

Juridiska institutionen

Examensarbete höstterminen 2013

Återvinning av vinstutdelning

Ett konkursrättsligt perspektiv på aktiebolags vinstutdelning

David Karlsson

Handledare: Marie Karlsson-Tuula
Examinator: Jens Andreasson



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Innehållsförteckning

<i>Innehållsförteckning</i>	2
<i>Förord</i>	5
<i>Sammanfattning</i>	6
<i>Förkortningar</i>	7
AVDELNING I	8
1. INTRODUKTION	8
1.1 Inledning	8
1.2 Syfte och frågeställningar	10
1.3 Metod	10
1.4 Material	13
1.5 Avgränsningar	14
1.6 Disposition	15
AVDELNING II	17
2. VINSTUTDELNING	17
2.1 Inledning	17
2.2 Syftet med aktiebolag och vinstutdelning	17
2.3 Utdelning av vinst	18
2.4 Reguljär vinstutdelning	18
2.5 Annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär	19
2.5.1 Inledning	19
2.5.2 Affärshändelse	20
2.5.3 Förmögenhetsminskning och orsakssamband	20
2.5.4 Ej rent affärsmässig karaktär	20
2.5.5 Förtäckt men stundom laglig	21
2.6 Förhållandet mellan aktiebolaget och aktieägaren	22
2.7 Reflektion om gåvoavsikt	22
2.8 Normhierarkin	23
3. OLAGLIG VÄRDEÖVERFÖRING	24
3.1 Inledning	24
3.3 Beloppsspärren	24
3.4 Försiktighetsregeln	25
3.4.1 Allmänt	25

3.4.2 Verksamhetens art, omfattning och risker	25
3.4.3 Bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt	26
3.4.4 Svårtillämpad regel	27
3.4.5 Styrelsens yttrande	28
3.5 Återbäringskyldighet vid olaglig värdeöverföring	29
3.5.1 Reguljär vinstutdelning	29
3.5.2 Förtäckt vinstutdelning	29
3.6 Bristtäckningsansvar vid olaglig värdeöverföring	29
3.7 Kommentarer	31
4. ÅTERVINNING I KONKURS	33
4.1 Inledning	33
4.2 Konkursen syfte	33
4.3 Återvinningsinstitutets ändamål	34
4.4 Återvinningsreglernas konstruktion	35
4.5 Närstående	36
4.5.1 Allmänt	36
4.5.2 Väsentlig gemenskap	37
4.5.3 Ledande ställning	38
4.6 Nackdelsrekvisitet	39
4.7 Allmänna otillbörlighetsregeln	41
4.7.1 Allmänt om regeln	41
4.7.2 Rättshandling	41
4.7.3 Otillbörlighet	42
4.7.4 Nackdel	43
4.7.5 Kausalitet	43
4.7.6 Insolvens	44
4.7.7 Ond tro	45
4.7.8 Omvänd bevisbörda	46
4.7.9 Återvinningsfrist	46
4.8 Återvinning av gåva	47
4.8.1 Allmänt	47
4.8.2 Gåvorekvisitet	47
4.8.3 Tidsrekvisitet	48
4.8.4 Nackdel	48
4.8.5 Blandad gåva	48
4.9 Återvinning av betalning	49
4.9.1 Allmänt	49
4.9.2 Betalning av en skuld	49
4.9.3 Osedvanliga betalningsmedel	50
4.9.4 I förtid	51
4.9.5 Belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning	52
4.9.6 Icke-ordinär	53
4.9.7 Nackdel	55
4.9.8 Tidsrekvisitet	55
AVDELNING III	56
5. ANALYS	56
5.1 Inledning	56
5.2 Rättslig flerspårighet	56

5.3 Vinstutdelning som otillbörlig rättshandling	58
5.2.1 Rättshandling	58
5.2.2 Otillbörlighet och nackdel	60
5.2.3 Insolvens	61
5.2.4 Ond tro och omvänd bevisbörda	61
5.2.5 Kompatibilitet med vinstutdelning	62
5.3 Vinstutdelning som gåva	63
5.3.1 Reguljär vinstutdelning	63
5.3.3 Förtäckt vinstutdelning och blandad gåva	65
5.4 Vinstutdelning som betalning av en skuld	66
5.4.1 Inledning	66
5.4.2 Betalning av skuld	66
5.4.3 Osedvanliga betalningsmedel	67
5.4.4 I förtid	67
5.4.5 Belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning	67
5.4.6 Icke-ordinär	68
6. SLUTSATSER	72
KÄLLFÖRTECKNING	75
BILAGA	78

Förord

Idén till denna undersökning uppkom i samband med att jag praktiserade i obeståndsgruppen på Rosengrens advokatbyrå i Göteborg. Jag har därför under den ibland mödosamma process som ett examensarbete utgör, känt mig trygg i att mitt ämne har förankring i det praktiska rättslivet. För detta vill jag tacka advokat Ulf Sahlin. Han gav mig de utmanande arbetsuppgifterna som frammanade de ursprungliga bryderierna. Sedan eskalerade dessa bryderier till denna uppsats. Jag vill vidare rikta stor tacksamhet mot advokat Ulrik Hägge, också till vardags på Rosengrens advokatbyrå, som genom hela processen bistått med förslag, råd, spetsfundiga aspekter samt extern handledning i övrigt. Min gode vän Pontus Etéus är inte att förglömma, då han med sitt omsorgsfulla responsarbete bidrog till en avsevärt förbättrad slutprodukt. Sist, men definitivt inte minst, är jag mycket tacksam för de uppslag samt förklaringar som professor och före detta justitieråd Gertrud Lennander förlänat mig med.

Sammanfattning

Denna uppsats belyser en vinstutdelning ur ett konkursrättsligt perspektiv. Fokus ligger på varför och hur återvinningsreglerna ska användas, när ett aktiebolag utdelat vinst kort före sin konkurs. Eftersom de aktiebolagsrättsliga olaglighetsreglerna inte erbjuder ett tillfredställande återföringsalternativ vid obeståndssituationer, bör enligt min uppfattning återvinningsinstitutet kunna åberopas alternativt till dessa. Att kräva att en vinstutdelning i första hand måste återföras med den generöst utformade beloppsregeln och svårtillämpade försiktighetsregeln, skulle leda till att konkursförvaltare av ekonomiska skäl måste släppa vinstutdelningar som ter sig otillbörliga. Att underordna återvinningsreglernas tillämplighet skulle förfela den reparativa och i förlängningen den preventiva funktion institutet har.

Eftersom 4 kap. 5 § konkurslagen reglerar alla rättshandlingar, är det tydligt att den täcker en vinstutdelning. Bestämmelsen kräver dock att flera subjektiva moment visas, vilket gör den svårtillämplig. Istället ifrågasätter uppsatsen huruvida en vinstutdelning kan uppfylla det krav som ställs för återvinning av gåva enligt 4 kap. 6 § konkurslagen, det vill säga gåvoavsikt. Min slutsats är att det varken går att konstatera att gåvoavsikt kan inläsas på alla fall av vinstutdelningar kort före konkurs, eller att utestänga denna möjlighet. En helhetsbedömning av samtliga yttre omständigheter i det individuella fallet får avgöra. Återvinningskäranden påbörjar dock sin talan i en uppförbacke när en vinstutdelning ska likställas med en gåva. Förloppet måste med betydande styrka tala för att aktiebolaget hade otillbörligt syfte och stor hänsyn måste tas till omsättningsintresset samt det faktum att vinstutdelning anses som avkastning på investerat kapital. Vid nedbrytning av institutet vinstutdelning tydliggörs att en vinstutdelning kan återvinnas som en betalning av en skuld enligt 4 kap. 10 § konkurslagen. Ett beslut av bolagsstämman om vinstutdelning medför att aktiebolaget belastas med en skuld till dess aktieägare, som sedan betalas på en bestämd dag. Enligt min bedömning bör den omständighet att vinstutdelningen bestämts till ett belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning bli mest aktuell. Den sistnämnda återvinningsgrunden är i min mening ett lämpligt förstahandsval vid otillbörliga vinstutdelningar i konkurssituationer. Ingen omotiverat resurskrävande analys av gäldenären krävs och inget svårhanterat subjektivt rekvisit behöver visas. De aktiebolagsrättsliga sanktionerna är istället mer passande vid fortsatt verksamhet. Att låta vinstutdelning falla under 4 kapitlet 10 §, är inte bara fördelaktigt för borgenärskollektivet, utan underlättar även för aktiebolaget att avgöra om den planerade vinstutdelningen kan komma att gå åter.

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
ABL 75	Aktiebolagslag (1975:1385)
FRL	Förmånsrättslag (1970:979)
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KonkL	Konkurslag (1987:672)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SvJT	Svensk juristtidning
ÅRL	Årsredovisningslag (1999:1078)
U X	Lagberedningens betänkande Utsökningsrätt X (SOU 1970:75)

AVDELNING I

1. INTRODUKTION

1.1 Inledning

Det är inte ovanligt att ett aktiebolag kort före konkurs vidtar en vinstutdelning på ett betydande belopp. I aktiebolagslagen¹ finns regler som kan användas när ett insolvent aktiebolag på ett illojalt sätt försöker undandra egendom från borgenärerna. Dessa associationsrättsliga bestämmelser har ur ett normhierarkiskt perspektiv ansetts vara överordnad andra återföringsregler², vid misstänkta vinstutdelningar kort före konkurs.³ Det har dock höjts röster för att regleringen i 17 kap. ABL inte är tillräckligt skarp och tillämpningsbar, då flera transaktioner som borde gått åter och tillfallit konkursboet, förblir oklandrade. En framgångsrik talan om återbäring av olaglig värdeöverföring, kan på grund av sin komplexitet finnas vara ekonomiskt oförsvarbar, eftersom det krävs en ingående analys av bolagets verksamhet, bokföring och ekonomiska ställning i stort. Av utrednings- och lagtekniska skäl blir målet för kostsamt och risken för ogillande dom för hög, trots att flera omständigheter talar för olaglighet.⁴ Sakläget kompliceras av att konkursgäldenärens⁵ tidigare mellanhavanden måste synas ur ett konkursrättsligt perspektiv. Ur den synvinkeln får aktieägarna, i sin egenskap av borgenärer, betalt för fordringar som lagstiftaren ej ansett ska åtnjuta förmånsrätt, vilket i förlängningen rubbar den likabehandling som i princip ska råda.⁶

Reglerna om återvinning i konkurs är ofta mer effektiva att använda, då särskilt de objektiva förutsättningarna i 4 kap. 6-13 §§ konkurslagen⁷ inte sällan kräver ett mindre omfattande utredningsmaterial. Enligt 7 kap. 15 § 1 st. andra meningen KonkL ingår det i förvaltarens uppdrag att undersöka om det tiden innan konkursbeslutet genomförts uppseendeväckande transaktioner från gäldenären.⁸ Det finns dock inga klara indikationer i KonkL på att återvinning av en vinstutdelning kan ske. I förarbeten och doktrin nämns endast på ett fåtal platser och närmast i förbigående att återvinningsinstitutet kan användas på en vinstutdelning.⁹ Rättskällornas närmare vägledning för tillämpningen lyser med sin frånvaro.

¹ Aktiebolagslag (2005:551), i det följande benämnd ABL.

² Begreppet "återföra" används alternativt till "återvinna" i denna uppsats. Ordet "återföring" har ett vidare användningsområde då det omfattar andra lagrum som kan återföra egendom till konkursboet.

³ Lennander, Återvinning i konkurs, s. 42.

⁴ Hägge, JT 2009-10, s. 170 f.

⁵ I det följande benämnd gäldenären.

⁶ Prop. 1975:6, s. 132.

⁷ Konkurslag (1987:672), i det följande benämnd KonkL.

⁸ Se även Lagberedningens betänkande Utsökningsrätt X (SOU 1970:75), s. 150. I det följande benämns betänkandet U X.

⁹ SOU 1983:60, s. 64 och exv. Lennander, s. 42.

