – framför allt minoritetsskyddet (se vidare kap. 3.3 nedan).
- Utbetalningen måste stämma överens med reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen, d.v.s. vilket bolagsorgan som skall fatta beslut om utdelning (se vidare kap. 3.4 nedan).

Observera att det – för att en laglighetsprövning enligt ovan skall äga rum – måste vara fråga om att en utbetalning i aktiebolagslagens mening ägt rum. Andersson skriver att ”...utdelningsbegreppet fyller följaktligen en *styrande funktion* vid tillämpningen av reglerna kring vinstutdelning.” (Anderssons kursivering).²⁷

3.2 Utbetalningsförbudet

För att skydda det egna kapitalet i aktiebolag finns det i 17 - 18 kap ABL en rad begränsningar avseende värdeöverföringar till aktieägare. Reglerna kallas ofta sammanfattande för *utbetalningsförbudet* trots att de avser många fler transaktioner än rena utdelningar.

3.2.1 Öppen utbetalning

Det vanligaste sättet att göra en *öppen* utbetalning är att föra över pengar till aktieägarna efter ett vanligt stämmobeslut, dvs vanlig vinstutdelning. Om aktieägarna är överens, finns det dock inget som hindrar ett bolag från att föra över sakvärden på aktieägarna – en *sakvärdesutbetalning*. En sådan värdeöverföring är ekonomiskt likvärdig med en utbetalning av kontanter. Marknadsvärdet är utgångspunkten vid bestämmande av vilket värde som tillförts en aktieägare.²⁸

²⁶ Andersson (2000), s. 41.

²⁷ Andersson (2000), s. 41.

²⁸ Andersson (2000) s. 54 och s. 77.

3.2.2 Förtäckt utbetalning

Bestämmelserna om vinstutdelning har i vissa fall kringgåts genom förfaranden som i praktiken inneburit en olovlig utbetalning. En *förtäckt* eller *dold* utbetalning är ett avtal som framstår som ett vanligt förmögenhetsrättsligt avtal men som i verkligheten innebär ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet.

Alla vederlagsfria utbetalningar ska laglighetsprövas enligt aktiebolagslagen, både sådana som sker i enlighet med formkraven för vinstutdelning och olika former av förtäckta utbetalningar. Det är viktigt att understryka att förtäckta utbetalningar inte är otillåtna i sig, utan olovligheten förutsätter att utbetalningen tar i anspråk bolagets bundna kapital (d.v.s. mer än vad finns tillgängligt för vinstutdelning). Det är endast skillnaden mellan prestationerna – d.v.s. själva gåvomomentet – som träffas av utbetalningsförbudet. Gåvomomentet skall rymmas inom tillgängligt belopp. Se vidare kap 3.2.3 för en utförligare redogörelse kring beloppsspärrarna.²⁹

Gåvor sker definitionsmässigt utan vederlag eller motprestation från gåvomottagarens sida. Följaktligen är gåvor alltid att betrakta som utbetalningar. Om gåvans värde överstiger värdet av utdelningsbara medel enligt 17:3 ABL är alltså gåvan en olovlig vinstutdelning.³⁰ I praxis saknas dock närmare vägledning kring vilket mått av vederlagsfrihet som krävs för att utbetalningsförbudet överhuvudtaget skall vara tillämpligt i transaktioner med benefika inslag.

En transaktion som innehåller ett benefikt inslag innebär alltså en form av utbetalning, oavsett hur transaktionen formellt rubricerats. Det kan till exempel vara fråga om situationer där bolaget förvärvar egendom till överpris, säljer egendom till underpris, utbetalar lön eller ersättning för tjänster vars värde endast delvis motsvaras av utbetalningen, lånar ut medel till en för låg ränta alternativt tar upp lån till alltför hög ränta, lämnar säkerhet utan vederlag med mera. En del av de nu nämnda transaktionerna kommer diskuteras närmare nedan. Redan här kan dock konstateras att det kan vara mycket svårt att skilja förtäckta utbetalningar från sedvanliga affärsmässiga avtal.

Det kan vara särskilt svårt att dra klara gränser mellan förtäckta utbetalningar och dåliga affärer. I doktrinen förekommer flera olika uppfattningar om vad vederlagsfriheten innebär. De flesta är överens om huvuddragen beträffande vilka rekvisit som ska vara uppfyllda för att det ska anses föreligga en aktiebolagsrättslig utbetalning. Anderssons definition av utbetalningsbegreppet består av följande komponenter³¹:

²⁹ Nerep (1994) s.59 f.

³⁰ Ett möjligt undantag är ”remuneratoriska gåvor”, dvs gåvor som framkallats av att givaren fått vissa tjänster från mottagaren utan juridiskt bindande krav på anspråk på ersättning. Nerep (1994), s. 60.

³¹ Andersson (1994) s. 307

- 1) En förmögenhetsminskning för bolaget
- 2) som innebär en förmögenhetsökning för aktieägaren, och där
- 3) förmögenhetsminskningen för bolaget korresponderar mot förmögenhetsökningen för aktieägaren samt
- 4) består i en prestation som härrör från bolaget och
- 5) kommer aktieägaren till godo i hans egenskap av aktieägare

Andersson menar också att man måste ta hänsyn till syftet med betalningen. Om det är så att den fyller ett affärsmässigt syfte ska den vederlagsfria utbetalningen inte betraktas som olovlig. Denna åsikt delas av bland andra Lindskog, Rodhe och Nerep.

Frågeställningen kan delas in två separata frågeställningar:

- 1) Vad krävs i *objektivt* hänseende med avseende på skillnaden mellan bolagets och motpartens prestation?
- 2) Vad krävs i *subjektivt* hänseende. Räcker det med en värdeskillnad för att förtäckt utbetalning ska föreligga eller krävs det t ex uppsåt eller vårdslöshet från bolagets sida? Eller är det fråga om förtäckt utbetalning om transaktionen - förutom värdeskillnaden mellan prestationerna – saknade ett affärsmässigt syfte?

Två starka skäl; borgenärsskyddet och aktieägarskyddet, talar för att det ska vara tillräckligt med en objektiv värdediskrepans för att en förtäckt utbetalning skall anses föreligga. Det troligaste - och enligt min mening mest adekvata - är att det inte räcker med en strikt objektiv bedömning utan att det även krävs att man undersöker vilket syfte den aktuella rättshandlingen fyller. För att en förtäckt utbetalning skall föreligga krävs i så fall att transaktionen helt eller delvis *saknar kommersiellt syfte*.³² Andra uttrycker det som att transaktionen inte är *affärsmässigt betingad*.³³ Att försöka skilja begreppen åt här skulle vara en form av hårklyverier som det inte finns utrymme för i den här framställningen. I allt väsentligt torde författarna syfta på samma sak. Vad som torde stå alldeles klart är att ett bolag inom ramen för sin verksamhet måste ha utrymme för att göra dåliga affärer och företa dispositioner som är affärsmässiga.

Nedan beskrivs ett par vanliga former av förtäckta utbetalningar.

- **Lån som vederlagsfri utbetalning**

En lånetransaktion från ett aktiebolag kan vara olovlig av flera skäl. Lån kan vara förbjudna enligt det allmänna eller särskilda låneförbudet i 21 kap ABL (se vidare kap 3.5 nedan) men lån kan även vara otillåtna enligt utbetalningsförbudet.

Om låntagaren vid lånetillfället inte är solvent för lånebeloppet anses det vara en förtäckt utbetalning. Den del av lånet som inkräktar på det bundna

³² Anderssons formulering, Andersson (1995) s. 411 ff.

³³ Nerep (1994) s. 60 ff, Lindskog (1995) s. 41 f.

kapitalet eller står i strid mot försiktighetsregeln anses vara en olovlig vinstutbetalning. Detta har slagits fast redan i Sueciafallet (NJA 1951 s. 6 I). Principen har sedan slagits fast och befästs i flera andra rättsfall, bl.a. NJA 1966 s. 475, NJA 1976 s. 618 och NJA 1990 s. 343.

Efter Sueciafallet ansågs det länge i doktrinen att låntagarens aktieinnehav i det långgivande bolaget inte får medräknas vid låntagarens solvensbedömning. Det här resonemanget torde bygga på att det långgivande bolagets värde ofta urholkats genom lånet. Både Lindskog och Posselius anser dock att om det långgivande bolaget har en sådan substans att värdet på aktierna inte påverkas av utlåningen och den värdelösa fordringsrätten så bör man kunna ta hänsyn till aktiernas värde vid bedömning av låntagarens solvens.³⁴ Andersson har en liknande uppfattning och menar att den ändamålsenliga lösningen är att man ska räkna med marknadsvärdet för de aktier som är möjliga att sälja vid låntagarens solvensbedömning.³⁵

- **Ställande av säkerhet - tredjemanspant, borgen, garantier**

Ställande av säkerhet, kan ske i strid med låneförbudet i 21 kap på samma sätt som lån (jfr 21:3 ABL) men kan även strida mot utbetalningsförbudet. Detta slogs definitivt fast i det så kallade Svetonmålet (NJA 1980 s. 311). Praxis kring lån och ställande av olika former säkerheter bygger på likartade resonemang och överväganden.

Pantsättningar och ställande av andra säkerheter till förmån för någon som inte är betalningsduglig för regressfordran är att betrakta som utbetalningar enligt ABL. Följaktligen är transaktioner där ett bolag ställer säkerhet till förmån för ett bolag eller en person utan att få tillräcklig kompensation att jämställa med utbetalning. Det är tillräckligt att det vederlag bolaget erhåller är klart inadekvat för risktagandet för att utbetalning skall anses föreligga. När man prövar huruvida bolaget erhållit en adekvat kompensation måste risken vägas mot samtliga fördelar, inte bara ekonomiska sådana. För att inte kompensationen ska betraktas som olovlig utdelning måste täckning för bundet eget kapital finnas redan vid tiden för ställandet av säkerheten.³⁶

I doktrinen diskuterades länge möjligheten att borgenssituationer skulle kunna behandlas annorlunda än andra former av säkerhetsställande men i NJA 1995 s. 418 fastslog HD att borgen är likställt med andra säkerheter.³⁷

- **Skadegörelse och motsvarande**

Normalt sett medför medveten skadegörelse mot bolagets egendom och andra former av handlande som medför avsedd skada för bolaget

³⁴ Lindskog (1992), s. 94., Posselius (2000) s. 66 f.

³⁵ Andersson (1995) s. 452 ff. Observera att det är värdet på aktierna vid tidpunkten för lånetillfället som ska användas.

³⁶ Lindskog (1995) s. 47 f., Andersson (2000) s. 82.

³⁷ Andersson (2000) s. 83.

skadeståndsansvar gentemot bolaget. Skulle fallet vara att aktieägarna beordrat eller godkänt handlandet ska detta bedömas som en form av utbetalning från bolaget som ska prövas enligt kapitalskyddsreglerna i 17 kap. ABL. Bedömningen ändras inte även om det är fråga om underlåtenhet att handla.³⁸

Exempel på handlingar och underlåtna handlingar som kan betraktas som olovliga utbetalningar kan vara:

- Bolaget låter en fordran preskriberas
- Bolaget betalar en preskriberad skuld
- Ett beslut att inte föra talan mot t.ex. en styrelseledamot – förutsatt att det finns en välgrundad anledning att anta att en process skulle medföra ett positivt utfall för bolaget.