Att avgöra vilken konkursrättslig grund som är lämplig för vinstutdelning kan inte besvaras tillfredställande med en kort rekvisitsbedömning. Att återföra vinstutdelningen enligt 4 kap. 5 § KonkL, vilket täcker alla rättshandlingar, är många gånger svårt. Det krävs nämligen att konkursboet visar att gäldenären var insolvent, att rättshandlingen var otillbörlig samt att mottagaren haft kännedom om dessa omständigheter. För att påvisa insolvens är det inte ovanligt att det behövs samma resurskrävande helhetsbedömning av bolagets ekonomiska läge, som vållar problem vid tillämpningen av försiktighetsregeln. Många anser av denna anledning att regeln är mycket svår att grunda sin återvinningstalan på och det görs i praktiken sällan.¹⁰

Det ovan redovisade illustrerar ett behov av att klargöra enligt vilken grund en vinstutdelning kan återvinnas – eller mer tillspetsat – huruvida en otillbörlig vinstutdelning kan återvinnas enligt någon *objektiv återvinningsgrund*. Vid överblickande av de objektiva förutsättningarna för återvinning, framstår återvinning av gåva enligt 4 kap. 6 § KonkL samt återvinning av betalning enligt 4 kap. 10 § 1 st. KonkL som de mest framkomliga alternativen. Den förstnämnda återvinningsgrunden kräver gåvoavsikt och den sistnämnda att en betalning av en skuld utförts. I detta läge saknar en förvaltare konkret vägledning till i vad mån dessa rekvisit passar in på en vinstutdelning. Följande fiktiva exempel är baserat på verkliga fall och syftar till att förankra ämnespresentationen till det verkliga rättslivet.¹¹

Aktiebolaget A har försatts i konkurs och visar i konkursbouppteckningen upp en brist på närmare 20 miljoner kr. Det är framförallt bolagets leverantörer som drabbas av den ekonomiska förlusten, vilka till stor del utgörs av sårbara småföretagare. Följaktligen är risken hög att A:s konkurs drar med sig andra bolag över ruinens brant. Då konkursförvaltaren granskar A:s tidigare transaktioner, visar det sig att bolaget utbetalat ett påfallande stort belopp från dess bankkonto till bolagets två aktieägare. Att det skett endast *två månader* före konkursutbrottet väcker förvaltarens absoluta uppmärksamhet. I årsredovisningen finner konkursförvaltaren anledningen till den iögonfallande utbetalningen. Aktiebolaget har genomfört en vinstutdelning, där bolaget tömts på ackumulerad vinst motsvarande samtliga likvida medel. Genast inställer sig frågan om transaktionen, med bolagets ekonomiska kollaps i minne, är tillbörlig. Svaret kräver en utredning som ska visa sig betydligt mer besvärlig än först antogs.

För att klargöra vilka återvinningsgrunder som kommer ifråga och hur dess rekvisit ska tillämpas, krävs en fördjupad och ingående studie av instituten vinstutdelning och återvinning. I ljuset av denna kunskap ska uppsatsen utröna på vilket sätt instituten kan förenas. Det som ska undersökas är sammanfattningsvis *hur en vinstutdelning kan återvinnas* och enligt vilken rättslig grund. Tesen är att en vinstutdelning, förutom som en rättshandling, bör kunna återvinnas som antingen en gåva eller betalning av skuld.

¹⁰ Se t.ex. prop. 1986/87:90 s. 130 samt Heuman, Specialprocess: Utsökning och konkurs, s. 217.

¹¹ Se exv. <http://www.smp.se/nyheter/vaxjo/miljonutdelning-till-agarna-manader-innan-konkursen> (inhämtat 2013-12-04).

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med detta arbete är att genomlysna vinstutdelningsinstitutet ur ett konkursrättsligt perspektiv, för att utröna vilka förutsättningar gällande rätt ger för återvinning av en vinstutdelning. *För det första* ska det utredas hur en vinstutdelning återvinns enligt 4 kap. 5 § KonkL. *För det andra* ska det undersökas om en vinstutdelning kan gå åter som gåva enligt 4 kap. 6 § KonkL. *För det tredje* ska det diskuteras om en vinstutdelning kan återvinnas med hjälp av 4 kap. 10 § KonkL. *För det fjärde* ska det ifrågasättas om återvinningsreglerna är subsidiära till de aktiebolagsrättsliga ogiltighetsreglerna.

1.3 Metod

För uppfyllandet av syftet med uppsatsen är det centralt att utröna och tolka gällande rätt beträffande återvinning av vinstutdelning. Enligt min uppfattning är *den rättsdogmatiska metoden* mest lämplig för sådan analys och uppsatsen är huvudsakligen framarbetad enligt denna metodik. Rättsdogmatikens syfte har beskrivits vara att rekonstruera lösningen på ett problem, genom att applicera de allmänt accepterade rättskällorna på densamma.¹² Uppsatsen är rättsdogmatisk i det att den utgår från en konkret problemställning, det vill säga svårigheten för konkursförvaltare att återföra en otillbörligt företagen vinstutdelning till konkursboet.¹³ Det har ansetts att den rättsdogmatiska metoden brister i vetenskaplighet och teori. Framförallt har kritiken varit inriktad på metodens fokus på det normativa systemet, vilket gjort verklighetsförankringen lidande. Det är således saknaden av empiriska studier om tillämpningen av normerna, till exempel hos underrätter och myndigheter, som ansetts utgöra det vetenskapliga underskottet. Kleineman framhåller emellertid att denna kritik är föråldrad. Man ska enligt honom inte sammanblanda analysen av *gällande rätt*, med *rätten som den borde vara*.¹⁴ Mycket av kritiken härrör från den känsla ordet "dogmatisk" förmedlar, det vill säga påbudandet om att acceptera ett påstående utan att hänsyn till fakta och utan öppenhet inför omvärlden. Detta är olyckligt eftersom rättsdogmatisk metod på intet sätt behöver vara dogmatisk.¹⁵

I min mening utgör den rättsdogmatiska metoden den självklara huvudmetoden för denna uppsats, *på grund av* metodens originella ställning som brytningspunkt mellan tillämpning och vetenskap. Den tar visserligen inte hänsyn till empiri, men är den metod som praktiserande jurister använder sig av, då de analyserar olika element i rättskällevärdet för att utröna hur gällande rätt ska uppfattas i ett givet sammanhang.¹⁶ Denna *juridiska metod*¹⁷ beskrivs också i viss litteratur som en avgränsning av det juridiska problemet med hjälp av för problematiken

¹² Kleineman, Rättsdogmatisk metod, s. 21.

¹³ A.a., s. 29.

¹⁴ A.a., s. 24.

¹⁵ A.a., s. 26 f.

¹⁶ A.a., s. 25.

¹⁷ Juridisk metod är egentligen inte *en* särpräglad metod utan *flera olika* metoder. Se samlingsvolymen Korling & Zamboni (red.), Juridisk metodlära.

relevant bakgrundsfakta, vilken sedan appliceras på en rättsregel.¹⁸ Att en rättsdogmatisk uppsats kan vara relevant för det praktiska rättslivet är enligt mig självklart. I förevarande uppsats är relevansen bekräftad genom samtal med erfarna praktiker och förankring hos framstående akademiker samt auktoriteter på vederbörande område.

En central fråga för den rättsdogmatiska metoden är hur fri argumentationen är i förhållande till rättskällevärdet. Min argumentering har anlagt ett strikt förhållningssätt, då min argumentering alltid direkt eller indirekt har stöd i en rättskälla. Vad som definieras som en rättskälla, råder det emellertid delade meningar om. Rättskällevärdet används för att bestämma vilka rättskällor som ska, bör och får beaktas i en rättsvetenskaplig uppsats.¹⁹ Uppsatsen tar inspiration av såväl Sundberg som Strömholm i definitionen av rättskällevärdet. Sundberg anser att endast de argument som emanerar från en persongrupp som erhållit auktoritet ska ligga till grund för en domares avgörande och har således ett mer auktoritativt synsätt.²⁰ Strömholm ser precis som Sundberg rättskällor som påverkningsmedel, vilka ska vägleda domstolarna vid valet och uppställandet av de normer som ska tillämpas i det konkreta fallet.²¹ Uppsatsen tar dock en något mer klassisk och snäv utgångspunkt. Lagarnas ordalydelse är högst rangordnad, följt av de ändamål och resonemang som framställts av lagstiftaren i förarbetena. Eftersom lagtexten endast i liten grad bistår till uppfyllande av syftet med uppsatsen – att belysa en vinstutdelning ur ett återvinningsperspektiv – fäster undersökningen särskild uppmärksamhet vid att beskriva vad som angetts i förarbetena. I den mån rättspraxis bringar klarhet i ämnet, anförs argument härifrån. I de fall klar vägledning saknas i såväl lag, förarbeten som rättspraxis, får argument från auktoritativa rättsvetenskapsmän stort utrymme.

Åsikterna går isär beträffande graden av förarbetenas auktoritet. Somliga har efter lagtexten i sig, gett dess motivering högsta dignitet, medan andra menar att den precis som doktrinen endast övertygar i vad mån argumenten har bärighet. Att väga förarbetsuttalanden mot andra mer ändamålsinriktade argument ingår också i rättsdogmatisk metod, vilket passar väl in på förevarande undersökning,²² eftersom en vinstutdelning inte klart reglerats i KonkL. I denna del har inspiration hämtats från Ekelöfs *teleologiska metod*. Den teleologiska metoden strävar efter att rättstillämpningen ska förverkliga rättsreglernas på visst sätt fastställda ändamål. Det är däremot inte säkert att ändamålet sammanfaller med det syfte som lagstiftaren angav vid lagens stiftande. Det kan enligt Ekelöf tänkas situationer där inte alla omständigheter som krävs för regelns tillämpning är förhanden, men där tillämpning av regeln skulle bidra till att det fundamentala ändamålet uppnås.²³ I dessa säregna fall, ska lagregeln användas och tolkas i ljuset av ändamålet med de klara fallen. På så sätt uppnås ett mer enhetligt resultat vid såväl klart lagstadgade omständigheter som mer speciella fall. Samtidigt blir rättsläget mer förutsebart.²⁴ Under särskilda förhållanden blir förarbetena möjligen för oprecisa och allmänt hållna, varför det grundläggande ändamålet står att finna utanför dess ramar. Rättskipningen

¹⁸ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 38.

¹⁹ Sandgren, s. 36.

²⁰ Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 316.

²¹ A.a., s. 318 f.

²² Kleineman, s. 28.

²³ Strömholm, s. 480.

²⁴ Ekelöf & Edelstam, *Rättegång I*, s. 84.

har en viktig samhällsfunktion och det är således viktigt att inte endast lagmotiv ges bärighet vid oklara rättsfrågor, utan även den forskning auktoriteter på respektive område bedriver.²⁵ En vinstutdelning är onekligen en rättshandling, men det är inte ett klart fall av varken gåva eller betalning av en skuld. En stor del av min argumentation bygger på att dessa speciella fall måste bedömas utefter ändamålen för konkurs- och återvinningsinstitutet, för att uppnå ett helhetligt resultat. I lagmotiven står klara svar inte att finna, varför min analytiska del fått stödja sig på rättsvetenskapliga arbeten från ledande författare.

Den rättsdogmatiska metoden kan visa sina brister när sakomständigheterna aktualiserar tillämpning av två parallella regelsystem.²⁶ I min uppsats tydliggörs problemet när det ska undersökas om återvinningsreglerna är jämställda med de aktiebolagsrättsliga olaglighetsreglerna. Flera förespråkar idag logiken att återvinning ska ske först i andra hand, då det är ett verktyg som ska användas på civilrättsligt giltiga och sakrättsligt skyddade rättshandlingar.²⁷ Detta skulle betyda att en vinstutdelning i första hand måste prövas efter de aktiebolagsrättsliga reglerna. Med hjälp av Lindskogs metod vid *rättslig flerspårighet* ska aspekter föras fram som inte diskuterats i förarbetena, men som bidrar till att ändamålet med bestämmelserna belyses ur alla relevanta perspektiv.²⁸ För denna undersökning bidrar metoden med intressanta parametrar som normhierarki, utredningsbehov och bedömningssäkerhet.

Principen att en uppsats enskilda delar inte ska vara mer omfångsrik än vad som berikar uppsatsens grundläggande syfte och tema, genomsyrar redovisningen av aktiebolagets instrument vinstutdelning. Det som bidrar till en värdefull analys, vad gäller återvinning av vinstutdelning, är att utröna vilken rättslig karaktär de olika besluten och handlingarna har. I undersökningen ingår en utredning om de två olika typerna av vinstutdelning, det vill säga ordinarie respektive förtäckt vinstutdelning. Genom att behandla de aktiebolagsrättsliga olaglighetsreglerna blottläggs bristerna i förhållande till deras syfte – att skydda bolagets borgenärer från att bolagets kapital läcker ut – läggs grunden för analysavsnittet om rättslig flerspårighet.

I min analys ges det med återvinning förknippade nackdelsrekvisitet och närståendebegreppet inte samma utrymme som i utredningsdelen. Såväl kravet på orsakad nackdel som de bevislättnader och utsträckningar av återvinningsfristerna en närstående medkontrahent för med sig, är vitala delar av återvinningsinstitutet. En noggrann utredning av begreppen är därför nödvändigt för den förståelse och bakgrund som krävs för en god analys. I min mening är det vid vinstutdelning tillräckligt att endast vid ett tillfälle analysera hur nackdel orsakas och hur en medkontrahent blir närstående. Hur nackdel orsakas varierar inte mer i de olika paragraferna än att den i det ena fallet krävs att den uppstått direkt, medan det i andra fall räcker med indirekt. Närståendskapet varierar inte över huvudtaget. Att bevisbördan kastas om och dess följdverkningar genomgås endast i utredningsavsnittet,

²⁵ Ekelöf & Edelstam, s. 89 f.