3.2.3 Gränser för tillåten vinstutdelning

Utbetalningsförbudet är tvingande. Det kan alltså inte åsidosättas ens genom att samtliga aktieägare är överens om att överträda regeln. Huvudprincipen är att bolaget efter vinstutdelning enligt senast fastställda balansräkning skall ha kvar så mycket tillgångar att det finns fullständig täckning för bundet eget kapital och skulder.³⁹

17:2 ABL stadgar att medel vederlagsfritt får utbetalas till aktieägare endast i samband med vinstutdelning, nedsättning av aktiekapital (eller reservfond) eller vid utskiftning vid bolagets likvidation.

Enligt 17:3 st 1 ABL får vinstutdelningsbelopp inte överstiga utdelningsbara medel⁴⁰ enligt en fastställd balansräkning för det senaste året. Detta kallas även för den så kallade *beloppsspärren*. Vid prövning av huruvida beloppsspärren överskridits får bolaget använda den utdelade tillgångens bokförda värde istället för marknadsvärdet. Att denna ”nettometod” ska tillämpas har slagits fast i rättsfallet NJA 1995 s.742. Beräkningen av utdelningsbara medel skall med andra ord inte påverkas av om bolaget besitter stora förmögenhetsreserver på grund av undervärdering av tillgångarna. Eftersom balansräkningen ligger till grund för beräkningen av hur stora belopp som är tillgängliga för utdelning innebär det att avskrivnings- och värderingsreglerna har mycket stor praktisk betydelse.⁴¹ Före det klagörande rättsfallet fördes det länge en debatt i doktrinen, om man istället för värdet enligt balansräkningen skulle använda

³⁸ Lindskog (1995) s. 50.

³⁹ Posselius (2000), 17f.

⁴⁰ Utdelningsbara medel motsvarar i princip bolagets eventuella vinst för året, balanserad vinst samt fria fonder reducerat med årets eventuella förlust och vad som eventuellt ska avsättas till reservfonden. För en mer noggrann beskrivning av beräkningen av utdelningsbara medel hänvisas till den utförliga litteraturen på området t.ex. Andersson (2000) s. 51ff., Nerep (1994) s. 228ff., Lindskog (1995) s. 54ff.

⁴¹ Posselius (2000), s. 11f.

marknadsvärdet (eller eventuellt anskaffningsvärdet) vid tillämpningen av beloppsspärren.

Utrymmet för tillåten utbetalning kunde tidigare inskränkas ytterligare av den s.k. *försiktighetsregeln*. Enligt lagtexten fick inte utdelningen

”med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt stå i strid med god affärssed”, 12:2 st 2 ABL.

Innebörden av bestämmelsen var dock något oklar eftersom regeln inte tydligt hade tillämpats i praxis. Doktrinen är tämligen överens om att en helhetsbedömning av bolagets situation skulle göras och att försiktighetsregelns största betydelse troligen var dess preventiva verkan. Vid tillämpningen av försiktighetsregeln var det sannolikt de utdelade tillgångarnas marknadsvärde som ska användas. Andersson anser att man använde en ”schizofren” laglighetsprövning och jag är benägen att instämma.⁴²

För att förhindra att moderbolag i koncerner delar ut vinster som inte motsvaras av koncernens totala utdelningsbara medel var moderbolag tidigare underkastade en dubbel begränsning av sin vinstutdelning. Förutom att en utbetalning av vinst från ett moderbolag skulle motsvaras av utdelningsbara medel enligt moderbolagets egen balansräkning skulle utbetalningen dessutom också motsvaras av utdelningsbara medel enligt fastställd koncernbalansräkning, 12:2 st 1 gamla ABL. Regeln är nyligen avskaffad men enligt försiktighetsregeln i 17:3 3st ABL gäller fortfarande att vinstutdelning inte får stå i strid mot god affärssed med hänsyn till moderbolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt. Försiktighetsregeln är alltså fortfarande tillämplig på såväl koncernförhållanden som enskilda aktiebolag.

Enligt 7:2-3 ÅRL behöver inte koncernredovisning upprättas i vissa undantagsfall. Skulle ett sådant undantagsfall föreligga behöver beloppsspärren i 17:3 ABL endast tillämpas på moderbolagets balansräkning och inte koncernbalansräkningen. Istället tillämpas endast motsvarande försiktighetsregeln i 17:3 st 3 ABL.⁴³

3.2.4 Utbetalningar till utomstående

Även om det ur lagtexten endast uttryckligen framgår att det är utbetalningar till aktieägarna som omfattas av utbetalningsförbudet så är doktrinen överens om att utbetalningsförbudet i 17:3 ABL är analogt tillämplig även vid vederlagsfria utbetalningar till icke-aktieägare, dvs

⁴² Andersson (2000) s. 42.

⁴³ Se vidare prop. 1995/96:10, del II s. 131 angående tillämpningen av försiktighetsregeln i koncernförhållanden.

utomstående. I sedvanlig ordning har dock den etablerade uppfattningen inte varit helt oomtvistad.⁴⁴ Stötestenen har varit i vilken utsträckning den analogiska tolkningen skall göras. En del författare har ansett att utbetalningsförbudet endast ska tillämpas då en vederlagsfri utbetalning företagits i aktieägares direkta eller indirekta intresse. I linje med detta slog HD i NJA 1997 s. 418 fast att utbetalningsförbudet och återbäringsreglerna i 17:6 kap. ABL inte är generellt tillämpliga vid vederlagsfria utbetalningar från aktiebolag. Det huvudsakliga motivet till domslutet tycks ha varit att HD velat värna om ”säkerheten i omsättningen och det praktiska ekonomiska livet”.⁴⁵ Principen upprätthölls sen i NJA 1999 s. 426.⁴⁶

I NJA 1997 s. 418 räknar HD upp ett antal typfall och exempel på situationer där utbetalningsförbudet ändå kan tillämpas på utomstående. Kortfattat anförde HD att 12:2 gamla ABL analogt ska tillämpas på fall där:⁴⁷

- mottagaren är närstående fysisk eller juridisk person
- mottagaren i nära sammanhang med utbetalningen upphört att vara aktieägare (eller blir aktieägare)
- andra ägarliknande kopplingar till bolaget finns

I domen konstaterar HD även att en analog tillämpning av 17:3 på en transaktion normalt inte är betydelsefull om man inte kan tillämpa återbäringsreglerna enligt 17:6 ABL analogt.

Domen har kommenterats utförligt av Andersson som också kritiserat HDs lösning p.g.a. den osäkerhet den medför för utomstående mottagare av utbetalningar som inte säkert kan veta huruvida de riskerar återbetalningsskyldighet vid en senare tidpunkt. Detta är ju avhängigt av huruvida utbetalningen ska anses vara företagen i aktieägares direkta eller indirekta intresse.⁴⁸

HD framhåller i NJA 1997 s. 418 att det inte med generella kriterier är möjligt att identifiera sådana fall där en analog tillämpning av utbetalningsförbudet skall komma i fråga. Anderssons förslag till lösning är att man kan göra analogier med låneförbudet i 21kap ABL och borgenärsskyddsreglerna 4:3 KonkL men att det inte är tillräckligt.

Styrande för bedömningen bör ytterst vara om värdeöverföringen på ett eller annat sätt kan anses som avhängig av aktieägarens inflytande i och kontroll över aktiebolaget. Om det sålunda kan visas, att värdeöverföringen kan anses

⁴⁴ Se t.ex. Andersson (1995) s. 419 ff. och Nerep (1994) s. 57 med vidare hänvisningar.

⁴⁵ Domen s. 448.

⁴⁶ Andersson (2000) s. 66 f.

⁴⁷ Domen s. 448.

⁴⁸ Andersson (2000) s. 67 f.

avhängig av aktieägarens inflytande i och kontroll över aktiebolaget, bör den prövas enligt 12:2 [gamla] ABL.⁴⁹

Andersson menar att utbetalningsförbudet bland annat kan omfatta utbetalningar till aktieägare av utomstående som ersätts av bolaget, men även utbetalningar från dotterbolag till aktieägare i moder- eller modermoderbolag.⁵⁰

I de fall man prövar vederlagsfria utbetalningar till icke-aktieägare och kommer fram till att utbetalningsförbudet inte är analogt tillämpligt måste utbetalningen ändå prövas enligt vanliga aktieägarskyddsregler, t.ex. regeln att bolag inte får företa rättshandlingar som är uppenbart främmande för verksamhetens syfte, likhetsprincipen och generalklausulerna i 7:47 och 8:41 ABL.

I enlighet med aktiebolagskommitténs förslag är nu utbetalningsförbudet generellt tillämpligt på både aktieägare och utomstående.⁵¹ Detta är enligt min mening rimligt och innebär ett välkommet förtydligande av rättsläget. Den bristande förutsebarheten - som blev ett resultat av att utomstående inte kan vara säkra på om de kommer bli återbäringskyldiga för utbetalningar de mottar - var knappast vara förenligt med de mål (omsättningsskydd och hänsyn till praktiska ekonomiska livets behov) som HD anfört i domskälen till NJA 1997 s.418 och NJA 1999s.426.

3.2.5 Påföljder vid olovliga utbetalningar

Utbetalning som strider mot utbetalningsförbudet är en civilrättsligt ogiltig handling, en s.k. nullitet. Enligt 17:6 ABL har dessutom mottagaren en skyldighet att återlämna vad han uppburit jämte ränta. Enligt rättspraxis inträder återbäringsplikten oberoende av om bolaget vid utdelningstillfället hade full täckning för det bundna kapitalet tack vare dolda reserver och oberoende av om utbetalningen förorsakat någon skada för borgenärerna eller inte (NJA 1951 s 6). Skulle utbetalningen som skett i strid med aktiebolagslagen ha företagits i form av utdelning är dock mottagaren återbäringskyldig *”endast om bolaget visar att han insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot denna lag”* (17:6 ABL).⁵²

⁴⁹ Andersson (2000) s. 71.

⁵⁰ Andersson (2000) s. 71 ff.

⁵¹ SOU 1997:168 s. 68.

⁵² I litteraturen har diskuterats huruvida återbäringsplikten skall avse den egendom som mottagaren erhållit eller om det skulle vara tillräckligt att ersätta värdet av det mottagna. Eftersom rättsföljden av att utbetalningar som sker i strid med ABL är ogiltighet gäller sannolikt att egendomen ska återbäras i sin helhet. Skulle egendomen däremot t.ex. vara förstörd eller ha överlåtits vidare eller om bolagets prestation inte kan återställas (t.ex. om bolaget företagit en vederlagsfri tjänst) uppkommer sannolikt istället ersättningsskyldighet. Enligt min mening borde det räcka med en ersättningsskyldighet avseende den delen av utbetalningen som betraktas som olovlig. Borgenärsskyddet stärks inte per automatik av en ”ren” återbäringsplikt och en princip om värdeersättning torde vara lättare att hantera rent

Inte bara mottagaren av olovlig vinstutdelning har återbäringsplikt. De som har medverkat till upprättande eller fastställande av en oriktig balansräkning eller till beslut om eller verkställande av olovlig utdelning kan bli subsidiärt ansvariga, 17:7 ABL. Om en eventuell brist skulle uppkomma på grund av att mottagaren är insolvent eller var i god tro blir de solidariskt *bristtäckningsansvariga*.⁵³ Genom lagrummets hänvisning till 15 kap. ABL begränsas kretsen av personer som kan åläggas subsidiär ersättningsskyldighet till styrelseledamot, VD, revisor och aktieägare.