²⁶ Kleineman, s. 30.

²⁷ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris, s. 133.

²⁸ Begreppet är hämtat ur Stefan Lindskogs artikel; Något om rättslig flerspårighet, Festskrift till Gertrud Lennander, 2010, s. 191 ff.

eftersom analysdelen tar sikte på vilka överväganden som uppstår vid prövning av en vinstutdelning och några särskilda frågor inte uppkommer i nämnda del.

Slutligen kommer undersökningen få normativa inslag när jag ger förslag på hur en vinstutdelning bör kunna återvinnas. Eftersom rättskällorna i mycket sparsam mån förenat instituten, måste mina slutsatser bli självständiga. Självständigheten är i min mening såväl uppsatsens båtnad som brist. Båtnaden skapas av att uppsatsen får mer skärpa och nyhetsvärde genom att vara självständig. Bristen ligger i saknad av auktoritet bakom konklusionerna. Slutsatserna tas dock i ljuset av institutens ändamål och *stödjer sig* alltid, direkt eller indirekt, på en rättskälla som anlagt antingen ett teoretiskt eller ett praktiskt perspektiv. Då slutsatserna kretsar kring en vinstutdelnings eventuella gävoavsikt och dess karaktär av en betalning av en skuld, måste de teoretiska synsätten kombineras med de praktiska. Om dessa två aspekter inte är i balans kan *å ena sidan* det teoretiska ta över och medföra orealistisk och stelbent tillämpning i det verkliga rättslivet och *å andra sidan* kan för praktiskt konstruerade lösningar grunda sig på tvivelaktig rättslig grund. Sammanfattningsvis är förhoppningen att slutligen landa i välgrundande, sakliga men samtidigt nyanserade konklusioner.

1.4 Material

Vinstutdelningar från aktiebolag regleras i ABL och då dess lagförslag är mycket utförligt, har stor del av gällande rätt inhämtats från detta. Undersökningen kräver dock en djupgående analys av bakomliggande rättsliga etiketter och kritisk granskning av nuvarande reglers effektivitet. Även doktrin på området får därmed en viktig roll. Rättsvetenskapsmän såsom Lindskog, Nerep, Samuelsson och Sandström är erkända författare i aktiebolagsrätt, och deras verk får stor betydelse.²⁹ Andersson har skrivit en mycket omfattande avhandling om vinstutdelning, vars resonemang bistår min analys med värdefulla uppslag.³⁰

Återvinningsreglerna har berörts i flertalet förarbeten, varför mycket av den bakgrundsinformation som fordras står att finna i dem. Till detta finns även rikligt med rättsfall, som underlättar tolkningen av givna rekvisit. Dessvärre behandlas i nästintill ingen av dem återvinning av vinstutdelning. Gertrud Lennander är en stor auktoritet inom obeståndsrätt som har bidragit till rättsutvecklingen på området som före detta justitieråd, varför hennes ord givetvis väger tungt.³¹ Gösta Walin medför i sitt verk värdefulla insikter då han som ordförande i lagberedningen medverkade till framtagandet av KonkL.³² Welamson, professor i processrätt och före detta justitieråd, har författat flera verk som är en självklar del av alla obeståndsrättsliga uppsatser.³³ Det praktiska perspektivet tillhandahålls med hjälp av Renmans

²⁹ Lindskog, Aktiebolagslagen: 6:e och 7:e kapitlet: aktiekapitalsnedsättning och egna aktier, Lindskog, Något om rättslig flerspråkighet, Samuelsson&Nerep, Aktiebolagslag (2005:551), Lexino, Karnov Internet, Sandström, Svensk aktiebolagsrätt.

³⁰ Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag.

³¹ Lennander, Återvinning i konkurs.

³² Walin, Materiell konkursrätt.

³³ Welamson, Konkursrätt, Welamson & Mellqvist, Konkurs och annan insolvensrätt.

vidsträckta praktiska erfarenhet av återvinningsfrågor, som tillgodogjorts genom mer än tjugo års konkursförvaltarskap.³⁴

Litteraturläget vid tiden för denna undersökning är gott. Förutom de utförliga lagmotiven, finns nyligen uppdaterade och djupa kommentarer skrivna av Samuelsson och Nerep på Karnovs hemsida.³⁵ Sandströms verk har inte mer än något år på nacken. Anderssons avhandling om vinstutdelning är i och för sig från 1995, men bistår med insikter om det fundament med vilket institutet vinstutdelning är uppbyggt, såsom i vilka rättsliga handlingar det kan brytas ned till. Ur Johanssons verk har det hämtats en del information från en äldre upplaga. Orsaken till det är att Nials tidigare formuleringar tagits bort i den senaste upplagan, då texten redigerades av Svante Johannson. Till reglerna om återvinning i konkurs är lagberedningens betänkande från 1970 och påföljande lagförslag från 1975 centrala.³⁶ Alltsomoftast har betänkandets slutsatser upprepats i propositionen tillsammans med ytterligare kommentarer. Det ter sig därför mest pedagogiskt att i dessa fall hänvisa till båda. Betänkandet är dock mer omfattande och exemplifierande, varför hänvisning i vissa fall endast gjorts till detta. Lennander, Renman och Welamson/Mellqvist har alla släppt nya upplagor av sina obeståndsrättsliga verk under 2013. Palmér & Savins lagkommentar uppdateras frekvent. Walins bok, Materiell konkursrätt, är visserligen från 1987. Med tanke på Walins ordförandeskap i betänkandet från 1970, är hans förtydliganden och insikter om lagstiftarens avsikter givetvis väsentliga.

1.5 Avgränsningar

Då vinstutdelning är en rättshandling som främst utförs av ett aktiebolag, lämnas konkurser av fysiska personer och andra juridiska personer än aktiebolag därhän. Vinstutdelningar från ekonomiska föreningar är sällan ett problem vid konkurser och faller därför utanför undersökningens omfattning.³⁷ Inte heller är vinstutdelningar från avstämningsbolag eller publika aktiebolag granskade, eftersom denna speciella typ av aktiebolag utgör en minoritet bland de svenska aktiebolagen. Huvudmålet för undersökningen är istället små till medelstora privata aktiebolag.³⁸

Vinstutdelningsinstitutet undersöks inte i sin helhet, utan endast i den del det bidrar till en djuplodande analys ur ett konkursrättsligt återvinningsperspektiv. Den information som inte tillför något till diskussionen om gåvoavsikt, vilka rättsliga etiketter man kan applicera på stegen i processen samt en vinstutdelnings olaglighet enligt 17 kap. ABL, faller utanför uppsatsens vidd. Stora delar av 18 kap. ABL, som reglerar vinstutdelningar, lämnas därför obeaktade.

³⁴ Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen.

³⁵ Det finns både en djup kommentar och en t.o.m. mer omfattande lagkommentar vid namn Lexino. Jag har använt mig av den senare.

³⁶ U X samt prop. 1975:6.

³⁷ 10 kap. lag (1987:667) om ekonomiska föreningar.

³⁸ Enligt Sandström omfattar de privata aktiebolagen 99 % av de företag som regleras i ABL, se Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s. 58.

Fokus ligger på återvinning inom konkursförfarandet, även om konkurslagens återvinningsregler även kan tillämpas vid företagsrekonstruktion.³⁹ Detta eftersom återvinning inom företagsrekonstruktion hittills tillämpats synnerligen sällan, samtidigt som undersökningen annars skulle bli för omfattande.

I min studie genomlyses återvinning av betalning enligt 4 kap. 10 § 1 st. I bestämmelsens andra stycke stadgas förutsättningen för återvinning av kvittning vilket, framförallt av utrymmesskäl, inte berörs här. En vinstutdelning skulle kunna ses som en alternativ ersättning för arbete till en aktivt verksam aktieägare och därmed aktualisera återvinning av lön enligt 4 kap. 8 § KonkL.⁴⁰ Eftersom tillämpningsområdet enligt min mening bör bli smalt och undersökningen redan är omfattande, berörs inte denna rättsliga grund.

Till slut får det påpekas att min undersökning av utrymmesskäl begränsats till svensk rätt och innehåller därför inga komparativa inslag.

1.6 Disposition

Uppsatsen har inledningsvis delats upp i tre huvudavdelningar. Kapitel ett introducerar undersökningen, kapitel två till fyra bildar den utredande avdelningen och den tredje avdelningen innehåller de avslutande femte till åttonde kapitlen. Uppsatsens disposition framställs efter principen att det allmänna ska komma före det speciella.

Läsaren introduceras först till de fundamentala ändamålen med och nyttan av bolagsformen aktiebolag. Härfter visas på vilken funktion vinstutdelningen har i ett aktiebolag, tillsammans med en genomgång av institutet vinstutdelning. Undersökningen av vinstutdelningsinstitutet avslutas med att granska normhierarkin, då utdelningen följs av konkurs. Den utredande delen fortsätter med att belysa det återföringsalternativ som tillhandahålls av aktiebolagslagen – olaglighet följt av återbäring – vilket tillsammans med avsnittet om normhierarkin lägger grunden för analysavsnittet om rättslig flersparighet. Genomgången av vinstutdelning och dess sammankopplade kapitalskyddsregler avslutas med egna kommentarer, där vissa poänger framhålls som är bra att hålla i minnet inför utredningen av återvinningsinstitutet.

Nästkommande avsnitt i den utredande delen av uppsatsen behandlar återvinning i konkurs, och inleds med ändamålen och funktionerna med såväl konkurser i stort som återvinning däri. Härpå följer en kort genomgång av vissa viktiga allmänna förutsättningar för återvinning. Därefter behandlas de tre utvalda återvinningsgrunderna noggrant. Detta avsnitt avslutas inte med egna kommentarer, eftersom dessa poänger görs i följande analys.

Den avslutande analysavdelningen börjar med ett kapitel om rättslig flersparighet, vilket diskuterar varför den återvinningsrättsliga linjen borde kunna ses som alternativ till den

³⁹ 3 kap. 5 § 1 st. lag (1996:764) om företagsrekonstruktion.

⁴⁰ Jfr Lennander, s. 200.

aktiebolagsrättsliga istället för att betraktas som subsidiär. Avsnittet föregår resterande analys eftersom det är mer logiskt att först diskutera *när* en bestämmelse ska åberopas än *hur* den ska tolkas utefter givna sakomständigheter. Här motiveras dispositionen följaktligen av mer kronologiska skäl. Efter detta tar analysen åter upp de valda återvinningsgrunderna var för sig, där diskussionen uteslutande berör hur en vinstutdelning står sig i förhållande till paragrafernas rekvisit. De objektiva grunderna tas, i brist på andra skäl, upp i numerisk ordning. Härfter redovisas de slutsatser som frågeställningarna via analysen renderat i, med efterföljande avslutande kommentarer. Till sist har relevant lagtext bilagts, som ska fungera som hjälpmedel för läsaren att tillgodogöra sig såväl utrednings- som analysavsnittet.

AVDELNING II

2. VINSTUTDELNING

2.1 Inledning

För denna undersökning är vilket intresse som styr ett beslut om vinstutdelning det mest intressanta. Det kan ifrågasättas om intresset i grunden är av merkantil eller benefik karaktär, vilket kan variera mellan olika typer av vinstutdelningar. Vidare är det viktigt att utröna vilka rättsliga etiketter man kan sätta på de olika stadierna i beslutsprocessen, för att utröna när en skuld till aktieägarna uppkommer mot bolaget. Undersökningen får på så vis fotfäste i de två intressen som genomsyrar aktiebolagslagen, det vill säga aktieägar- och borgenärsskyddsintresset. Aktieägarintresset blir, som nämnt ovan, intressant då man klassificerar själva rättshandlingen och borgenärsskyddsintresset är centralt för hela konkursinstitutet och därmed denna uppsats.⁴¹

2.2 Syftet med aktiebolag och vinstutdelning

Sveriges samhälle och välfärd är beroende av ett välmående näringsliv, där bolagsformen och tillika juridiska konstruktionen aktiebolag innehar en central funktion. Bolagsformen aktiebolag vilar på grundtanken att intressenter kan bli aktieägare utan att riskera personligt ansvar för bolagets åtaganden, vilket framgår av 1 kap. 3 § ABL.⁴² Detta fundament ska bidra till att såväl ursprungliga som tillkommande investerare attraheras att ge sig in i en verksamhet utan att riskera mer än det från början satsade eller tillskjutna kapitalet. Utmärkande för bolagsformen är att aktierna normalt är fritt överlåtbara och ägandet kan vara spritt på ett stort antal personer. Konsekvensen av detta är att bolaget lättare kan ackumulera betydande kapital genom små bidrag från ett stort antal investerare. Kapitalet är ofta centralt för finansieringen av innovationer, nysatsningar, nya projekt och nyetableringar. Aktiebolaget lämpar sig mycket bättre än andra bolagsformer för organiseringen och finansieringen av denna typ av innovativa och eventuellt riskfyllda utvecklingsprojekt. Denna juridiska kreation har därför blivit essentiell för dagens varu- och samhällsproducerande samhälle, då det bland annat skapar arbetstillfällen och skatteintäkter.⁴³ Till detta hör att det grundläggande motivet för en aktieägare att investera sitt kapital, ofta är att det i framtiden ska generera vinst.⁴⁴ Det finns alltså, vid behandling av ett aktiebolags vinstutdelningsinstrument, ett viktigt samhällsintresse i allmänhet och investerars intresse att beakta.⁴⁵

⁴¹ Thorell, Redovisningen som grund för vinstutdelning, JT 2005-06, s. 374.