I doktrin har diskuterats om bristtäckningsansvar kan drabba även andra rättssubjekt. Enligt det sk SÖMÅ-fallet (NJA 1997 s. 418) kan en viss analogisk tolkning av såväl återbärings- som bristtäckningsansvaret göras men den bör ”hållas inom snäva gränser. Principerna lades fast i NJA 1997 s.418 där HD konstaterade att man ska skilja på två typfall vid tillämpning av 17:7 ABL(gamla 12:5 ABL) på icke-aktieägare⁵⁴

- Fall där mottagaren är så närstående till aktieägaren att det får anses vara aktieägaren som är mottagare (och aktieägaren därmed är den som blir återbäringskyldig)
- Övriga fall där aktieägare inte ens indirekt tillgodogjort sig den olovliga utbetalningen och den mottagande icke-aktieägaren ändå blir återbäringskyldig enligt analog tolkning av 12:2

Den ovan nämnda godtrosregeln (17:6 st 1 ABL) är tillämplig på alla former av öppna vinstutbetalningar. Rättsläget är inte helt klart vad gäller förtäckta vinstutdelningar men troligen är mottagaren återbäringskyldig även för en sådan om han eller hon insåg att den var olovlig.

Eftersom s.k. klandertalan mot ogiltiga beslut om utbetalning och verkställda utbetalningar enligt 7:50 kap ABL endast kan föras av den som är behörig (aktieägare, styrelsen, styrelseledamot och VD) och den behöriga kategorin ofta torde sakna incitament att kräva tillbaka verkställda utdelningar, finns det en klar risk att ogiltigheten inte uppmärksammas. Posselius menar att i praktiken passerar ogiltigheten troligen oanmärkt och talan om återbärings- och bristtäckningsansvar väcks istället av konkursförvaltaren i anknytning till att ett bolag har försatts i konkurs. Även i samband med ägarskiften kan sådan talan bli aktuell.⁵⁵

Olagliga utbetalningar som framkallar eller förvärrar obestånd kan vidare vara straffbara enligt allmänna straffrättsliga regler (11:1 BrB oredlighet mot borgenärer eller 11:3 BrB vårdslöshet mot borgenärer).

praktiskt i domstolarna. Jfr Andersson (1995), s. 631ff. och för en avvikande mening Lindskog (1995) s. 122f.

⁵³ Exakt vilket subjektivt krav som ställs för bristtäckningsansvar är i dagsläget oklart. Det tycks dock vara svagare än vad som krävs för återbäringskyldighet. Se vidare Andersson (2000) s. 98

⁵⁴ Andersson (2000), s. 97f.

⁵⁵ Posselius (2000), s. 23 f.

3.3 Minoritetsskydd

Lagstiftaren skyddar minoriteter inom aktiebolag dels genom att minoriteten getts negativa rättigheter att hindra vissa beslut och åtgärder, dels genom att minoriteten fått vissa positiva befogenheter att själv ingripa och åstadkomma beslut i bolagets verksamhet. Även kapitalskyddsreglerna fungerar som ett minoritetsskydd eftersom det bundna kapitalet förblir inom bolaget. Då aktieägare har ofördelaktig förmånsrätt är kapitalskyddsreglernas funktion som minoritetsskydd dock, enligt min mening, i det närmaste illusorisk.

Minoritetsskyddsreglerna förutsätter oftast att minoriteten representerar minst en tiondel av samtliga aktier. I koncerner där moderbolaget äger mer än 90 % av aktierna med mer än 90 % av rösterna är minoritetsskyddet följaktligen begränsat. Enda skyddet är i praktiken tvångsinlösenreglerna.⁵⁶

Många av formkraven i 12 kap ABL finns till för att skydda minoritetens intressen. Om samtliga aktieägare har godkänt att ett formkrav inte följs kan detta inte senare åberopas av bolaget eller dess konkursbo. Ett sådant godkännande kan lämnas helt formlöst, även konkludent. Detta innebär att värdeöverföringar kan genomföras helt informellt utan att formföreskrifterna för stämmans vinstutdelningsbeslut iakttas.⁵⁷

Det finns emellertid även regler och principer som är avsedda att ge den enskilde aktieägaren ett skydd mot maktmissbruk. De viktigaste är *likhetsprincipen* och *generalklausulerna*. Likhetsprincipen framgår av 4:1 ABL. Den innebär att med varje aktie skall följa samma rättigheter och skyldigheter gentemot bolaget om inte olikheter föreskrivits i bolagsordningen. Generalklausulen i 8:41 ABL stadgar att varken styrelsen eller någon behörig ställföreträdare för bolaget får företa en rättshandling eller andra åtgärder som kan ge otillbörlig fördel åt en aktieägare eller någon nackdel för bolaget eller annan aktieägare. Av generalklausulen i 7:47 ABL framgår att bolagsstämman inte får fatta beslut som kan ge en otillbörlig fördel åt en aktieägare eller någon annan till nackdel för bolaget eller någon annan aktieägare.⁵⁸

Dessutom förutsätts enligt en outtalad princip att styrelsen och bolagsstämman inte får besluta om eller företa transaktioner som är främmande för bolagets verksamhet. I enlighet med samma princip

⁵⁶ Jfr tex SOU 1997:22 s.255f. Reglerna om tvångsinlösen innebär att ett moderbolag har rätt att lösa in övriga aktieägares aktier om moderbolaget ensamt eller tillsammans med dotterföretag äger mer än 9/10 av aktierna och mer än 9/10 av röstetalet. Den vars aktier kan lösas in har en motsvarande rätt att få sina aktier inlösta av moderbolaget, jfr 22:1 ABL. Även i 13 kap. ABL finns regler om tvångsinlösen för en minoritet som äger mer än 1/10 om moderbolaget medverkat till överträdelse av aktiebolagslagen.

⁵⁷ Lindskog (1995) s. 90f.

⁵⁸ Nial, Johansson (2000) s. 149.

förutsätter lagen att bolagets verksamhet bedrivs med syfte att ge vinst till aktieägarna. Reglerna är uppställda i aktieägarnas intresse och kan följaktligen åsidosättas förutsatt att alla aktieägare medger det och att det inte strider mot borgenärsskyddsreglerna.⁵⁹

Aktieägares frågerätt på bolagsstämma enligt 7:32-36 ABL är en annan typ av skydd som gäller minoritetens möjlighet att själv påverka sin situation. Skyldigheten för styrelse och verkställande direktör att svara på frågor om förhållande av betydelse för bedömning av årsredovisningen och bolagets ställning i övrigt gäller även bolagets förhållande till andra bolag inom samma koncern. Bakgrunden till denna bestämmelse är reglerna om koncernredovisning som syftar till att ge en samlad ekonomisk bild av de företag som ingår i koncernen. Upplysningsplikten gäller dock inte om den kan leda till skada för bolaget.⁶⁰

Om moderbolag uppsåtligt genom missbruk av sitt inflytande i bolaget har medverkat till överträdelse av aktiebolagslagen, årsredovisningslagen eller bolagsordningen kan en minoritet – bestående av mer än 1/10 av aktierna – föra talan om inlösen av minoritetens aktier, 22 kap. ABL.

Minoritetens kanske mest betydelsefulla redskap är att den kan väcka skadeståndstalan mot bolagets ledning enligt 29 kap. ABL. En förutsättning för detta är att ledningen överträtt aktiebolagslagen, årsredovisningslagen eller bolagsordningen. Minoriteten kan även väcka talan mot andra aktieägare som medverkat till lagöverträdelser och uppsåtligt eller med grov oaktsamhet tillfogat minoriteten eller enskild aktieägare en skada, 29:1 ABL. Vid grövre fall av misskötsel kan styrelseledamot eller VD dessutom straffas enligt 10:5 BrB för trolöshet mot huvudman.

3.4 Bolagsorganens funktionsfördelning

Trots att det i praktiken inte är ovanligt att styrelsen eller VD företar dispositioner som innebär att vederlagsfria utbetalningar sker är utgångspunkten i ABL att utbetalningar kräver ett stämmobeslut för att vara tillåtna. Vid fastställandet av resultat- och balansräkningen är stämman skyldig att fatta beslut om dispositioner av bolagets resultat, 7 kap. ABL. Föreligger ett koncernförhållande skall moderbolaget även fastställa koncernresultaträkningen och koncernbalansräkningen.

⁵⁹Jfr till exempel Rodhe (2002) s. 242f. Likhetsprincipen och generalklausulerna är till viss del omdebatterade. Den springande punkten tycks vara huruvida generalklausulerna ger uttryck för likhetsprincipen eller endast omfattar komponenter av likhetsprincipen. Andersson och Nerep tycks vara ense om att generalklausulerna endast skall ses som komplement till likhetsprincipen eftersom likhetsprincipen inte alltid innebär tillräckligt skydd för aktieägarna. Det ligger utanför uppsatsens ramar att här fördjupa sig ytterligare varför jag lägger frågan åt sidan.

⁶⁰ Prop. 1995/96: del II s. 128.

Frågor kring koncernens funktioner ska besvaras med utgångspunkt i aktiebolagens regler som gäller för det enskilda aktiebolaget. Moderbolagets möjligheter att styra dotterbolagets handlingar fastställs alltså enligt det allmänna organisatoriska schema som gäller för aktiebolag i allmänhet. Det går inte att direkt ur lagen utläsa om moderbolaget har rätt att ge dotterbolaget direktiv och hur dessa direktiv i så fall ska se ut.

Formkraven för vinstutdelning finns i 7 kap ABL. Där stadgas bland annat att stämmans beslut ska vara grundat på en årsredovisning som upprättats av företagets ledning och granskats av revisorerna. Om alla aktieägare är överens kan formkraven dock åsidosättas så länge inte beslutet strider mot någon tvingande kapitalskyddsregel, likhetsprincipen eller generalklausulerna. Troligen krävs det inte ens ett uttryckligt samtycke till att utbetalningen sker utan den kan även godkännas genom konkludent handlande.⁶¹

Bolagsstämman är aktiebolagets högsta organ och det forum där aktieägarna utövar sin rätt att medverka i bolagets angelägenheter. Huvudregeln angående beslut på bolagsstämman är att dessa fattas med absolut majoritet. Kvalificerad majoritet krävs bland annat vid ändring av bolagsordningen enligt 7:40-41 ABL.

Enligt lagtexten ska moderbolaget i egenskap av aktieägare formellt sett utöva sitt inflytande på dotterbolaget genom beslut på bolagsstämman som sedan ska verkställas av dotterbolagets styrelse och ledning. I verkligheten anser sig dock ofta ledningen för ett moderbolag vara oförhindrad att ge direkta föreskrifter till dotterbolagets förvaltningsorgan. I de fall dotterbolaget är helägt innebär det inte några större problem. Flera av de formella reglerna för bolagsstämman är minoritetsskyddsregler och kan åsidosättas om samtliga aktieägare medger det. Den allmänna uppfattningen tycks vara att ett bolagsstämmobeslut kan fattas utan något egentligt sammanträde.⁶² För att slippa kalla samman bolagsstämman varje gång moderbolaget vill ge dotterbolagets styrelse direktiv så är det lämpligare att utöva inflytande genom utseende av styrelseledamöter i dotterbolaget. Oavsett vilken styrningsform moderbolaget väljer så kan konstateras att moderbolaget har goda möjligheter att styra sina dotterbolag.