⁴² Prop. 2004/05:85, s. 207.

⁴³ Sandström, s. 11 jämte Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, s. 27 och 127.

⁴⁴ Johansson, Nials svensk associationsrätt i huvuddrag (2007), s. 85 jämte Andersson, s. 145.

⁴⁵ Andersson, s. 130 f.

Investerar- och omsättningsintresset begränsas dock av flera regler om personligt ansvar till skydd för borgenärer, så kallade borgenärsskyddsregler (tredjemansskyddsregler). Ett exempel på detta är att bolaget enligt 1 kap. 5 § ABL ska ha ett aktiekapital som säkerhet för ingångna förbindelser.⁴⁶ Borgenärsskyddsintresset är givetvis också vitalt för samhällets välmående, på så sätt att såväl arbetstagare, staten, konsumenter som andra borgenärer ska få betalt för sina prestationer.⁴⁷ Dessa borgenärsregler är omfattande och endast de för undersökningen relevanta kommer att belysas nedan.

2.3 Utdelning av vinst

Utgångspunkten för ett bolags verksamhet är att gå med vinst och dela ut till aktieägarna, såvida inte annat anges i bolagsordningen. Detta anges inte uttryckligen i ABL utan är en princip som anses följa motsatsvis av 3 kap. 3 §.⁴⁸ Denna principen emanerar från syftet att bereda aktieägarna avkastning på det kapital de investerat i bolaget.⁴⁹ Detta syfte är dock inte okränkbart och får inte användas till att kringgå aktiebolagens borgenärsskyddsregler.⁵⁰

Rent principiellt har möjligen aktieägarna ett inneboende latent anspråk på vinstutdelning på bolagets framtida vinster.⁵¹ Anspråkets rättsliga etikett är dock först i och med ett bolagsstämmobeslut ett fordringsanspråk.⁵² Då beslut om vinstutdelning fattats uppstår följaktligen en fordran för aktieägaren, som korrelerar med en skuld för bolaget, på utbetalning av utdelningen på beslutad betalningsdag.⁵³

I normalfallet delas vinsten ut i form av kontanter, men detta är naturligtvis inget krav. Vid såväl reguljära som förtäckta vinstutdelningar av annan egendom än kontanter aktualiseras problematik vad gäller värderingen av egendomen och är något som flitigt debatterats sedan början av 1980-talet.

2.4 Reguljär vinstutdelning

Det ordinarie sättet att föra över ett aktiebolags överskott till aktieägarna är genom en vinstutdelning enligt 18 kap. ABL.⁵⁴ Den faktiska rätten att i bestämd form framställa anspråk uppstår dock först när bolagsstämman, på förslag från styrelsen, fattar beslut om vinstutdelning enligt 18 kap. 1 § ABL.⁵⁵ Bolagsstämman har ingen rätt att besluta om utdelning i avsaknad av

⁴⁶ Prop. 2004/05:85, s. 207.

⁴⁷ Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag (2011), s. 86 jämte Andersson, s. 128.

⁴⁸ Prop. 2004/05:85, s. 219 jämte Andersson, s. 146.

⁴⁹ Andersson, s. 146.

⁵⁰ Prop. 2004/05:85, s. 540.

⁵¹ Andersson, s. 147.

⁵² Prop. 1975:103, s. 479.

⁵³ Andersson, s. 147.

⁵⁴ Prop. 2004/05:85, s. 404.

⁵⁵ Johansson (2007), s. 90.

styrelsens förslag eller godkännande och inte heller till högre belopp.⁵⁶ Till denna regel undantas enligt 18 kap. 1 § 2 st. ; 1) när det följer av bolagsordningen hur mycket som ska delas ut och 2) då en aktieägarminoritet yrkar på vinstutdelning. Det senare undantaget skulle kunna tala för att det finns en latent rätt till vinst, men rätten är kraftigt begränsad. Begränsningen har i 18 kap. 11 § ABL satts till halva årsvinsten, men även till 5 % av det egna kapitalet. Lagrummet tar mer sikte på maktmissbrukssituationer inom bolaget och ger inget starkt budskap om en latent rätt till större utdelning.⁵⁷

Enligt 18 kap. 13 § ABL ska den beslutade vinstutdelningen betalas vid den tidpunkt som bolagsstämman eller, efter bolagsstämmans bemyndigande, styrelsen beslutar. Om utdelningen sker efter yrkande av aktieägarminoritet, ska utdelningen förfalla till betalning genast.⁵⁸

Årsstämman, det vill säga den stämma som fastställer resultat- och balansräkningen, är enligt 7 kap. 11 § 1 st. andra meningen ABL skyldig att besluta om dispositioner av årets resultat. Det naturliga är därför att besluta om vinstutdelning vid denna stämma. Skulle man besluta om vinstutdelning på annan ordinarie eller extra bolagsstämma, benämns denna extrautdelning, vilket får vissa rättsliga konsekvenser som ska visas på nedan under kapitel tre om olaglig värdeöverföring.⁵⁹

Att en vinstutdelning normalt sker i form av likvida medel, betyder inte att det är ett formkrav. När utbetalningen görs med annan egendom, så kallad sakutdelning, blir det angeläget att avgöra hur egendomen ska värderas. Särskilt när värdeöverföringsutrymmet ska bedömas, med hänsyn till borgenärsskyddsregleringen. Värderingen beror dock på vilken regel man tillämpar, vilket redovisas i kapitel tre om olaglig värdeöverföring.

2.5 Annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär

2.5.1 Inledning

En i litteraturen vida diskuterad variant av vinstutdelning är den så kallade ”förtäckta” eller ”dolda”.⁶⁰ I 17 kap. 1 § 1 st. 4 punkten ABL definieras den som en ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”, och anges som en form av värdeöverföring. Det dolda och förtäckta består i att beslutet om transaktionen inte är förenligt med ovannämnda formföreskrifter. I bedömningen om det företagits en förtäckt vinstutdelning ryms fyra olika rekvisit: 1) affärshändelsen, 2) förmögenhetsminskningen, 3) orsakssambandet samt 4) transaktionens rent affärsmässiga karaktär för bolaget, där det senare medför särskild komplexitet.⁶¹

⁵⁶ Prop. 2004/05:85, s. 760.

⁵⁷ Samuelsson & Nerep, 18:11 § ABL, kap. 11.1 (inhämtat 2013-01-28).

⁵⁸ Prop. 2004/05:85, s. 768.

⁵⁹ Prop. 2004/05:85, s. 760.

⁶⁰ Samuelsson & Nerep, Lexino (Karnov Internet), 17:1 § ABL, kap. 3.6 (inhämtat 2013-12-16).

⁶¹ Lehrberg, SvJT 2012 s. 538.

2.5.2 Affärshändelse

Rekvisitet affärshändelse är mycket vitt och definieras i 1 kap. 2 § 1 st. 6 punkten bokföringslagen⁶² som:

”alla förändringar i storleken och sammansättningen av ett företags förmögenhet som beror på företagets ekonomiska relationer med omvärlden, såsom in- och utbetalningar, uppkomna fordringar och skulder samt egna tillskott till och uttag ur verksamheten av pengar, varor eller annat”.

I förarbetena exemplifieras med förvärv av egendom till under- och överpris samt utbetalning av lön eller arvode som inte alls eller endast delvis motsvaras av utbetalningen. Det har ingen betydelse för bedömningen hur affärshändelsen betecknas.⁶³

2.5.3 Förmögenhetsminskning och orsakssamband

Det framgår av paragrafens ordalydelse att bolagets förmögenhet ska minska samt att minskningen ska vara en konsekvens av den tidigare behandlade affärshändelsen.⁶⁴ Vid bedömningen om det skett en ”affärshändelse som medfört att bolagets förmögenhet minskat” har effekten på bolagets redovisning ingen avgörande betydelse. Egendom som avhänds till bokfört värde träffas av rekvisitet, så länge priset understiger rådande marknadspris. Här har lagstiftaren valt att frånga rådande nettoprincip, där en förmögenhetsförminskning tidigare inte ansetts ha ägt rum då en tillgång sålts under marknadsvärde men åtminstone till det bokförda värdet.⁶⁵

2.5.4 Ej rent affärsmässig karaktär

Vidare krävs att affärshändelsen ”inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”. Affärsmässigheten ska i det enskilda fallet fastställas med hänsyn till utåt iakttagbara omständigheter kring händelsen.⁶⁶ Här har lagstiftaren förordat att den objektiva sidan blir styrande, men att subjektiva faktorer kan påverka bedömningen. Enligt Samuelsson och Nerep innebär lagkommentaren att om det finns objektiva faktorer som tyder på att en ifrågasatt värdeöverföring skett, åligger det den som haft fördel av transaktionen att tillsammans med bolaget visa att handlingen vidtogs i rent merkantilt syfte.⁶⁷

Särskild uppmärksamhet ska riktas mot värdediskrepansen mellan parternas prestationer, där naturligtvis inte varje ”dålig affär” omfattas av lagrummet. Lagkommentaren klargör dessvärre inte hur stor denna diskrepans måste vara för att utgöra ett icke rent affärsmässigt

⁶² Bokföringslag (1999:1078).

⁶³ Prop. 2004/05:85, s. 747.

⁶⁴ Lehrberg, s. 547.

⁶⁵ Prop. 2004/05:85, s. 747. Nettoprincipen fastslogs i NJA 1995 s. 742.

⁶⁶ Prop. 2004/05:85, s. 748.

⁶⁷ Samuelsson & Nerep, 17:1 § ABL, kap. 2 (inhämtat 2013-12-17).

prestationsutbyte.⁶⁸ Inte ens ett avstående från en affär, vilken sedan en aktieägare fullföljer, ska normalt betecknas som en värdeöverföring till aktieägaren. Det har framförts som orimligt att bolaget, vid bedömningen om en affär ska göras, behöver beakta att avståendet kan utgöra en olovlig vinstutdelning. Annat är om avståendet framstår som ett sätt att kringgå vinstutdelningsreglerna. Lehrberg ger härvid exemplet att det i ett konsultbolag finns en önskan om att gynna en aktieägare och att bolaget av den anledningen avstår att utföra tjänsten, med konsekvensen att aktieägaren övertar uppdraget och debiterar för egen räkning.⁶⁹ Förenligheten med bolagets normala verksamhet har stor betydelse för bedömningen, eftersom rättshandlingar som utgör ett normalt led i verksamheten får anses ha affärsmässig karaktär.

Vem motparten är och huruvida den har ett faktiskt inflytande i bolaget, spelar också en viktig roll. Har det skett en transaktion mellan ett fåmansbolag och dess aktieägare, talar mycket för att redan en liten skillnad mellan parternas prestationer ska betraktas som en värdeöverföring, eftersom transaktionen typiskt sett företagits i syfte att gynna aktieägaren. Motsatsvis råder det närmast en presumtion för affärsmässighet om motparten varken är aktieägare eller på annat sätt närstående, såvida inte särskilda förhållanden talar emot merkantilt syfte.⁷⁰

Det följer av rekvisitet rent affärsmässigt betingad att även en transaktion som till viss del har affärsmässig karaktär, men inte är till fullo affärsmässig, utgör en värdeöverföring. Karaktären bedöms utefter de förhållanden som förelegat vid beslutet, där i första hand tiden för bolagsstämmobeslutet blir utslagsgivande. I andra hand får tiden för styrelsebeslutet, eller när sådana saknas, den tidpunkt då bolaget förband sig till transaktionen, avgöra. Att diskrepansen mellan prestationernas värde förändras efter besluts- eller avtalstillfället anses inte omvandla en affärsmässigt korrekt transaktion till en värdeöverföring.⁷¹ De aspekter som förs fram gällande affärsmässig karaktär blir särskilt intressant för den senare diskussionen om återvinning.

2.5.5 *Förtäckt men stundom laglig*

I 17 kap. 2 § ABL finns inte den förtäckta utdelningen med som en tillåten form av värdeöverföring. Ett motsatsslut kan förleda till tron att transaktionen därför ovillkorligen strider mot gällande lag. Lagen kan dock kringgå, då aktieägarna enhälligt beslutar härom. Detta beslut är giltigt i och för sig, trots att vissa formföreskrifter som gäller för värdeöverföringar inte följs. Att samtliga aktieägares samtyckte medför att regeln kan kringgå, vilar på den fundamentala principen att aktieägarskyddsregler kan åsidosättas vid enighet mellan aktieägarna. Det är emellertid inte tillåtet att en borgenärsskyddsregel överträds genom beslutet, oavsett om samtliga aktieägare samtycker. Försiktighetsregeln, som ska granskas nedan, är just en sådan regel som syftar till att skydda borgenärskollektivet.⁷²

⁶⁸ Jfr prop. 2004/05:85, s. 748, där exemplifiering endast sker med en transaktion som till viss del har affärsmässig karaktär, men i annan del inte.

⁶⁹ Lehrberg, s. 548 f.

⁷⁰ Prop. 2004/05:85, s. 748.

⁷¹ A.st.

⁷² Prop. 2004/05:85, s. 749 och 760 jämte NJA 1995 s. 742.

2.6 Förhållandet mellan aktiebolaget och aktieägaren

Det är oklart vilken rättslig etikett som bör användas för att kategorisera rättsförhållandet mellan ett aktiebolag och en aktieägare. Det anses inte kunna karaktäriseras som obligationsrättsligt, utan är snarare av säregen beskaffenhet. Trots detta framhålls att de rättigheter som anknyter till aktien är av onerös beskaffenhet.⁷³ Frågan är om detta gäller ovillkorligen, alltså oberoende av på vilket sätt vinstutdelningen betalas ut.

Efter att beslut om vinstutdelning till ett visst belopp fattats, åligger det aktiebolaget att ensidigt prestera till aktieägaren i dennes egenskap av borgenär. Denna obligationsrättsliga gäldenärsförpliktelse motsvaras alltså inte av någon prestationsplikt för aktieägaren. Den skyldighet aktieägaren måste uppfylla för att aktualiseras som mottagare av en vinstutdelning är att betala själva investeringskapitalet i utbyte mot en aktie. Denna rättshandling är givetvis av onerös natur, men efter detta är aktieägaren inte skyldig att prestera ytterligare. I det individuella fallet kan utdelningen uppfattas på olika sätt. Å *ena sidan* kan den ses som en ensidig och vederlagsfri prestation från bolaget, å *andra sidan* är utgångspunkten att en vinstutdelning utgör avkastning på satsat kapital.⁷⁴ Jämför till exempel med ränta på placerade pengar. Att placerade pengar på ett konto i en bank ska uppbära ränta även tio år efter transaktionen, får ses som självklart. Den ovannämnda möjligheten för en aktieägarminoritet att utkräva vinstutdelning, betyder att aktiebolaget har en förpliktelse att dela ut vinsten till aktieägarna. Förekomsten av denna regel kan tala emot gåvoavsikt, då vinstutdelningen istället utförs med avsikt att uppfylla aktiebolagets åtagande.

Från annan synvinkel kan en vinstutdelning *i det individuella fallet* förefalla benefik. Om man breddar perspektivet genom att även inkludera förtäckt vinstutdelning, blir man än mer påmind om de benefika inslagen. Det som de facto sker vid alla typer av utdelning av vinst, är en överföring av värde från bolaget till dess ägare. Sandström har uttalat att de transaktioner som kallas värdeöverföringar är ett antal benefika rättshandlingar. Han använder till och med orden "benefik" och "gåva" närmast synonymt och visar därmed att han uppfattar en viss gåvoavsikt i alla värdeöverföringar.⁷⁵

2.7 Reflektion om gåvoavsikt

Det är intressant att Sandström förefaller läsa in en gåvoavsikt i samtliga värdeöverföringar. De benefika inslag, tillsammans oklarheten om vilket intresse som ligger till grund för rättsförhållandet mellan ett aktiebolag och en aktieägare, medför att den renodlat kommersiella utgångspunkten för vinstutdelningsfenomenet, kan ifrågasättas. Relationen mellan aktiebolag och aktieägare måste även hållas i åtanke vid reguljära vinstutdelningar, inte minst i fåmansbolagen. Samtidigt anses att vinstutdelning som utgångspunkt utgör avkastning på investerat kapital, vilket i det perspektivet talar emot gåvoavsikt. Möjligen skulle en särskilt

⁷³ Jfr Andersson, s. 308.

⁷⁴ A.a., s. 311.

⁷⁵ Sandström, s. 296, 299 och 300 m.fl.

hög vinstutdelning, på grund av det betydande belopp som utbetalas, kunna tala för en klassificering av rättshandlingen som benfikt. Frågan är då vad som ska anses vara en skälig kontra oskäligen nivå på utdelningen. För att undersöka frågan ur ett aktiebolagsrättsligt perspektiv görs under kapitel 3 ett avstamp i regleringen om olagliga värdeöverföringar.

2.8 Normhierarkin

När ett aktiebolaget företagit en vinstutdelning kort före konkurs aktualiseras tillämpning av två parallella regelsystem; de aktiebolagsrättsliga olaglighetsreglerna och de konkursrättsliga återvinningsreglerna. Varken lagstiftaren eller rättstillämpningen har med klarhet avgjort vilket av dessa system som är överordnat det andra. Flera auktoriteter på området har dock givit sin syn på frågan.

Enligt Lennander ingår återvinningsinstitutet på sätt och vis i det sakrättsliga regelsystemet, men aktualiseras först när transaktionen i alla övriga hänseenden uppnått borgenärsskydd. En vinstutdelning vinner först fullt borgenärsskydd om den är giltig enligt aktiebolagslagen, varför återvinningsreglerna får anses komma i andra hand. Enligt denna logik har aldrig nackdel uppstått, eftersom beslutet om vinstutdelning var ogiltigt och därmed en nullitet.⁷⁶ Enligt Folkesson ska reglerna om återvinning ses som ett extra rättsmedel som tillkommer vid konkurs och utgöra en sista utväg att angripa en rättshandling.⁷⁷ Tankesättet har även till viss del fått fotfäste i rättspraxis.⁷⁸ Welamson & Mellqvist framför att det i metodologiskt hänseende finns anledning att slå fast att återvinningsreglerna aktualiseras först efter att man konstaterat att gäldenärens motpart i och för sig har uppnått sakrättsligt skydd.⁷⁹ Renman menar att även om det kan verka logiskt att angripa en transaktions ogiltighet först, är det inte sällan mer praktiskt att pröva återvinningsfrågan först och förutsätta ogiltighet.⁸⁰

Varken lag eller förarbeten ger uppfattningen att bestämmelsen om olaglig värdeöverföring har status av *lex specialis*, det vill säga att den är exklusivt tillämpbar på saksomständigheterna vid en vinstutdelning. Snarare har återvinningsreglerna av lagberedningen ansetts vara av lika stor vikt för återföring av utdelning som reglerna i aktiebolagslagen, där återbäringsskyldigheten istället framfördes som ett alternativ till återvinning.⁸¹ Även Sandström har nämnt att det förutom sanktionssystemet enligt ABL finns *alternativa och viktiga* sanktionsalternativ, där bland annat återvinningsreglerna anges.⁸²

⁷⁶ Lennander, s. 42.

⁷⁷ Folkesson, s. 133.

⁷⁸ NJA 1977 s. 46. I rättsfallet hade en gäldenär och hans medkontrahent antedaterat pantavtalet för att undkomma återvinning. De åtalade frikändes dock från åtal om osant intygande, eftersom antedatering i pantavtalet inte inneburit fara i bevishänseende. Eftersom denuntiation till förhyraren inte skett, var panträkten inte heller sakrättsligt skyddad och antedateringen var utan betydelse för återvinningsmöjligheten. På så vis innebar antedateringen inte fara i bevishänseende.

⁷⁹ Welamson & Mellqvist, s. 101.

⁸⁰ Renman, s. 120 f.

⁸¹ SOU 1983:60, s. 64 och 67.

⁸² Sandström, s. 312.

3. OLAGLIG VÄRDEÖVERFÖRING

3.1 Inledning

Värdeöverföringar från ett aktiebolag regleras i 17 kap. ABL, där dess laglighet bestäms i tredje paragrafen.⁸³ Paragrafen är tillämplig på alla former av värdeöverföringar som anges i 17 kap. 1 § och det saknar betydelse för regelns tillämplighet om den beslutats av bolagsstämman eller på annat sätt. Syftet med regeln är att tillgodose borgenärsskyddet och fanns även i den tidigare aktiebolagslagen.⁸⁴

3.3 Beloppsspärren

Full täckning för bolagets bundna egna kapital krävs. Detta innebär att det bokförda värdet av de tillgångar som finns kvar i bolaget efter värdeöverföringen, måste uppgå till minst det bokförda värdet på bolagets skulder, avsättningar och bundet eget kapital.⁸⁵ Bundet eget kapital utgörs enligt 5 kap. 14 § 1 st. årsredovisningslagen⁸⁶ framförallt av registrerat aktiekapital, men även de bundna fonderna uppskrivningsfond, reservfond, överkursfond och kapitalandelsfond.⁸⁷ Prövningen görs av fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, med beaktande av ändringar i det bundna egna kapitalet som har skett efter balansdagen.⁸⁸

Om värdeöverföringen företas med annan egendom än likvida medel, ska spärren jämföras med egendomens bokförda värde, minus eventuellt vederlag, enligt den så kallade nettometoden. Är således bolagets bundna egna kapital intakt efter värdeöverföringen, har den passerat första hindret mot laglighet.⁸⁹ Här ska betonas att transaktionen, trots värderad enligt nettometoden i beloppsspärrens synvinkel, är en värdeöverföring och därför även måste vara i harmoni med försiktighetsregeln.

⁸³ Se bilaga.

⁸⁴ 12 kap. 2 § 3 st. Aktiebolagslag (1975:1385). I det följande benämnd ABL 75.

⁸⁵ Prop. 2004/05:85, s. 378.

⁸⁶ Årsredovisningslag (1995:1554). I det följande benämnd ÅRL.

⁸⁷ I kölvattnet till aktiebolagslagen infördes följdändringar, vilka medförde att endast medel som tillförts reserv- samt överkursfond innan första januari år 2006 är bundet eget kapital (3 kap. 5a § ÅRL). Reservfonden består numera endast av kapital som tillförts överkursfonden innan år 2006. Se Samuelsson & Nerep, 17:3 § ABL, kap. 3.1 (inhämtat 2013-12-20).

⁸⁸ Hänsyn ska tas till förändringar i det bundna egna kapitalets storlek mellan balansdagen och tidpunkten för värdeöverföringsbeslutet. Utrymmet för värdeöverföring kan vara såväl större som mindre än vad som framgår av den senast fastställda balansräkningen. Se härom Samuelsson & Nerep, 17:3 § ABL, kap. 3.4 (inhämtat 2013-12-20). Nämnade förändringar sker dock sällan mellan fastställd balansräkning och senare vinstutdelning eftersom ändring i det bundna egna kapitalet föregås av en komplicerad process med styrelsebeslut, revisorgranskning och stämmobeslut. Se härom Sandström, s. 138.

⁸⁹ Prop. 2004/05:85, s. 750.

För efterutdelning, det vill säga en formlig vinstutdelning som beslutats på en extrastämma, finns en uttrycklig beloppsspärr.⁹⁰ Värdeöverföringen får ej ske med större belopp än vad som fanns tillgängligt enligt den senast fastställda balansräkningen, där ändringar i det bundna egna kapitalet fram till beslutstidpunkten ska beaktas (17 kap. 4 § ABL). Det är alltså varken tillåtet att ta i anspråk överskott i bolagets verksamhet som upparbetats under löpande verksamhetsår (så kallad interimutdelning) eller överskott från ett avslutat räkenskapsår innan det föreligger en fastställd balansräkning (så kallad förskottsutdelning).⁹¹ Sanktionerna för de olagliga värdeöverföringarna, vilka ska behandlas nedan under kapitel 3.5-3.6, aktualiseras dock sällan om den uppskattade vinsten sedan förverkligas och kan förklaras laglig på en senare ordinarie eller extra bolagsstämma.⁹²

3.4 Försiktighetsregeln

3.4.1 Allmänt

Det andra hindret påbjuder att värdeöverföringen inte får vidtas, om den inte framstår som försvarlig. En tillämpning av försiktighetsregeln delas med fördel upp på de två punkterna som kan urskiljas i lagtexten, varför jag valt att lägga upp genomgången enligt samma metodik.