I de fall moderbolaget inte äger alla aktierna i dotterbolaget kan det inte generellt accepteras att dotterbolagets styrelse ges instruktioner utanför bolagsstämman. Om dotterbolagets samtliga ägare samtycker till att en annan beslutsprocedur används torde det dock kunna godtas.⁶³

Dotterbolagets styrelse är enligt generalklausulen i 8:41 ABL skyldig att följa de direktiv som bolagsstämman ger förutsatt de inte står i strid med lag, bolagsordning eller bolagets intresse. Bolagets intresse är inte nämnt i

⁶¹ Nerep (1994) s. 189f., Lindskog (1995), s.90f.

⁶² Jfr tex Rodhe s 180f. Det enda lagstadgade kravet är egentligen att det upprättas ett protokoll, 9:38 ABL.

⁶³ Sandström (2005) s. 299

lagtexten men anses enligt förarbetena ändå gälla.⁶⁴ Eftersom bolagsstämman ofta kommit att bli en formalitet och de egentliga besluten fattas av koncernledningen via moderbolaget finns det en risk att moderbolaget i koncernens eller sitt eget intresse fattar beslut som missgynnar andra koncernföretag.

Direktiv från moderbolaget som tillkommit utan korrekt iakttagna formella regler eller som strider mot gällande lagstiftning - till exempel generalklausulerna - skall i princip inte följas. Detsamma gäller de direktiv som strider mot bolagets syfte och ändamål.⁶⁵

Enligt lagförarbetena får styrelsen inte följa en föreskrift som innebär ett uppenbart åsidosättande av *bolagets intresse*. Troligen kan minoritetens intresse omfattas av det begreppet. Minoriteten kan på så sätt sägas ha ett allmänt skydd som gäller även om moderbolagets direktiv är i enlighet med både lagen och bolagsordningen.⁶⁶ Stämman får inte heller fatta beslut om användande av bolagets tillgångar eller om åtagande av förpliktelse som strider mot bolagets syfte eller är främmande för bolagets verksamhet.⁶⁷

Problemet med att dotterbolagets förhållande till moderbolaget är beroende av vad som anses som bolagets intresse är att det inte är helt klart vad begreppet egentligen innebär. Förarbetena ger ingen ledning för hur begreppet skall tolkas utan hänvisar endast till att de flesta åtgärder som strider mot bolagets intresse också kommer omfattas av generalklausulen.⁶⁸

Om ett bolagsstämmobeslut inte har tillkommit i behörig ordning, eller på annat sätt strider mot aktiebolagen eller bolagsordningen, kan beslutet klandras vid domstol, 7:50 ABL. En klandertalan riktas mot bolaget och går ut på upphävande eller ändring av beslutet. Klandertalan får föras av aktieägare eller av styrelsen, en styrelseledamot eller verkställande direktören. Klandertalan skall väckas inom tre månader från dagen för beslutet.

Som visats ovan medför den hierarkiska ordningen att bolagsstämman har rätt att ge bolagets styrelse direktiv. Stämman har också rätt att i viss mån ge direktiv inom förvaltningsområdet trots att förvaltningen åligger styrelsen och verkställande direktören. Det anses höra till stämmans s.k. residualkompetens att den kan begränsa styrelsens kompetens. Det antas dock höra till undantagen att sådana direktiv ges.⁶⁹

Bolagsstämmans rätt att göra intrång på styrelsens kompetensområde är inte obegränsad. Enligt 8:4 ABL ansvarar styrelsen för bolagets organisation och förvaltning. Om stämman skulle överta de befogenheterna skulle bolagets

⁶⁴ Prop. 1975:103 s 382

⁶⁵ Nial, Johansson (2000) s. 115.

⁶⁶ Prop. 1975: 103 s. 382, SOU 1971: 15 s. 216.

⁶⁷ SOU 1995: 44 s. 84.

⁶⁸ Prop. 2004/05:85 s. 289ff.

⁶⁹ SOU 1995: 44 s. 157.

funktionsfördelning sätts ur spel.⁷⁰ En svårighet är att avgöra i vilket fall stämmans direktiv är så ingripande i bolagets förvaltning att det inte skall vara tillåtet. Aktiebolagskommittén kom fram till att det är vanskligt att detaljerat försöka reglera dessa frågor i lagen. Förhållandena skiftar från ett bolag till ett annat beroende på bland annat verksamhetens art och omfattning. De kan även skifta från en tidpunkt till en annan i ett och samma bolag. Som en allmän riktlinje kan sägas att styrelsen ska rätta sig efter anvisningar beträffande vissa enstaka åtgärder, till exempel avtal med tredje man och åtgärder som inte normalt ingår i förvaltningsuppgifterna som försäljning av bolagets fasta egendom. Däremot behöver inte styrelsen följa anvisningar angående vanliga, ofta förekommande åtgärder.⁷¹ Åhman anser att generella föreskrifter bör lämnas genom föreskrifter i bolagsordningen, men att mer detaljerade anvisningar ändå inte torde vara ogiltiga så länge styrelsen inte mister sin självständiga rätt att sköta förvaltningen.⁷²

3.5 Låneförbudet i 21 kap. ABL

Aktiebolagslagen innehåller ett låneförbud som innebär att ett aktiebolag inte får lämna penninglån till den som är aktieägare, styrelseledamöter eller VD i bolaget eller bolag i samma koncern (21:1 st 1 ABL). Förbudet gäller även vissa närstående till nyss nämnda grupp enligt den så kallade ”släktkatalogen⁷³”. Låneförbudet riktar sig också mot juridiska personer. Bestämmelserna i paragrafen skall enligt sjätte stycket tillämpas på motsvarande vis vad gäller ställande av säkerhet. Låneförbudet i 21:1 ABL påverkar inte tillämpningen av utbetalningsförbudet. Följaktligen kan lån vara förbjudna enligt 21:1 oavsett om de är att jämställa med en vederlagsfri utbetalning och bestämmelserna angående täckning för bundet kapital kränks.⁷⁴

Kapitlets andra paragraf stadgar att det finns fyra undantag från låneförbudet. Låneförbudet gäller inte om:

1. gäldenären är kommun eller landstingskommun,
2. gäldenären är företag i koncern i vilket det långivande bolaget ingår,
3. gäldenären bedriver rörelse och lånet betingas av affärsmässiga skäl samt är avsett uteslutande för gäldenärens rörelse, eller
4. gäldenären eller honom närstående fysisk eller juridisk person som avses i första stycket 1-3 är aktieägare och det sammanlagda

⁷⁰ Jfr tex Åhman (1997) s. 601.

⁷¹ Se tex SOU 1995: 44 s. 156f. och Nial, Johansson (2000) s. 115.

⁷² Åhman (1997) s. 602ff.

⁷³ Andersson (2000) s. 113. Släktkatalogen omfattar bl.a. make, far, mor, farfar, farmor, morfar, mormor, styvfar, stymor, barn, barnbarn samt –under vissa kvalificerade förhållanden –sambo.

⁷⁴ Nerep (1994) s. 273 f.

aktieinnehavet inte uppgår till en procent av de sammanlagda aktiekapitalen i koncernbolagen.

Undantaget i punkt två är det enda som har tydlig koppling till denna uppsats syfte och övriga tre punkter lämnas därför därhän. Undantaget har stor praktisk betydelse och innebär att penninglån och ställande av säkerhet fritt kan ske inom koncerner. Undantaget gäller alla lån från ett koncernbolag till ett annat koncernbolag (givetvis förutsätts att en koncern enligt aktiebolagsrättslig mening föreligger).⁷⁵

För att undantaget skall vara tillämpligt måste ett koncernförhållande föreligga i själva låneögonblicket. Gränsdragningsproblem kan uppstå i de fall borgenären är på väg in i ett koncernförhållande med gäldenären på grund av ett aktieförvärv där överlåtelseavtal om aktierna träffats vid en tidpunkt och aktierna tillträds först vid en senare tidpunkt. Närmare vägledning för frågan om exakt vilken tidpunkt som skall vara avgörande saknas i både förarbete och praxis.

Låneförbudet i 21:1 innehåller också en särskild del som stadgar att lån som ges i syfte att gäldenären eller gäldenären närstående fysisk eller juridisk person skall förvärva aktier i bolaget eller annat bolag i samma koncern som huvudregel är förbjudna.⁷⁶

3.6 Den nya aktiebolagslagen

Aktiebolagskommittén har sedan början på 1990-talet gjort en översyn av den tidigare aktiebolagslagen vilket resulterat i ett antal offentliga utredningar, en proposition (2004/05:85) och den nya aktiebolagslag som trädde i kraft 1 januari 2006 (SFS 2005:551). De utredningar som har störst anknytning till framställningen är Vinstutdelning i aktiebolag (SOU 1997:168) och slutbetänkandet Ny aktiebolagslag (SOU 2001:1).

Begreppet ”värdeöverföring” är grundläggande för regelsystemet i den nya lagen. Det är tänkt att ersätta de mer osäkra begreppen ”vederlagsfri utbetalning” eller ”icke affärsmässigt betingad transaktion” som också användes flitigt. Avsikten med förändringarna är bland annat att tydliggöra att utbetalningar och värdeöverföringar till aktieägare kan ske med annan egendom än pengar (jfr den tidigare formuleringen i 12:1 ABL :”utbetalning till aktieägarna av bolagets medel”, som närmast för tankarna till kontanter).⁷⁷ Vidare knyts försiktighetsprincipen till begreppet ”värdeöverföring” istället för ”vinstutdelning” för att tydliggöra att principen ska ha ett bredare tillämpningsområde än tidigare.

⁷⁵ Sandström (2005) s.315f.

⁷⁶ Andersson (2000) s. 114 f.

⁷⁷ SOU 1997:168 s. 66f.

Regeringen betonar särskilt att ”normala affärshändelser...bör uppenbarligen inte omfattas av de begränsningar som bör gälla för värdeöverföringar” och tydliggör att med värdeöverföring avses sådana ”affärshändelser som medför att bolagets förmögenhet minskar och som är betingade av annat än rent affärsmässiga skäl”. Efter ett resonemang kring för- och nackdelar med att grunda bedömningen på objektiva respektive subjektiva faktorer konstaterade regeringen i likhet med aktiebolagskommittén att frågan bör avgöras utifrån objektiva iakttagbara kriterier (främst värdediskrepansen mellan parternas prestationer) men att hänsyn även ska tas till ”...avtalets karaktär liksom till mottagarens relationer till och insyn i bolaget”. Exakt hur avvägningen skall gå till lämnas dock till rättspraxis att avgöra.⁷⁸

Aktiebolagskommittén föreslog att den allmänna principen om att undantag från de i lagen utpekade formerna för vinstöverföring skulle få kringgå (om samtliga aktieägare samtycker till det) skulle tas med i lagtexten. Regeringen valde att inte ta kodifiera principen i lagtext även om den fortfarande anser att den skall gälla.