3.4.2 Verksamhetens art, omfattning och risker

Lagstiftaren ansåg att kravet på det egna kapitalets storlek är så branschspecifikt, att prövningen om värdeöverföringens försvarlighet, måste ske genom att storleken ställs i relation till verksamhetens art, omfattning och risker.⁹³ Har bolaget en konjunkturberoende eller på annat sätt riskfylld verksamhet finns anledning att vidta särskild försiktighet när vinsten ska utdelas. Förhållandet mellan det bundna egna kapitalet och omsättningen måste också avvägas, eftersom behovet av buffert normalt ökar i takt med verksamhetens storlek.⁹⁴

Vad gäller vilka risker som ska beaktas, går inte förarbetena in på några detaljer. Thorell anser att exempel på betydelsefulla risker är prisrisker, kreditrisker, likviditetsrisker och kassaflödesrisker.⁹⁵ Enligt Samuelsson och Nerep måste man i första rummet ställa frågan vilka risker som är rättsligt relevanta för försiktighetsprövningen, varefter man bestämmer vilket belopp som ska innehållas på grund av dessa risker. Nämda författare antar att endast risker som typiskt och erfarenhetsmässigt kan förknippas med verksamhetens art, och därför är i någon mån förutsebara, ska beaktas.⁹⁶

⁹⁰ En extrastämma är en bolagsstämma där årsredovisningen inte hanterats. Se Samuelsson & Nerep, 17:3 § ABL, kap. 3.5 (inhämtat 2013-12-20).

⁹¹ Prop. 2004/05:85, s. 753 f.

⁹² Samuelsson & Nerep, 17:3 § ABL, kap. 3.6 (inhämtad 2013-12-20).

⁹³ Prop. 2004/05:85, s. 382.

⁹⁴ Prop. 2004/05:85, s. 751.

⁹⁵ Thorell, s. 386.

⁹⁶ Samuelsson & Nerep, 17:3 §, kap. 3.7 (inhämtad 2013-12-20).

3.4.3 Bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt

Fundamentet i en försiktighetsregeln är att ett aktiebolag inte ska kunna genomföra värdeöverföringar till aktieägare eller andra med större belopp än att dess ekonomiska ställning efteråt är betryggande för fordringsägarna. Motivet var att det normalt torde vara påkallat med en ganska betydande reservering av vinstmedel, för att bolaget i framtiden skulle kunna klara av försämringar i bolagets lönsamhet, till följd av konjunkturnedgång, konkurrens eller andra förhållanden.⁹⁷

Kravet på *konsolideringsbehov* innebär att det ska göras en helhetsbedömning av bolagets ekonomiska ställning och möjligheter att på sikt infria sina åtaganden. Bedömningen utgår med fördel från relevanta nyckeltal. Av störst intresse är relationen mellan eget kapital och skulder, det vill säga soliditeten. Desto större andel av tillgångarna som har finansierats med eget kapital, desto bättre soliditet har bolaget.⁹⁸ Även soliditeten anses vara branschtypisk och skilja sig efter bolagets storlek och ålder, varför det är olämpligt att fixera en generell och vid varje tidpunkt optimal soliditet.⁹⁹ Thorell anser dock att man i det enskilda företaget bör använda sig av en tumregel för erforderlig soliditet efter gjorda utdelningar, där tumregeln bör återspegla företags- och branschspecifika risker.¹⁰⁰

Det är inte främst den soliditet som framkommer av redovisningen som är relevant, utan avgörande för bolagets förmåga att hantera eventuella risker och förluster är bolagets verkliga ekonomiska ställning, det vill säga efter beaktande av dolda och obeskattade reserver.¹⁰¹ Andra faktorer som kan ge en inblick i bolagets framtida soliditet, ska innefattas i prövningen. Häribland kan nämnas räntabiliteten på det egna kapitalet, resultatprognoser, orderingång och kapitaltäckningsgrad.¹⁰²

I försiktighetsbedömningen ryms också ett krav på *likviditet*, det vill säga kortfristig betalningsförmåga. Om värdeöverföringen vidtas med sådant betydande belopp, att påtaglig risk finns att överföringen tär på bolagets möjlighet att betala anställda, leverantörer och långgivare under en viss period, är den inte tillåten. Här vägs likvida medel vid periodens början, jämte inbetalningar under perioden fram till viss punkt, mot anspråken på utbetalningar under samma period. Om det inte framgår av en sådan beräkning att bolaget under hela perioden har ett överskott, inklusive en viss likviditetsreserv, som klarar oväntade händelser och tillfälliga variationer i betalningsströmmarna, får värdeöverföring inte ske.¹⁰³ Om vinsten och det egna kapitalet till exempel består av orealiserade vinster, saknas alltså likviditet, och vinsten är redan på denna grund inte utdelningsbar.¹⁰⁴ Vad gäller den kortfristiga betalningsförmågan anser

⁹⁷ Prop. 1975:103, s. 477.

⁹⁸ Prop. 2004/05:85, s. 751.

⁹⁹ SOU 1971:15, s. 312 samt prop. 1975:103, s. 211.

¹⁰⁰ Thorell, s. 387.

¹⁰¹ Prop. 2004/05:85, s. 752. Vad som menas här är dock lite otydligt, eftersom dolda reserver inte förekommit på länge i svenska företags redovisning. Förmodligen menar lagstiftaren skillnaden mellan tillgångarnas marknadsvärden och bokförda värden, se Sandström, s. 305 jämte Thorell, s. 387.

¹⁰² Kapitaltäckningsgrad ställer eget kapital mot riskvägda fordringar, se prop. 2004/05:85, s. 752.

¹⁰³ Prop. 2004/2005:85, s. 752.

¹⁰⁴ Thorell, s. 388.

Samuelsson och Nerep att viss betydelse ska tillmätas checkräkningskrediter och utrymmet för ytterligare krediter. Nämda författare anför vidare att värdeöverföringen sannolikt inte får göras med ett belopp som föranleder omedelbar likviditetskris.¹⁰⁵ Lindskog anser att det bör betänkas att behovet av likvida medel normalt, om än i olika mån, fluktuerar under verksamhetsåret.¹⁰⁶

Hänsyn ska även tas till bolagets *ställning i övrigt*. Det uttalas i förarbeten att samtliga omständigheter som kan ha betydelse för bolagets ekonomiska ställning ska beaktas. Här gavs exempel som rörelseförluster, betydande ny konkurrens och kraftig försvagning i konjunkturen, där det avslutningsvis tillades att det torde handla om sådana händelser som ska upplysas om i förvaltningsberättelsen.¹⁰⁷ Denna del av bedömningen tar främst sikte på händelser och omständigheter som är hänförliga till tiden efter balansdagen.¹⁰⁸ Enligt Thorells uppfattning ska det röra förhållanden som inte återspeglas i årsredovisningen men som påverkar förmågan att lämna utdelning.¹⁰⁹

3.4.4 Svårtillämpad regel

Regeln i ABL 75 ansågs vid förarbetena till ABL svårtillämpad, vilket var anledningen till dess förhållandevis begränsad praktiskt betydelse.¹¹⁰ Samuelsson och Nerep anser att den nuvarande försiktighetsregeln rent av är mer svårtillämpad än den i ABL 75, vilken redan den ansågs kräva en väl tilltagen rättssäkerhetsmarginal vid användandet.¹¹¹ När den nuvarande regeln föreslogs, möttes den av hård kritik från flera håll i remissförfarandet. Svea hovrätt och Riksskatteverket exempelvis, ansåg att mödan och kostnaderna för att tillämpa bestämmelsen kunde komma att överstiga den tänkta nyttan. Instanserna menade att användningen skulle begränsas till blott uppenbara fall.¹¹² Ovannämnda författare framför att försiktighetsregeln är en sorts ”vinstutdelningens generalklausul” vilket, likt andra generalklausuler, också gör den svårtillämpad. Problemet minskas inte av att möjligheten att klargöra konsoliderings- och likviditetsbehovet, genom vägledande och generella riktlinjer, bevisligen är ogörligt. Sandström benämner försiktighetsreglerna som svårtillämpade gummiregler.¹¹³

Ur rättssäkerhetssynpunkt har det uttalats att försiktighetsregeln endast ska vara tillämpbar i undantagsfall. Det är endast i de mera uppenbara fallen av nedgång i konsolideringsgrad, likviditetssvårigheter och verksamhetsrisker etcetera som försiktighetsregeln ska begränsa värdeöverföringsutrymmet. Nämda författare anser till och med att försiktighetsregeln är principiellt likställd regeln om ansvarsgenombrott, vilket är ett kontroversiellt undantag till

¹⁰⁵ Samuelsson & Nerep, 17:3 § ABL, kap. 3.7 (inhämtad 2013-12-23).

¹⁰⁶ Lindskog, Aktiebolagslagen: 6:e och 7:e kapitlet: aktiekapitalsnedsättning och egna aktier, s. 70. Uttalandet avser försiktighetsregeln i ABL 75, men har fortfarande relevans eftersom även den innehöll samma rekvisit.

¹⁰⁷ Hänvisning gjordes till 6 kap. 1 § ÅRL. Se prop. 2004/05:85, s. 382.

¹⁰⁸ SOU 1971:15, s. 311 samt prop. 1975:103, s. 478.

¹⁰⁹ Thorell, s. 388.

¹¹⁰ Prop. 2004/05:85, s. 383.

¹¹¹ Lindskog, 1995, s. 68 samt Samuelsson & Nerep, 17:3 § ABL, kap. 3.7 (inhämtad 2013-12-23).

¹¹² Prop. 2004/05:85, s. 383.

¹¹³ Sandström tolkar det som flera regler, se s. 307.

regeln om aktieägarnas begränsade personliga ansvar.¹¹⁴ Det finns således anledning att anta att försiktighetsprincipen även framledes ska tillämpas restriktivt. Åberopandet av regeln i det praktiska rättslivet kommer, av vad jag kan förstå, även fortsättningsvis lysa med sin frånvaro.¹¹⁵

3.4.5 Styrelsens yttrande

Styrelsen ska enligt 18 kap. 4 § första meningen ABL yttra sig över huruvida den föreslagna utdelningen är försvarlig enligt försiktighetsregeln. Vad som föranlett regleringen var att lagstiftaren misstänkte att även den nya försiktighetsregeln skulle bli oprecis och innebära tolkningssvårigheter.¹¹⁶ Yttrandet ska vara motiverat och det räcker således inte att styrelsen uttalar att förslaget är förenligt med försiktighetsregeln. De närmare övervägandena bakom styrelsens bedömning ska redovisas, eftersom syftet med bestämmelsen är att ställa den föreslagna utdelningen i relation till ovan redovisade krav. Graden av utförlighet och detaljrikedom varierar med varje enskilt fall.

Lagmotiven förklarar att analysen vad gäller små till medelstora bolag kan begränsas till en allmän beskrivning av bolagets ekonomiska situation, där det visas att vitala nyckeltal beaktats. Framför allt ska soliditeten jämföras med övriga bolag i samma bransch, men även i vilken mån värdeöverföringen inverkar på bolagets möjlighet att uppfylla såväl kortsiktiga som långsiktiga åtaganden samt eventuella investeringar av vikt. Så länge denna bedömning inte ger förebådande indikationer, torde yttrandet kunna hållas kort. Om den däremot bidrar till dubier om bolagets vinstutdelningsutrymme, och utdelning ändå ska företas, krävs det att styrelsen klargör varför. Det anses tala för att värdeöverföringen är oförsvarlig, om yttrande eller motivering saknas.¹¹⁷

Yttrandet är ett sätt för borgenärer, kontrollerande myndigheter och andra intressenter att i efterhand undersöka om bolaget i vederbörlig mån beaktat det krav på försvarlighet som gäller vid värdeöverföringar. Frågan är dock i vilken mån påbudet följs, då det inte fordras att yttrandet inges till Bolagsverket, utan det räcker att det finns åtkomligt hos bolaget.¹¹⁸ Yttrandet underkastas således inget granskningskrav och hamnar först under lupp då en olaglig vinstutdelning av andra skäl redan misstänks. I denna undersökning ligger fokus på hur en oskäligt hög vinstutdelning kan hanteras i en efterföljande konkurs. Utgångspunkten är alltså konkursförvaltarens prövning om transaktionen bör återföras till konkursboet. Om yttrandet saknar vederbörlig motivering, vilket inte sällan är fallet, medför denna avsaknad inte att värdeöverföringen är olaglig, utan talar endast för olaglighet. Det krävs likväl en omfattande utredning av bolagets ekonomiska ställning, med efterföljande bedömning om värdeöverföringen var försvarlig enligt en synnerligen svårtillämpad regels ramverk.

¹¹⁴ Anvarsgenombrott har inte stöd i lag, utan begreppet har framarbetats i rättspraxis. Se framförallt NJA 1947 s. 647.

¹¹⁵ Samuelsson & Nerep, 17:3 § ABL, kap. 3.7 (inhämtad 2013-12-23).

¹¹⁶ Prop. 2004/05:85, s. 388.

¹¹⁷ Prop. 2004/05:85, s. 388.

¹¹⁸ Samuelsson & Nerep, 18:4§ ABL, kap. 2 (inhämtad 2013-12-23).

3.5 Återbäringsskyldighet vid olaglig värdeöverföring

3.5.1 Reguljär vinstutdelning

Då en reguljär vinstutdelning skett i strid med bestämmelserna i 17:e eller 18:e kap. ABL, ska mottagaren återbära vad denne uppburit, om bolaget visar att mottagaren insåg eller bort inse att värdeöverföringen stod i strid med denna lag (17 kap. 6 § 1 st. 1 meningen ABL). Rättsföljden av olaglig vinstutdelning blir således ogiltighet med återbäringsskyldighet.¹¹⁹

Mottagaren behöver inte vara en aktieägare för att träffas av återbäringsskyldigheten och det är endast det värde som överstigit den lagliga nivån som ska återbäras. Lagstiftaren uppmärksammar att det kan uppstå problem vad gäller odelbart sakvärde och föreslår att mottagaren återlämnar egendomen mot ersättning för den lagliga kvoten av vinstutdelningen. Har egendomen förstörts eller överlåtits vidare, blir mottagaren skadeståndsskyldig för ett belopp motsvarande det olagligen utdelade i enlighet med den allmänna principen om obehörig vinst.¹²⁰

3.5.2 Förtäckt vinstutdelning

Har en förtäckt vinstutdelning skett i strid med 17 kap. ABL, är mottagaren enligt kapitlets 6 § 1 st. andra mening, återbäringsskyldig om bolaget visar att denne insåg eller bort inse att transaktionen *innefattade en värdeöverföring* från bolaget.

Här finns enligt lagstiftaren inte anledning att ge mottagaren ett lika starkt godtrosskydd som vid en reguljär vinstutdelning. Är i angivet läge mottagaren i ond tro om att det skett en icke rent affärsmässig förmögenhetsöverföring från bolaget, finns inte heller något beaktansvärt skäl för att mottagarna ska få behålla egendomen. Det är alltså likgiltigt för återbäringsskyldigheten om mottagaren förstått att förmögenhetsöverföringen stred mot beloppsregeln eller försiktighetsregeln.¹²¹ I förarbetena ges exemplet att den som förvärvar ett bolags bil till underpris, i god tro om att priset är föga marknadsmässigt, undantas från återbäringsskyldighet. I exemplet borde inte mottagaren insett att transaktionen innebar att värdeöverföring skett. Lagstiftaren understryker dock att det ligger i sakens natur att det sällan finns utrymme för god tro om mottagaren är en aktieägare som tar aktiv del i bolagets skötsel.¹²²

3.6 Bristtäckningsansvar vid olaglig värdeöverföring

Om det enligt 17 kap. 6 § ABL uppkommer någon brist vid återbäring, är enligt kapitlets 7 § de personer som har medverkat till beslutet om värdeöverföringen ansvariga för denna. Avsikten är att reparera konsekvenserna av att mottagaren till en värdeöverföring inte själv kan återställa rubbningen i bolagets ekonomiska ställning. Bristen kan, förutom mottagarens avsaknad av

¹¹⁹ Prop. 2004/05:85, s. 393.

¹²⁰ A.prop., s. 756.

¹²¹ Prop. 2004/05:85, s. 395.

¹²² A.prop., s. 756.

betalningsförmåga, orsakas av att hen är onåbar eller i god tro.¹²³ En medverkare kan enligt lagstiftaren vara en styrelseledamot som föreslagit bolagsstämman att besluta om en värdeöverföring eller en aktieägare som röstat för beslutet. Detsamma gäller de som medverkat till verkställandet av beslutet, där lagmotivet anger fallet där en styrelseledamot eller verkställande direktör verkställt en utbetalning eller ingått ett avtal som i sig innebär en olaglig värdeöverföring. Även den som medverkar till upprättandet eller fastställandet av en oriktig balansräkning, vilken legat till grund för beslutet om värdeöverföring, kan åläggas ett medverkandeansvar. Som exempel ges i förarbetet att en styrelseledamot skriver under, eller att en revisor tillstyrker, en felaktig balansräkning. Ansvaret fordrar inte att medverkaren själv utfått någon del av förmögenhetsöverföringen, och kan träffa även utomstående. Utomstående kan exempelvis, i egenskap av närstående till aktieägaren, medverka till möjliggörandet av värdeöverföringen genom råd eller faktisk hjälp.¹²⁴

För ansvar enligt första stycket förutsätts i fråga om styrelseledamot, verkställande direktör samt revisor uppsåt eller oaktsamhet.¹²⁵ Paragrafen har närmast formen av en ersättningsregel, där en person uppsåtligt eller vårdlöst medverkat till att en olaglig värdeöverföring genomförs.¹²⁶ Av detta följer att det måste visas att medverkaren hade en tydlig roll i förverkligandet av värdeöverföringen samt på ett orsakssamband häremellan. Aktieägare och annan ska enligt 17 kap. 7 § 2 st. ABL ha handlat med uppsåt eller grovt oaktsamt, vilket visar på att de subjektiva rekvisiten varierar mellan de olika kategorierna av medverkande.¹²⁷ En faktisk företrädare för ett bolag, som sålunda inte kan hänga upp sin ställning på en formell titel, kan i det enskilda fallet träffas av det strängare ansvaret i lagrummet.¹²⁸

För brist som uppkommer vid återbäringen ansvarar enligt 17 kap. 7 § 3 st. ABL även den som har tagit emot egendom från en person som är återbäringsskyldig med vetskap om att den härrör från en olaglig värdeöverföring.¹²⁹ För ansvar krävs inte att en faktisk återbäringsskyldighet föreligger för annan, utan endast att omständigheterna rent objektivt är för dagen. Bristtäckningsansvaret aktualiseras därför inte endast då den återbäringsskyldige saknar tillgångar, utan även då ond tro ej kan påvisas. Dock krävs vetskap hos mottagaren beträffande såväl transaktionens olaglighet, som att den mottagna egendomen härrör från just den transaktionen. Att bolaget kan visa att mottagaren borde förstått dessa rättsfakta, medför inte ett bristtäckningsansvar.¹³⁰

Medverkandeansvaret är solidariskt, varför en bristtäckningsansvarig kan göra gällande regress mot såväl den återbäringsskyldige som andra bristtäckningsansvariga. Ansvaret kan även jämkas enligt samma principer som gäller för jämkning av skadestånd enligt ABL, det vill säga

¹²³ Sandström, s. 311. och 315.

¹²⁴ Prop. 2004/05:86, s. 757.

¹²⁵ Även lekmannarevisor och särskild granskare omfattas .

¹²⁶ Sandström, s. 311.

¹²⁷ Sandström, s. 315.

¹²⁸ Prop. 2004/05:85, s. 758.

¹²⁹ Utvidgningen av ansvaret är en konsekvens av HD:s uttalande i NJA 1997 s. 418.

¹³⁰ Prop. 2004/05:85, s. 759. Vetskapsregeln har också sitt ursprung i NJA 1997 s. 418.

att ansvaret kan begränsas till vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art, bristens storlek och omständigheterna i övrigt (17 kap. 7 § 4 st. jämte 29 kap. 5 och 6 §§ ABL).

3.7 Kommentar

Beloppsregeln inskränker aktiebolagens vinstutdelningsutrymme till att inte omfatta det bundna egna kapitalet. Denna regel är enligt min uppfattning tydlig och orsakar inga allvarliga tillämpningsproblem. Vad som istället blir vanskligt är dess generositet gentemot aktieägarna, vilket resulterar i ett bristfälligt skydd mot dess skyddsobjekt – borgenärerna. Har aktiebolaget inte tillfört reservfonden medel innan första januari 2006, krävs endast av bolaget att eget kapital finns motsvarande det antagna aktiekapitalet. Det är enligt 1 kap. 5 § ABL tillräckligt att aktiekapitalet är på 50 000 kr. En säkerhetsmarginal om 50 000 kr får anses något torftig i relation till en omsättning på exempelvis 25 000 000 kr. Av detta följer att det måste finnas ett ytterligare skydd för att inte borgenärerna ha ett alltför svagt skydd mot aktiebolagets utdelningsvilja, där försiktighetsregeln blir vital.

Redan den förutvarande försiktighetsregeln ansågs trubbig att använda, vilket medförde att den sällan tillämpades i praktiken. Vid reformationen av aktiebolagslagen år 2005, skulle alltså regeln bli mer konkret och mer applicerbar på det verkliga affärlivet. Den nya formuleringen blev dock likväl hårt ansatt i remissförfarandet, där flera tunga instanser dömde ut regeln som användbar i blott uppenbara fall samt att kostnaderna vid tillämpningen skulle komma att överstiga den tänkta nyttan. Samuelsson och Nerep har anfört att försiktighetsregeln är principiellt likställd regeln om ansvarsgenombrott och att det av rättssäkerhetsskäl måste uppfattas som att den ska tillämpas restriktivt. Av detta följer, enligt mig, att regeln med stor sannolikhet kommer att förbli obehandlad av rättstillämpningen. Svårigheterna stannar dock inte här. Utöver den omfattande utredning som krävs för att konstatera att vinstutdelningen är olaglig, fordras bevisning om mottagarens onda tro om olagligheten. Sådana subjektiva faktorer är som vi snart ska se mycket svåra att bevisa.

Thorell föreslog i en promemoria att försiktighetsregeln skulle göras till huvudregel och beloppsspärren till den kompletterande regeln. Huvudregeln skulle utvidgas till att kräva beaktande av ”tillämpade redovisningsprinciper” samt en kvotregel för privata aktiebolag. Kvotregeln skulle innebära att ett bolag inte fick genomföra en utdelning om det egna kapitalet efter överföringen understiger tio procent av balansomslutningen.¹³¹ Den svenska lagstiftaren ville dock inte införa en så ”stelbent” regel på grund av svårigheten att hitta en generellt lämplig kvot. Konsekvensen framhölls kunna bli att vissa bolag skulle tvingas upprätthålla en omotiverat hög soliditetsnivå, och andra en otillräcklig sådan.¹³² En kvotregel hade gjort försiktighetsregeln mer effektiv, men svårigheterna att hitta en lämplig kvot riskerar att en för sträng nivå tillämpas för hälsosamma företag.

¹³¹ Prop. 2004/05:85, bilaga 11, s. 1191. Promemorian beställdes av aktiebolagskommitténs och benämndes "Vinstutdelningsreglerna och utvecklingen på redovisningsområdet".

¹³² A.prop., s. 383 f.

Sammanfattningsvis ger enligt mig kapitalskyddsreglerna i 17 kap. ABL otillräckligt borgenärsskydd, vilket inte nödvändigtvis betyder att de är bristfälliga. I ett affärsorienterat perspektiv, med utgångspunkten att aktiebolagen är friska, utgör reglerna en välbalanserad produkt av effektivitets- och rättssäkerhetsresonemang. Emellertid torde en alltför frikostig vinstutdelning, som vidtagits kort innan en konkurs, ses om en typisk otillbörlig transaktion, som ska återvinnas såvida den inte är ordinär. Fortsättningsvis ska således återvinningsinstitutet, och dess konfrontering av otillbörliga vinstutdelningar penetreras.

4. ÅTERVINNING I KONKURS

4.1 Inledning

För att förstå återvinningsinstitutet och dess syfte till fullo, är det av vikt att man även har kunskap om konkursförfarandets grundpelare. Innan återvinning behandlas ämnar jag därför översiktligt belysa institutet konkurs.