Lagförslaget innebär i stor utsträckning att praxis kring utbetalningar kodifieras och min bedömning är att rättstillämpningen troligen inte kommer förändras i några väsentliga avseenden. Det är dock möjligt att praxis i näringslivet förändras till viss grad. Eftersom lagstiftningens utbetalningsbegrepp breddas och förtydligas är det möjligt att detta har en återhållande effekt.

⁷⁸ Prop. 2004/05:85

4 Koncernbeskattning

4.1 Allmänt

Det svenska skattesystemet bygger i likhet med det aktiebolagsrättsliga systemet på tanken att varje aktiebolag utgör ett juridiskt självständigt rättssubjekt. Alltså är inte koncernen ett skattesubjekt.

Då det råder intressegemenskap mellan två företag – till exempel ett moderföretag och ett dotterföretag – kan sådana inkomstöverföringar göras som inte hade kunnat genomföras om företagen varit helt oberoende av varandra. För att inte skattemässiga överväganden ska avgöra valet av organisationsform har lagstiftaren i vissa fall accepterat synen på koncernen som en ekonomisk enhet. I Sverige har man åstadkommit skatteneutralitet genom att till viss grad tillåta resultatutjämnningar mellan koncernföretag i form av koncernbidrag.⁷⁹

4.2 Skatterättsligt koncernbegrepp

Det finns inget enhetligt skatterättsligt koncernbegrepp. Beroende på sammanhanget laborerar lagstiftaren i skattesammanhang med flera koncernbegrepp. Dock kan tre huvudfall av koncerndefinitioner urskiljas:

- Jfr civilrättslig definition
- Kvalificerad koncern jfr 35kap. inkomstskattelagen, 1999:1229 (IL)
- Övriga fall

Den **första kategorin** har redan redogjorts för i kapitel 2.2.1 och kommer inte närmare diskuteras i det här avsnittet. Koncernbegreppet ska fastställas med ledning av aktiebolagslagens regler när uttrycket koncern används i skattelagstiftning och inte definieras närmaren.⁸⁰

I vissa fall ställer skattelagstiftningen högre krav på gemenskap än civilrätten. Den **andra kategorin** utgör vad som ibland kallas det *kvalificerade koncernbegreppet*. Definitionen stämmer överens med den bestämning av koncernförhållanden som sker i samband med bestämning av öppna koncernbidrag.⁸¹

Enligt 35:2 IL kan moderföretaget utgöras av ett företag som äger mer än 90 procent av andelarna i:

- ett svenskt aktiebolag

⁷⁹ Ett av skattelagstiftningens grundläggande syften är att lagstiftningen inte ska påverka valet av företagsform, den s.k. neutralitetsprincipen. Se vidare Lodin I (2001) s.3 och s.37f.

⁸⁰ Jfr SOU 1977:86 s.282 och RÅ 1990 ref 90.

⁸¹ Heinestam (2000) s.287f. Se vidare kap4.3.1 ang öppna koncernbidrag.

- en svensk ekonomisk förening
- en svensk sparbank
- ett svenskt ömsesidigt försäkringsföretag
- en svensk stiftelse eller ideell förening som inte är undantagen från skattskyldighet enligt 7 kap. IL

De dotterföretag som kan komma ifråga skall alltså vara i det närmaste helägda dotterföretag. Med sådana företag avses här svenska aktiebolag eller ekonomiska föreningar som till mer än 90 procent ägs av moderföretaget. Det är *antalet* ägda aktier som avses – till skillnad från det civilrättsliga koncernbegreppet där det är antalet röster som är relevant.⁸²

Den **tredje kategorin** utgör övriga fall av intressegemenskap mellan företag. Inkluderat i den här kategorin är så kallade oäkta koncerner. Oftast åsyftas sådana företag som står i intressegemenskap utan att koncerndefinitionen i 1:11 ABL är uppfylld. Ett vanligt exempel är aktiebolag som ägs av ett utländskt moderbolag eller en fysisk person. Ägarförhållandet i sig är inte avgörande utan intressegemenskap kan även råda mellan företag som till exempel står under gemensam ledning. Det primära syftet med definitionen är att komma åt kringgåendefall.⁸³

4.3 Värdeöverföringar

Konflikten mellan den företagsekonomiska enheten (som endast är uppdelad organisatoriskt) och den juridiska utgångspunkten (att varje separat juridisk person utgör ett eget rättssubjekt) blir extra påfallande avseende den resultatutjämnning mellan koncernföretag som syftar till att utjämna skattebelastningen inom koncernen. Om ett koncernbolag ger överskott och ett annat underskott är behovet av utjämnning störst.

Den svenska lösningen på skatteutjämnning mellan koncernbolag⁸⁴ innebär att koncernbidrag får ges mellan koncernföretag. Koncernbidraget ger avdragsrätt för det givande företaget och skattskyldighet för det mottagande.⁸⁵

Inkomstöverföringar mellan företag i samma koncern kan ske *öppet* i form av koncernbidrag men även *dolt* genom att prissättning på varor och tjänster avviker från de priser som skulle ha tillämpats mellan företag som är oberoende av varandra. Detta kallas ibland *dolda koncernbidrag*.⁸⁶

⁸² Heinestam (2000) s. 287f.

⁸³ Wiman (1995), s.22f.

⁸⁴ En modell som används bla i USA innebär att man för kvalificerade koncerner lämnar principen att varje bolag taxeras separat. Istället beskattas koncernen som helhet för det samlade koncernresultatet. Wiman (1995), s.58f

⁸⁵ Wiman (1995), s.58.

⁸⁶ Begreppet *dolda koncernbidrag* kan ibland användas på ett vilseledande sätt. Begreppet ”bidrag” innebär normalt någon form av vederlagsfri medelsöverföring där det mottagande företaget inte genomfört någon motprestation för att motta bidraget. Annars är det fråga om

Riksdagen antog bestämmelserna om öppna koncernbidrag 1965; innan dess hade "dolda" koncernbidrag godkänts i praxis. En förutsättning var att dessa var en verklig omkostnad som grundade sig på en motprestation.

Inom skatterätten gör man även en annan typ av distinktion mellan olika typer av koncernbidrag, dels de koncernbidrag som motsvarar avdragsgilla driftskostnader – *omkostnader* - i det givande bolaget, dels öppna eller dolda koncernbidrag som är att betrakta som vederlagsfria överföringar (jfr 16:1 IL). Terminologin är enligt min mening inkonsekvent eftersom ett bidrag inte kan vara en omkostnad.⁸⁷

Det finns normalt ingen anledning till resultatutjämnning mellan två svenska vinstgivande företag eftersom bolagskatten är proportionell. Om koncernbolagen befinner sig i olika länder är situationen annorlunda. För att minimera skattebelastningen kan det vara frestande att föra över intäkter från ett bolag i ett land med hög skattesats till ett bolag i ett annat land där skattebelastningen är lägre.⁸⁸

4.3.1 Öppna koncernbidrag

Regler om öppna koncernbidrag finns i 35 kap. inkomstskattelagen, 1999:1229 (IL). Affärstransaktioner mellan koncernbolag bedöms enligt allmänna regler om avdragsgilla kostnader och skattepliktiga intäkter eftersom koncernbolag är egna skattesubjekt. Förutsatt att de formella förutsättningarna för koncernbidrag föreligger behandlas bidraget som en avdragsgill kostnad för givaren och som en skattepliktig intäkt hos mottagaren. Om ett koncernbolag uppvisar ett positivt resultat och ett annat bolag har ett negativt resultat kan det förra lämna ett bidrag till det senare. Denna resultatutjämnning leder till en skattelättnad för det givande bolaget.⁸⁹

Ett öppet koncernbidrag från ett helägt moderföretag till ett helägt dotterföretag eller från ett helägt dotterföretag till ett moderföretag skall enligt 35:3 IL dras av under förutsättning att:

- varken givaren eller mottagaren är ett investmentföretag, bostadsföretag, eller förvaltningsföretag.
- både givaren och mottagaren redovisar bidraget öppet i självdeklarationen vid samma års taxering.
- dotterföretaget har varit helägt under givarens och mottagarens hela beskattningsår eller sedan dotterföretaget började bedriva näringsverksamhet av något slag.

en vanlig transaktion mellan två företag; om än närstående. Om ersättningen skulle vara lägre än marknadsmässigt pris innebär avvikelser att ett benefikt inslag finns, och att avvikelserna är ett bidrag.

⁸⁷ Jfr Wiman (1995), s. 59. Ett av syftena med införandet av öppna koncernbidrag var att undvika en prövning huruvida ett bidrag kunde vara en avdragsgill driftskostnad.

⁸⁸ Wiman (1995), s.58.

⁸⁹ Heinestam (2000) s.41f. och s.203f.

- mottagaren inte enligt avtal om undvikande av dubbelbeskattning ska anses ha hemvist i en främmande stat.
- om koncernbidrag lämnas från dotterföretag till moderföretag, moderföretaget skulle vara frikallat från skattskyldighet för utdelning som under beskattningsåret hade uppburits från dotterföretaget.
- om koncernbidrag lämnas från ett dotterföretag till ett annat dotterföretag, moderföretaget är investmentföretag eller förvaltningsföretag, eller moderföretaget i annat fall skulle vara antingen frikallat för skattskyldighet för utdelning som under beskattningsåret hade uppburits från det givande dotterföretaget eller skattskyldighet för utdelning som under beskattningsåret hade uppburits från det uppburits från det mottagande dotterföretaget.

Trots att villkoren inte är uppfyllda kan koncernbidrag lämnas om det genom en serie av koncernbidrag mellan ett antal företag inom samma koncern skulle vara möjligt att uppnå samma resultat.⁹⁰

Observera att bidraget inte behöver betalas ut kontant utan det är tillräckligt att ett fordringsförhållande uppstår och redovisas. Det finns ingen absolut övre beloppsgräns för bidragets storlek utan det är de civilrättsliga reglerna som är begränsande.⁹¹

Om bidraget lämnas i riktning från dotterföretaget till moderföretag får därutöver inte bestämmelserna om kedjebeskattnings kringgå. För att ett koncernbidrag skall vara avdragsgillt måste moderföretaget i detta fall vara frikallat från skattskyldighet för eventuell utdelning från dotterföretaget.⁹²

4.3.2 Dolda inkomstöverföringar

Bestämmelser om dolda vinstöverföringar finns i 14:19-20 IL. Om ett företags resultat har blivit lägre till följd av att medel överförts till ett pris som avviker från vad som skulle ha avtalats mellan sinsemellan oberoende näringsidkare, skall inkomsten beräknas till det belopp som den skulle ha uppgått till om sådana villkor inte förekommit, under förutsättning att:

- den som på grund av avtalsvillkoren får ett högre resultat inte skall beskattas för detta i Sverige enligt bestämmelserna i IL eller på grund av ett skatteavtal
- det finns sannolika skäl att anta att det finns en ekonomisk intressegemenskap mellan näringsidkaren och den med vilken avtal träffats⁹³

⁹⁰ Heinestam (2000) s.291

⁹¹ Prop. 1965:129 s 70ff

⁹² Heinestam s.291f. Se vidare ang kedjebeskattnings tex Wiman (1995) s.25.

⁹³ I 20 § anges när det finns sannolika skäl att anta att ekonomisk intressegemenskap skall anses föreligga. Så anses vara fallet då:

- det inte framgår av omständigheterna att villkoren kommit till av andra skäl än ekonomisk intressegemenskap

Syftet med regleringen är att hindra att företag i koncernliknande förhållanden resultatutjämnar av skattetekniska skäl.

Principen att närstående företag skall handla med varandra till marknadsmässiga priser kallas *armlängdsregeln*. För att ta reda på om marknadsmässiga priser – armlängdspriser – tagits ut har OECD:s skattekommitté givit ut skriften *Transfer Pricing for Multinational Enterprises* där olika metoder för att fastställa marknadspriser angivits.⁹⁴

-
- en näringsidkare, direkt eller indirekt, deltar i ledningen eller övervakningen av annan näringsidkares företag, eller
 - samma personer, direkt eller indirekt, deltar i ledningen eller övervakningen av de båda företagen eller äger del i dessa företags kapital.

Alla koncernstrukturer torde passa in i beskrivningen, även indirekt ägande via bulvan. Det är existensen av en reell intressegemenskap som är avgörande.

⁹⁴ OECD (1979)

5 Koncerninterna vinstöverföringar; typfall

Koncernbidrag är civilrättsligt en särskild form av vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet. Som nämnts i kapitel 4 skiljer man inom skatterätten mellan öppna respektive dolda koncernbidrag. Dessutom förekommer en tredje grupp, koncernbidrag som omkostnad. Då de sistnämnda inte är att betrakta som vederlagsfria transaktioner kommer jag inte närmare behandla dem här. Observera dock att koncernbidrag som ges som ersättning för omkostnad kan inbegripa en förtäckt utbetalning – ett dolt koncernbidrag – om värdet av koncernbidraget överstiger värdet av det andra bolagets prestation.

5.1 Öppna koncernbidrag från helägt dotterbolag till moderbolag

Doktrinen är i stora drag överens om att koncernbidrag från helägda dotterbolag till moderbolag ska betraktas som utdelning av vinst. Följaktligen måste dotterbolaget beakta de beloppsmässiga begränsningar som ställs upp i 17:3 ABL och respektera likhetsprincipen.

För att en aktiebolagsrättslig utbetalning skall anses föreligga räcker det inte att dotterbolaget bokfört en skuld till moderbolaget på räkenskapsårets sista dag (detta är ett vanligt förekommande förfarande i näringslivet och i enlighet med de skatterättsliga reglerna och god redovisningssed). Koncernbidrag betraktas då som en skuld i dotterbolagets balansräkning respektive en fordran i moderbolagets balansräkning.⁹⁵ Ett annat vanligt förfaringsätt i koncernförhållanden är att moderbolaget får ett lån från dotterbolaget. Lånet omvandlas sedan i samband med bokslutet till ett koncernbidrag som senare fastställs av bolagsstämman i dotterbolaget.⁹⁶

Det krävs att det givande bolaget faktiskt avhänder sig pengar eller annan egendom, eller åtminstone att det föreligger en giltig fordran p.g.a. stämmobeslut (så att en faktisk förmögenhetsdisposition företagits), för att en utbetalning ska föreligga enligt ABL. För att en utbetalning skall anses föreligga i de två ovan nämnda exemplena krävs det följaktligen att dotterbolaget fastställer balansräkningen på bolagsstämma.⁹⁷

⁹⁵ Kedner (1990) s. 123 ff.

⁹⁶ Kedner (1990) s. 123 ff.

⁹⁷ Jfr Andersson (1994) s. 479 f.

5.2 Koncernbidrag från majoritetsägt dotterbolag till moderbolag

Vinstutdelning och andra former av utbetalningar till aktieägarna skall ske med samma belopp för alla aktier. Detta bygger på likhetsprincipen och undantag kan endast ske om det föreskrivs i bolagsordningen eller samtliga aktieägare är överens om det. I de fall koncernbidrag ges från dotterbolag där det finns minoritetsägare som inte ingår i koncernen hanteras ofta minoriteten genom att de kompenseras på något sätt när stämman fattar beslutet om utdelning. Ett vanligt sätt att praktiskt genomföra detta är att stämman fattar beslut om vinstutdelning som beloppsmässigt motsvarar det givna koncernbidrag till ägarna varefter moderbolaget avstår från sin andel i utdelningen.⁹⁸ Borgenärsskyddsreglerna i 17 kap. ABL skall givetvis tillämpas oavsett om dotterbolaget är helägt eller om det finns andra minoritetsägare.

5.3 Koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag

Rättsläget är mera osäkert vad gäller koncernbidrag och andra utbetalningar från moderbolag till dotterbolag. En vanlig uppfattning inom doktrinen var tidigare att sådana bidrag i princip inte skulle betraktas som utdelning i aktiebolagsrättsligt hänseende. Detta beror på att moderbolagets aktieinnehav i dotterbolaget ökar med samma värde som det givna bidraget och att dess ”nettoförmögenhet” förblir densamma.⁹⁹

En vanlig uppfattning synes vara att ett dylikt bidrag inte annat än undantagsvis kan betraktas som förtäckt utbetalning (kapitalavvändning), eftersom det värde som frånhänds moderbolaget genom koncernbidraget balanseras av det ökade värdet på aktierna i dotterbolaget. Koncernbidraget får betraktas som en omkostnad för moderbolaget som sker i syfte att vårda och bevara dess tillgångar (jfr aktieägartillskott).¹⁰⁰ Författarens noter här utlämnade

Doktrinen tycks idag vara tämligen överens om att koncernbidraget kan betraktas som en (förtäckt) utbetalning om det finns minoritetsaktieägare eftersom värdet på moderbolagets aktier inte ökar med hela värdet på bidraget (även minoritetsägarnas aktier ökar i värde). När det finns minoritetsägare i dotterbolaget är det ostridigt att värdet av minoritetens prestation understiger värdet av det givande bolagets prestation. Det finns flera tänkbara situationer när moderbolag kan tänkas ge koncernbidrag till dotterbolag där det gynnar intressenter i dotterbolaget utan att det i jämförlig

⁹⁸ SOU 1997:168 s. 82

⁹⁹ Jfr Andersson (1995) s. 480 med vidare hänvisningar.

¹⁰⁰ Andersson (1995) s. 480 Anderssons sammanfattande beskrivning av den ”vedertagna” uppfattningen i doktrinen. Denna uppfattning delas inte av Andersson. Se vidare Andersson (1995) s. 480.

utsträckning gynnar moderbolaget. Detta kan till exempel inträffa när bidrag lämnas vid en tidpunkt då dotterbolaget är insufficient och ledningen i moderbolaget vet att dotterbolagets verksamhet kommer att upphöra eller drivas vidare av andra intressenter till bolaget.

En annan aspekt att beakta är att skyddet för moderbolagets intressenter inte nödvändigtvis tillgodoses bara för att det sker en förmögenhetsökning i dotterbolaget. Den förmögenhetsmassa som finns i dotterbolaget ska tillgodose flera olika sorters intressenter i dotterbolaget, till exempel dess fordringsägare.¹⁰¹

För att en aktiebolagsrättslig förtäckt utbetalning ska anses föreligga är den rimligaste utgångspunkten är att man bör bedöma huruvida koncernbidraget (förutsatt att man konstaterat att en vederlagsfri värdeöverföring skett) fyller ett kommersiellt syfte från moderbolagets synvinkel. Denna bedömning måste utgöras av en ”objektiv helhetsbedömning”¹⁰² där stor vikt bör fästas ”vid om bidraget är kommersiellt fördelaktigt för moderbolagets (faktiska) rörelse.”¹⁰³ Även Nerep och Lindskog betonar nödvändigheten av en helhetsbedömning av samtliga omständigheter av betydelse där affärsmässigheten i beslutet är vägledande för att avgöra om det föreligger en vederlagsfri utbetalning.¹⁰⁴

*”Det är dock endast aktuellt att tala om vederlagsfri utbetalning om omständigheterna klart ger vid handen, att varje tillskott blir resultatlöst, och att dotterbolaget saknar utsikter att överleva.”*¹⁰⁵

Detta är enligt min mening ett rimligt påstående. Det är dock inte svårt att föreställa sig en situation där ett moderbolag ger ett koncernbidrag som är affärsmässigt motiverat då moderbolagets ledning tror sig kunna rädda dotterbolaget vilket skulle vara kommersiellt gynnsamt för moderbolagets rörelse. Även om det senare skulle visa sig att det inte gick att rädda dotterbolagets rörelse bör koncernbidraget inte betraktas som förtäckt utbetalning.¹⁰⁶

5.4 Koncernbidrag mellan systerbolag

Det är inte ovanligt att koncernbidrag ges från ett dotterbolag till ett annat dotterbolag inom koncernen. Aktiebolagskommittén menar att detta i aktiebolagsrättslig mening kan betraktas antingen som en utbetalning till utomstående (vilket bland annat innebär att samtliga aktieägare måste vara överens, jfr kap. 3.2.4 ovan) eller som ett koncernbidrag till moderbolaget

¹⁰¹ Andersson (1995) s. 481

¹⁰² Andersson (1995) s. 482

¹⁰³ Andersson (1995) s. 482

¹⁰⁴ Nerep (1994) s.72. och Lindskog (1994) s. 49.

¹⁰⁵ Nerep (1994) s. 72f. och s.212.

¹⁰⁶ Jfr Andersson (1995) s.482

som i sin tur ger ett aktieägartillskott till dotterbolaget (detta kan genomföras på samma sätt och med samma begränsningar som andra koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag och från moderbolag till dotterbolag).¹⁰⁷

5.5 Dolda koncernbidrag och koncernbidrag inom oäkta koncerner

Dolda koncernbidrag är värdeöverföringar som döljs som till exempel vanliga avtal om köp, tjänst eller byte. I ett aktiebolagsrättsligt perspektiv är dolda koncernbidrag att betrakta som förtäckta utbetalningar. För att avgöra om en transaktion mellan två koncernbolag är att betrakta som ett dolt koncernbidrag ska prövning göras på samma sätt som vid eventuella förtäckta utbetalningar. Om värdet av mottagarens prestation inte motsvarar det givande bolagets prestation och rättshandlingen – åtminstone delvis – saknar kommersiellt syfte föreligger en förtäckt utbetalning.

¹⁰⁷ SOU 1997:168 s. 83.

6 Kommentarer

Under arbetets sammanställande har ett par frågor aktualiserats som särskilt bör kommenteras. Detta gäller främst frågor kring syftets betydelse för koncernbidragets legala status samt frågor kring lagligheten i vissa delar av näringslivets praxis.

6.1 Koncernintresse som kommersiellt syfte. Särskilt angående ställande av säkerhet

I koncerner är det vanligt förekommande att dotterbolag ställer säkerhet för krediter som lämnas till moder- eller systerbolag. I doktrinen har diskuterats huruvida ett så kallat *koncernintresse* kan medföra att sådana pantförskrivningar godtas i större utsträckning än vad som annars skulle vara fallet. Med andra ord skulle koncernintresset betraktas som ett kommersiellt syfte av eget slag.¹⁰⁸

Som framgår av kap 3.3 måste minoriteten lämna samtycke till utbetalningen – antingen uttryckligt eller konkludent – om den inte får del av utdelningen. Annars strider detta mot generalklausulerna. Det kan dock anses ligga i dotterbolagets intresse att stödja moderbolaget vilket innebär att koncernbidraget är affärsmässigt motiverat. Till exempel kan dotterbolaget åtnjuta olika sorters förmåner genom att vara medlem i koncernen. Huruvida ett sådant koncernintresse föreligger får avgöras från fall till fall.

Både Lindskog och Andersson anser dock att koncernintresset måste vägas mot borgenärsskyddet och aktieägarskyddet – som primärt bygger på de ekonomiska förhållandena i det individuella bolaget, inte koncernen som helhet. Endast dotterbolagets eget intresse är relevant. Följaktligen bör inte ett dotterbolag kunna ställa större säkerheter till sitt moderbolag än vad som skulle vara fallet om moderbolaget vore ett fristående, självständigt bolag. Detta innebär att det skulle vara, åtminstone delvis, felaktigt att motivera ett säkerställande från ett dotterbolag till ett syster- eller moderbolag utifrån ett koncernintresse.¹⁰⁹

Situationen kan naturligtvis vara sådan att dotterbolaget har ett eget intresse av att ställa borgen för syster- eller moderbolaget. Detta innebär då att

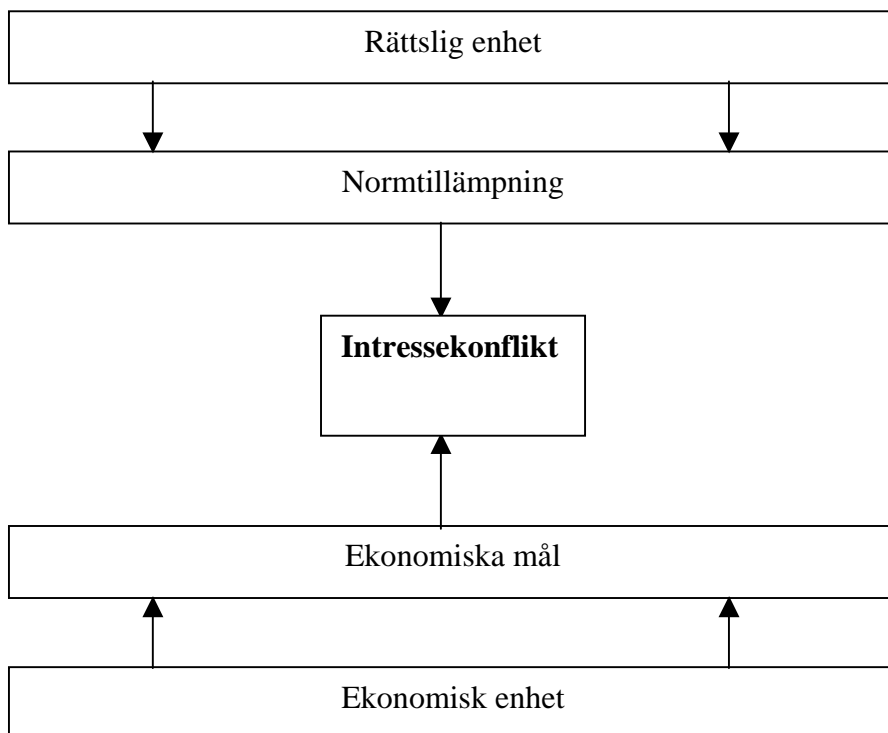
¹⁰⁸ Lindskog (1995) s. 47 f, Andersson (1995) s. 469 f. För ett äldre inlägg i debatten jfr Folkesson-Tropp Ellerås i Balans 1986:2 s. 40

¹⁰⁹ Andersson (1994) s. 469f, Lindskog (1995) s. 48. Något tydligt stöd i praxis för författarnas åsikter finns mig veterligen inte. Andersson hänvisar till en tingsrättsdom från 1979 (mål T 492/79) och Lindskog till en norsk(!) dom från 1932 (Rt 1932 s. 522). Författarna tycks ha förankrat sina åsikter i äldre doktrin och deras slutsatser är enligt min mening rimliga.

affärsmässighet föreligger. Koncerngemenskapen *per se* ska ändå inte särskilt tas hänsyn till vid en sådan bedömning. Det enda relevanta är fortfarande det säkerställande bolagets individuella situation vid tiden för säkerhetsställandet.

Min åsikt är att det vid situationer där moderbolag ställer säkerheter för dotterbolags skulder så kan ägarintresset vara ett stöd för affärsmässigheten av ett säkerställande. Moderbolagets verksamhet kan ofta vara helt beroende av att dotterbolagen kan idka affärsmässig verksamhet till 100 procent. Ofta torde ett säkerhetsställande vara en följd av åtminstone ett indirekt affärsintresse. Exempelvis kan säkerhet ställas till en leverantör med syfte att möjliggöra fortsatta leveranser. Om en konflikt senare uppstår på grund av bolagets konkurs kan det dock vara svårt att i efterhand avgöra om det affärsmässiga intresset var tillräckligt för att motivera risktagandet.

Som redan konstaterats utgår svensk lagstiftning i första hand utgå från det fristående koncernbolaget och i mindre utsträckning från koncernen. Koncernledningen å andra sidan planerar och leder ofta verksamheten för koncernen som en ekonomisk enhet. Detta förhållande kan leda till osäkerhet i de rättsliga relationerna mellan moder- och dotterbolag och mellan koncernföretag och tredjeman och kan leda till intressekonflikter. Detta är något som uppmärksammats bland annat av Kedner.¹¹⁰



Några konkreta exempel på intressekonflikter som kan uppstå är:

¹¹⁰ Kedner (1990) s. 20f.

- Moderföretag beslutar om betydande koncernbidrag som på längre sikt kan hämma dotterbolagets utveckling.
- Dotterbolag åläggs ställa säkerheter för andra koncernföretag som behövs för den egna utvecklingen.
- Dotterbolag säljer sin tillverkning till moderföretaget till underpris vilket innebär att eventuella minoritetsintressen i dotterbolaget eftersätts.
- Avtal mellan moder- och dotterbolag görs ofördelaktiga för dotterföretaget.
- Dotterföretagens vinstutdelning läggs på en sådan nivå att företagen inte har normala konsolideringsmöjligheter.

En aspekt som komplicerar situationen är att beslut som missgynnar det enskilda dotterföretaget, istället ofta är till en fördel för något annat koncernföretag eller koncernen i dess helhet. Den nära relation som kan föreligga mellan moderbolag och dotterbolag innebär att det finns en stor sannolikhet att en domstol betraktar transaktionen som ”affärsmässigt betingad” eller att transaktionen har ett ”kommersiellt syfte”.

Vid bedömningen är det enligt min åsikt rimligt att ta särskild hänsyn till värdediskrepansens storlek, transaktionens form, koncernföretagens relation och övriga omständigheter. Varje transaktion som är förmånlig för moderbolaget och oförmånlig för dotterbolaget är inte en förtäckt vederlagsfri utbetalning. Kapitalskyddsreglerna lämnar stort utrymme för att göra dåliga affärer (jfr kap 3.2.2).

6.2 Juridiska anomalier i näringslivets praxis

Det visar sig att det i näringslivets praxis i samband med koncernbidrag förekommer beteenden som egentligen är lagstridiga men ändå uppenbarligen tolereras av domstolarna. Detta gäller dels funktionsfördelningen mellan bolagsorganen när beslut om koncernbidrag fattas, dels principerna för efterskotts- och förskottsutdelning

6.2.1 Funktionsfördelningen och moderbolags direktivrätt

Ett aktiebolagsrättsligt problem med koncernbidraget är att det tycks strida mot funktionsfördelningen mellan bolagsorganen. För att styrelsen eller VD ska ha behörighet att företa utbetalningar krävs ett giltigt stämmobeslut alternativt samtliga aktieägares samtycke. Skulle VD eller styrelsen fatta ett beslut om koncernbidrag (eller annan form av utbetalning) är inte rättshandlingen bindande för bolaget och mottagaren blir återbäringskyldig enligt 17:6 ABL. Skulle mottagaren vara utomstående blir resultatet detsamma enligt analog tolkning av 17:6 ABL. (jfr kap. 3.2.4).

Andersson menar att olovliga utbetalningar som sker i strid mot funktionsfördelningen - till exempel genom att styrelsen eller VD fattar beslut om eller genomför en utbetalning utan bolagsstämmobeslut - leder till återbäringskyldighet enligt 17:6 ABL.¹¹¹ Ståndpunkten bygger på ett resonemang där stämmobeslutet betraktas som det rättsfaktum som konstituerar *behörighet* (och befogenhet) för bolagets ställföreträdare. Eftersom stämmobeslut – och därmed behörighet - saknas är utbetalningen inte bindande för bolaget enligt 7:40 ABL.¹¹² Om mottagaren är i god tro behöver dock inte utbetalningen återbäras, 17:6 ABL.¹¹³

I näringslivets praxis och sedvänjor accepteras ändå att beslut om koncernbidrag fattas genom att bolagsstämman fastställer resultat- och balansräkningen. Andersson ifrågasätter om det är lämpligt att näringslivets behov och sedvänjor ska ha företräde framför lagstiftning vars syfte är att skydda bolagets borgenärer och aktieägare.¹¹⁴ Hans slutsats är att koncernbidrag de lege lata kan godkännas på efterföljande bolagsstämma genom fastställande av balans- och resultaträkningen om det av årsredovisningen tydligt framgår att bolaget lämnat ett koncernbidrag. Genom att stämmans beslut motsvarar ett vanligt stämmobeslut om vinstutdelning (eller utbetalning till utomstående) ”läker” det den formella överträdelsen av funktionsfördelningen mellan bolagsorganen.

6.2.2 Angående tidpunkten för beslutet om vinstutdelning

Två viktiga frågor¹¹⁵ vid tillämpningen av 17 kapitlets skyddsregler är **I**) om, och i vilken utsträckning en bolagsstämma (eller samtliga aktieägare) före den ordinarie stämman kan fatta beslut om vinstutdelning samt **II**) hur länge en balansräkning som fastställts på ordinarie bolagsstämma är aktuell och följaktligen kan ligga till grund för ett beslut om vinstutdelning.

(I). I den första frågan bör en distinktion göras mellan två skilda situationer, varav särskilt den ena har relevans för koncernförhållanden: **(a)** vinstutdelning under löpande räkenskapsår i form av antingen anteciperad eller interim vinstutdelning och **(b)** vinstutdelning efter räkenskapsårets slut men före ordinarie bolagsstämma, vilket benämns förskottsutdelning.

Anteciperad vinstutdelning innebär att utdelning görs någon gång under året (t.ex. 30 april) under antagandet att bolaget kommer gå med vinst under

¹¹¹ Andersson (1994) s. 236.

¹¹² Andersson (1994) s. 235 f.

¹¹³ Andersson (1994) s. 236 f.

¹¹⁴ Andersson (1994) s. 585 ff.

¹¹⁵ Terminologin och dispositionen i följande avsnitt bygger i stor utsträckning på Andersson (2000) s. 46 ff. Liksom Andersson förutsätter jag att räkenskapsår är lika med kalenderår. Även Aktiebolagskommitténs terminologi överensstämmer med den här begagnade.

resten av året (maj-december). Anteciperad vinstutdelning är förbjuden med hänsyn till borgenärsskyddet eftersom det handlar om – eventuella - vinster ännu inte intjänats eller realiserats.

Begreppet anteciperad utdelning kan även syfta på en särskild form av utdelning från dotterbolag till moderbolag och har då en annan betydelse än ovan. Om ett dotterbolag vill göra en aktiebolagsrättsligt godkänd utbetalning till sitt moderbolag av vinst som uppkommit år 1 är det en förutsättning att ordinarie bolagsstämma hålls senast i juni år 2. En fordran för moderbolaget uppstår genom stämmobeslutet och fordran ska behandlas som en intäkt. Fordran kommer följaktligen att ingå i moderbolagets resultat år 2 och kan alltså tidigast delas ut från moderbolaget år 3 (förutsatt att det enligt balansräkningen finns tillgängliga vinstmedel i moderbolaget från år 2). För att förenkla och påskynda ovanstående förfarande anses det tillåtet för dotterbolaget att företa en ”anteciperad utdelning” till moderbolaget år 1. Utdelningen kan då ingå i moderbolagets resultat för år 1 och följaktligen bli tillgänglig för utdelning efter moderbolagets ordinarie bolagsstämma år 2. Exakt vilka villkor som ska vara uppfyllda för att detta förfarande ska godkännas är inte helt klarlagt men Andersson anser att åtminstone följande kriterier ska uppfyllas.

- Moderbolaget ska kunna fatta beslut om utdelning i dotterbolaget ensamt
- Dotterbolagets bolagsstämma ratifierar den anteciperade utdelningen genom stämmobeslut år 2. Stämman ska också hållas före bolagsstämman i moderbolaget.
- Den anteciperade utdelningen skall framgå av både dotterbolagets och moderbolagets balansräkning.
- Eventuella minoritetsaktieägare i dotterbolagets rätt till utdelning ska säkerställas och beslut om deras utdelning skall fattas på den ordinarie bolagsstämman i dotterbolaget.

Interim vinstutdelning är sådan vinstutdelning som sker någon gång under år 1 (t.ex. 30 september) och baseras på vinster som bolaget arbetat ihop under året och framgår t.ex. i delårsrapporter men som utförs utan att beakta vad som kan hända under resten av året (oktober-december). Med hänsyn till borgenärsskyddet och att varken bolagsledningen eller aktieägarna kan förutse om bolaget kommer förorsakas en betydande förlust under resterande del av året är interim vinstutdelning förbjuden.

(1b) Sådan vinstutdelning som sker efter räkenskapsårets slut men före ordinarie bolagsstämma är också förbjuden i ABL. En sådan *förskottsutdelning* är olaglig eftersom bolaget vid denna tidpunkt saknar en upprättad balansräkning som fastställts av aktieägarna.

(II) En balansräkning kan ligga till grund för ett vinstutdelningsbeslut (som fattas av extra stämma eller samtliga aktieägare) till och med utgången av december det år då den fastställdes (år 2). Efter 1 januari år 3 anses

balansräkningen som inaktuell och kan inte ligga till grund för beslut om utdelning.

Aktiebolagskommittén har diskuterat lämpligheten med att tillåta utdelning efter extra bolagsstämma - efterutdelning - eftersom flera utbetalningsbeslut under samma år kan försvåra för bolagets borgenärer att bevaka bolaget och dess soliditet. Lagtexten ger ingen närmare hänvisning och i doktrinen är man oense. Aktiebolagskommittén har dock föreslagit att efterutdelning skall tillåtas – dock med vissa begränsningar.

- I enlighet med punkten (II) ovan får beslut om vinstutdelning inte fattas efter utgången av år 2.
- Styrelsen (eller annan förslagsställare) skall upprätta ett förslag till disposition av den del av det fria kapitalet som återstår från den senast fastslagna balansräkningen.
- Underlag till beslutet bör lämnas av styrelsen (eller förslagsställaren), inklusive en bedömning av utrymmet för vinstutdelning och hur bolagets egna kapital påverkas.
- Revisorerna bör granska underlaget och avge ett yttrande angående styrelsens förslag.
- Har beslut om efterutdelning fattats bör det finnas en skyldighet för bolaget att omedelbart anmäla beslutet till PRV.

När koncernbidrag lämnas¹¹⁶ *efter* ordinarie bolagsstämma men före utgången av år 2 skall det betraktas som en utbetalning av **efterskottsutdelning** och därmed prövas mot utdelningsbart kapital enligt den balansräkning som fastställts på ordinarie bolagsstämma. Då ett sådant koncernbidrag beslutas och genomförs av bolagets styrelse eller VD strider det mot funktionsfördelningen mellan bolagsorganen. (Jfr föregående kapitel, 6.2.1). Dock torde nästkommande ordinarie bolagsstämma kunna ”godkänna”¹¹⁷ utbetalningen genom att det återbäringsskyldiga (mottagande) bolaget ”kvittar” sin fordran på att få utdelning (i enlighet med det senare stämmobeslutet) mot det (givande) bolagets krav på återbetalning enligt 17:6 ABL.¹¹⁸

Sådana koncernbidrag som lämnas före ordinarie bolagsstämma men efter räkenskapsårets utgång skall betraktas som olovlig utbetalning av **förskottsutdelning**. Den är olovlig dels på grund av att det saknas fastställt utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning (för koncernbolag – koncernbalansräkning), dels på grund av att beslut om vinstutdelning skall

¹¹⁶ Observera att jag syftar på att bolaget verkligen genomför en förmögenhetsmässig disposition som innebär en utbetalning i aktiebolagslagens mening. Att – i enlighet med redovisningspraxis - förslag till koncernbidrag bokförs i den utgående balansräkningen (oavsett att det inte gäller någon verklig affärshändelse) räknas alltså inte. Se även vidare nedan.

¹¹⁷ Utbetalningen/koncernbidraget måste då följaktligen ha täckning i utdelningsbart belopp det år den genomförs.

¹¹⁸ Andersson (1994) s. 587

fattas av bolagsstämman. Då det sistnämnda kan kringgås genom att styrelsen till exempel inhämtar samtliga aktieägares tillstånd beror olovligheten i detta fall på att det saknas balansräkning. Vid prövning av beloppsspärren och försiktighetsprincipen är det den balansräkning som sedermera kommer att fastställas på den ordinarie bolagsstämman som ska användas.

Mottagaren av koncernbidraget blir egentligen återbäringskyldig enligt 17:6 ABL men i praktiken "läks" skyldigheten av att bolaget senare fastställer balansräkningen och då fattar beslut om vinstutdelning med ett belopp som minst motsvarar förskottsutdelningen. Mottagaren kan sen kvitta sin gamla återbäringsplikt mot den nya fordran som uppkommer efter det formella vinstutdelningsbeslutet.¹¹⁹

6.3 Avslutning

Det är tydligt att det finns ett stort glapp mellan det beteende som idag tycks vara etablerat i näringslivet och den tänkta värld med fristående enskilda företag som aktiebolagslagen är skriven för. Detta skulle kunna innebära stora praktiska problem om det inte vore för att domstolarna i stor utsträckning i praktiken lämnat fältet öppet för koncerner att skapa en "egen" rättsordning med allmänt etablerad och vedertagen praxis. Trots detta glapp mellan lagtext och näringslivets praxis tycks ändå det pragmatiska näringslivet och rättsordningen i stor utsträckning klara av att samexistera. Näringslivets praxis är *troligen* accepterat de lege lata med hänvisning till omsättningsskyddet men det är tveksamt om det borde accepteras de lege ferenda. Koncerninterna vinstöverföringar genomförs inte av motparter som är oberoende av varandra och jag anser därför inte att man bör ta samma hänsyn till omsättningsskyddet som vid transaktioner mellan parter som är "arms length" ifrån varandra.

Koncernbolag måste dock beakta skyddsreglerna i aktiebolagslagen vid resultatutjämnning till skillnad från ett vanligt företag som fritt kan omfördela tillgångar mellan dess divisioner. Dessa regler kan innebära ett hinder mot önskvärda omstruktureringar i företag som drivs i koncernform

¹¹⁹ Jfr Andersson (1995) s. 577f.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop 1975:103. Aktiebolagslag m.m.

Prop. 1995/96:10 del II Års- och koncernredovisning.

Prop 2004/05:85. Ny aktiebolagslag

SOU 1977:86 Företagsbeskattning

SOU 1995: 44 Aktiebolagets organisation

SOU 1997: 22 Aktiebolagets kapital

SOU 1997:168 Vinstutdelning i aktiebolag

SOU 2001:1 Ny aktiebolagslag

OECD. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises, 1979.

Litteratur

Andersson (1995). Andersson Jan. *Om vinstutdelning från aktiebolag. En studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler*, 1995. Iustus förlag

Andersson (2000). Andersson Jan. *Kapitalskyddet i aktiebolag*, 2000. Litteraturcompagniet

Heinestam (2000). Heinestam Bengt, *Koncerner – Praktisk handbok i koncernredovisning och koncernbeskattning*, 2000. Björn Lundén Information

Kedner (1990). Kedner Gösta. *Former för koncerninterna vinstöverföringar*, 1990. Studentlitteratur

Lindskog (1995). Lindskog Stefan, *Aktiebolagslagen. 12:e och 13:e kap. Kapitalskydd och likvidation*, 1995. Juristförlaget

Lodin II (2001). Lodin Sven-Olof, *Inkomstskatt: En läro- och handbok i skatterätt II*, 2001. Studentlitteratur

Nerep (1994). Nerep Erik, *Aktiebolagsrättsliga studier*, 1994. Juristförlaget.

Nial, Johansson (2000). Nial Håkan och Johansson Svante, *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 2000. Norstedts juridik

Posselius (2000). Posselius Elisabet, *Skyddet för aktiebolagets egna kapital*. Ernst & Youngs skriftserie nr. 43, 2000

Rodhe (2002). Rodhe Knut och Skog Rolf, *Aktiebolagsrätt*, 2002. Norstedts juridik AB

Sandström (2005). Sandström Torsten, *Aktiebolagsrätt*, 2005. Norstedts juridik

Wiman (1995). Wiman Bertil, *Koncernbeskattning*, 1995. Iustus förlag.

Åhman (1997). Åhman Ola, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*, 1997. Iustus förlag

Artiklar

Folkesson Tropp-Ellerås (1986). Folkesson Enar och Tropp Ellerås Susanne, *Så testar man transaktioner mellan koncernbolag*, 1986. Balans 1986 nr. 2

Lindskog (1992). Lindskog Stefan, *Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning*. Svensk juridisk tidning 1992

Pehrson (1997). Pehrson Lars *Bristtäckningsansvarets omfattning* Juridisk Tidskrift 1997-98, Nr.1

Westberg (1992). Westberg Peter. Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats i *Festskrift till P.O Bolding*, 1992

Rättsfall

NJA1935 s 586

NJA 1951 I s.6

NJA 1966 s. 475

NJA 1976 s. 618

NJA 1980 s. 311

NJA 1990 s. 343

NJA 1992 s 375

NJA 1994 s 204

NJA 1995 s. 418

NJA 1995 s.742

NJA 1997 s. 418

NJA 1999 s. 426

RÅ 1990 ref 90