4.2 Konkursen syfte

Enligt 1 kap. 2 § 1 st. KonkL kan en tingsrätt besluta att en gäldenär ska försättas i konkurs då den inte förmår betala sina skulder och denna oförmåga inte är endast tillfällig. Gäldenären är alltså på obestånd eller insolvent, där uttrycken används synonymt, 1 kap. 2 § 2 st. KonkL. Vid denna situation krävs det att hela gäldenärens förmögenhet tas i anspråk för att betala skulderna i den omfattning det är möjligt. En konkurs är alltså en av samhället erkänd och uppmuntrad uppgörelse mellan gäldenären och borgenärerna.¹³³

Normalt räcker inte gäldenärens tillgångar för att täcka skulderna, varför de uppkomna förlusterna på något sätt måste fördelas mellan borgenärerna. Uppgörelsen är idag ett samhälleligt institut, vars funktion är att under ordnade rättsliga former, och på ett förutsebart sätt, fördela borgenärernas förluster proportionerligt mellan borgenärerna i relation till storleken på deras fordringar.¹³⁴ Det nyss sagda ger också uttryck för den grundläggande konkursrättsliga principen om likabehandling. Konkursen syftar alltså till att förhindra en kapplöpning mellan borgenärerna om gäldenärens egendom, då många borgenärer annars skulle söka skaffa sig företräde framför andra borgenärer, genom påtryckningar mot gäldenären av olika slag. Samtidigt är enligt 7 kap. 8 § KonkL avsikten att göra utfallet för borgenärerna så förmånligt som möjligt, vilket krasst uttryckt betyder att minimera borgenärernas förluster.¹³⁵

Förutom att skapa rättvisa och förutsebarhet när en konkurs beslutats, är det för det kommersiella livet viktigt att det finns tydliga och klara regler. Överväganden och dispositioner görs nämligen ofta på grundval av det obeståndsrättsliga regelsystemet. Ett bisyfte med konkursinstitutet blir därför att skapa trygghet för långivare, vilket också främjar finansieringen av företag.¹³⁶ Förutsebarheten är tänkt att uppnås med hjälp av turordningsregler, vilka främst stipuleras i förmånsrättslagen.¹³⁷ Turordningen organiseras i en förmånsrättsordning, där vissa typer av fordringar ges så kallad prioritet över andra. Vid konkurs kompletteras

¹³³ Heuman, s. 158.

¹³⁴ Att borgenärerna de facto behandlas lika är i dagens läge mer ett undantag än en huvudregel, eftersom många skulder med hjälp av säkerheter ges förmånsrätt gentemot andra skulder.

¹³⁵ Welamson & Mellqvist, Konkurs och annan insolvensrätt, s. 24 f. och 27 samt Heuman s. 158.

¹³⁶ Welamson & Mellqvist, s. 25 f.

¹³⁷ Förmånsrättslag (1970:979). I det följande benämnd FRL.

förmånsreglerna av bestämmelser i KonkL, där konkurskostnader samt konkursboets så kallade massakostnader enligt 14 kap. 2 § KonkL får högsta prioritet.

4.3 Återvinningsinstitutets ändamål

Som ett utflöde ur likabehandlingsprincipen har konkursboet utrustats med verktyg för att motverka rättshandlingar företagna med illojal avsikt, på grund av gäldenärens förestående konkurs.¹³⁸ Till konkursboet hör enligt 3 kap. 3 § KonkL även den egendom som kan tillföras boet genom återvinning, vilket medför att större belopp sedermera kan utskiftas till borgenärerna.¹³⁹ Skyddet är på så sätt i borgenärskollektivets intresse.¹⁴⁰ Kunskapen om återvinningsreglerna ska vidare avhålla borgenärer från att, i en för gäldenären ekonomiskt kritisk situation, vidta förhastade åtgärder mot gäldenären i avsikt att ge dem en bättre ställning vid eventuell konkurs. På så sätt skyddas även gäldenären, då sådana åtgärder kanske blir den direkta orsaken till ett fullständigt ekonomiskt sammanbrott.¹⁴¹ Gäldenärsintresset får dock ses som sekundärt, där det mest angelägna är att stävja en fordringsägares försök att rubba förmånsrättsordningen. Institutet är alltså centralt för den konkursrättsliga grundsats som tidigare nämnts, att förhindra kapplöpning mellan borgenärerna. En fördel med detta system är att borgenärerna blir mer jämspelta och inte tvingas att kontinuerligt bevaka gäldenärens ekonomiska status för att ta till vara sin rätt.¹⁴² Enkelt uttryckt ska den som trängt sig före i prioritetsskön lämna tillbaka egendomen och återgå till sin rätta plats i turordningen.

Det har ansetts vara av särskild vikt att återvinningsreglerna förhindrar att gäldenären undanhåller egendom, exempelvis genom benefika transaktioner och transaktioner med närstående. För uppfyllandet av detta ändamål är det betydelsefullt att en vid krets av rättshandlingar som företas kort före konkursutbrottet kan fångas upp av återvinningsinstrumentet.¹⁴³ Institutet har dock inte getts vidare omfång än att återställa den ekonomiska situationen som förelåg innan den ifrågasatta rättshandlingen verkställdes.¹⁴⁴

Sammanfattningsvis är avsikten med återvinningsreglerna att verka såväl preventivt som reparativt. Det preventiva kan ligga i att en borgenär, som med kännedom om återvinningsinstitutet, avstår från att begära en utbetalning, eftersom den ändå kommer gå åter vid konkurs.¹⁴⁵ Den reparativa funktionen är självklar, eftersom återvinningsreglerna i grunden är ett instrument som ger konkursbeslutet en retroaktiv effekt. Att reglerna finns är alltså av yttersta vikt, även om vardera återvinningsgrund inte åberopas för jämnan inför domstol.¹⁴⁶

¹³⁸ Lennander, s. 23.

¹³⁹ Palmér & Savin, Konkurslagen: En kommentar, 4:1.

¹⁴⁰ Walin, Materiell konkursrätt, s. 126.

¹⁴¹ Prop. 1975:6, s. 132 jämte Lennander, s. 24.

¹⁴² A.prop., s. 132 jämte Heuman, s. 215.

¹⁴³ A.prop., s. 132 jämte Heuman, s. 215.

¹⁴⁴ Palmér & Savin, s. 4:4.

¹⁴⁵ SOU 1983:60 jämte Heuman, s. 215.

¹⁴⁶ Welamson & Mellqvist, s. 26 f.

4.4 Återvinningsreglernas konstruktion

Bakom varje bedömning av rättshandlingar som eventuellt ska angripas med återvinningsinstitutet ligger en intresseavvägning. Ändamålet att hindra såväl gäldenär som borgenär från att vidta otillbörliga rättshandlingar, ska vägas mot intresset av att stimulera hederliga affärer och omsättningen i stort. Därför har återvinningsreglerna tidigare utformats så att ett illojalt syfte krävdes för att bli aktuella.¹⁴⁷ År 1975 infördes den konstruktion som utgör ramen för återvinningsinstitutet även idag. I och med lagändringen infördes åtta regler av objektiv beskaffenhet, samtidigt som möjligheten att återvinna från närstående utökades och återvinningsfristerna utsträcktes.¹⁴⁸ Samtidigt behölls en så kallad allmän otillbörlighetsregel, för att tillgodose den elastiska karaktären ett återvinningsinstitut måste ha för att uppfylla sitt ändamål. Sedan reformen av konkurslagen år 1987, där paragraferna indelas i kapitel, återfinns återvinningsreglerna i fjärde kapitlet.

Själva återvinningsgrunderna är förlagda i 4 kap. 5–13 §§ och är utformade på i stort sätt följande vis. Först anges en återvinningsgrundande rättshandling följt av ett tidsrekvisit, vilket betyder att åtgärden måste ha skett en viss tid före fristdagen. Fristdagen är enligt 4 kap. 2 § KonkL den dag då konkursansökan inkom till domstolen. Såväl tidsfristen samt bevisbördan modifieras vid närståendeförhållanden, varför närståendereglerna är av stor betydelse vid en återvinningstalan. Mer om dem under kapitel 4.5.

Stadgandet av förutsättningar för återvinning inleds med en portalparagraf, 4 kap. 5 § KonkL, vilken även kallas den allmänna otillbörlighetsregeln. Denna regel kräver att moment som insolvens och otillbörlighet inte endast objektivt ska visas, utan även ond tro från medkontrahenten, vilket historiskt sett varit en svår uppgift för konkursboet att visa. Bestämmelsen är en kvarlevnad från återvinningsreglerna före reformen år 1975. En av de fanns nämligen ett krav på att gäldenärens medkontrahent skulle haft särskilt insikt om att hen gynnades framför andra borgenärer, att övriga borgenärer orsakades skada eller att gäldenären befann sig i ekonomiskt trångmål.¹⁴⁹ Detta gjorde återvinningsreglerna restriktiva, vilket i viss mån förfelade själva syftet med deras införande.¹⁵⁰ Lagstiftaren uppmärksammade ineffektiviteten och inrättade därför de objektiva återvinningsgrunderna.

Anledningen till att de objektiva reglerna skapades var att lagstiftaren upptäckte att förutvarande återvinningsregler, som baserades på ond tro, medförde en alltför återhållsam tillämpning. Den onda tron ansågs inte längre kompatibel med det moderna samhället. Det framhölls som naturligt att utgå från att en medkontrahent inte hade någon ingående kännedom om sin motparts ekonomiska ställning, särskilt när betalningsmetoderna i allt större utsträckning anonymiserats.¹⁵¹ Enligt de objektiva reglerna är det tillräckligt att vissa angivna yttre omständigheter är förhanden. Ett förlopp som utpekats är när en extraordinär betalning av

¹⁴⁷ Heuman, s. 216.

¹⁴⁸ Lennander, s. 30.

¹⁴⁹ Den stod först att finna i 34 § i den äldre konkurslagen (1921:225), men flyttades efter reformen 1975 till 30 §.

¹⁵⁰ Prop. 1975:6, s. 131 och 133 jämte Lennander, s. 30.

¹⁵¹ Prop. 1975:6, s. 133 jämte Lennander s. 31.

en skuld, med ett belopp om avsevärt minskat gäldenärens förmögenhet, skett inom tre månader före konkursansökan. Lennander utgår från att dessa objektivt fastställda förhållanden betraktas som typiskt illojala, varför insikt om obestånd och otillbörlighet tas för givet.¹⁵² Walin har dock svårt att förstå hur man kan vara typiskt sett i ond tro. I hans mening avsåg lagberedningen att objektivt ange återvinningsförutsättningar som i för sig är till skada, men även är i linje med omsättningsintresset.¹⁵³ Omsättningsintresset tillgodoses eftersom bestämmelserna underlättar för gäldenärens medkontrahenter att avgöra om en planerad rättshandling kan komma att återvinnas.¹⁵⁴

Som tidigare nämnts är ett av huvudsyftena bakom återvinningsinstitutet att motverka rättshandlingar som vidtas för att kringgå följderna av en eventuell konkurs och därigenom medför att dess funktion förfelas. Det som kringgås är en lagenlig fördelning av gäldenärens egendom. En rättvis fördelning är också den tanke som genomsyrar förfarandet och betyder att alla dispositioner med denna avsikt är illojala. Illojal avsikt medför otillbörlighet, vilket också är ett centralt begrepp vid återvinning. Otillbörligheten avgörs med en jämförelse med hur de ifrågakvarande parterna normalt skulle ha agerat.¹⁵⁵ Denna jämförelse belyses närmare nedan, där återvinning av betalning studeras. Ovanstående grundsats om rättvis fördelning betingar ett krav på orsakad nackdel för övriga borgenärer, för att transaktionen ska gå åter. Trots att detta nackdelsrekvisit emanerar från den innersta kärnan i konkursväsendet, är det oftast outtalat, vilket kan tyckas vara märkligt. Innan förutsättningarna för återvinning av vinstutdelning behandlas, ska därför en redogörelse för nämnda underförstådda rekvisit göras nedan under 4.6. Först ett avstamp i de för återgång centrala bestämmelserna om transaktioner med närstående.

4.5 Närstående

4.5.1 Allmänt

Närståendeskap regleras i 4 kap. 3 § KonkL.¹⁵⁶ Eftersom min analys syftar till att utreda enligt vilka förutsättningar en vinstutdelning från ett aktiebolag kan gå åter, faller paragrafens första stycke om närståendekrets till fysiska personer, det vill säga deras familjerättsliga band, huvudsakligen utanför undersökningens omfattning.

I juridiska personer som aktiebolag företas flertalet av de illojala rättshandlingarna före konkursutbrottet mellan bolaget och dess närstående. Det är inte ovanligt att förloppet blir smått absurt, eftersom en majoritetsägare i ett aktiebolag, här närmast rätthandlar med sig själv. Juridiskt sett föreligger två rättssubjekt, men i realiteten har en fysisk person, med hjälp av sitt inflytande över bolaget, handlat med avsikt att gynna sig själv. Frestelsen att utnyttja detta inflytande har ansetts som uppenbar, varför lagstiftaren strävat efter att utöka möjligheten till återvinning mot närstående. Genom manipulationer har även annan med bestämmande i

¹⁵² Lennander, s. 32.

¹⁵³ Walin, s. 126 och 139.

¹⁵⁴ Heuman, s. 216.

¹⁵⁵ Lennander, s. 35.

¹⁵⁶ Se bilaga.

företaget eller deras närstående gynnas när den ekonomiska krisen nalkas. Det ansågs därför angeläget att väsentligt utvidga närståendeskapets spektrum, där det naturligtvis inte fick utsträckas till den grad att reguljära affärsförbindelser träffas.¹⁵⁷

Bedömningen om närståendeskap synes ska företas oberoende av liknande reglering i exempelvis aktiebolags-, skatte- samt förmånsrättsliga regler. Inget av de närståendebegrepp som förekommer i ovannämnda sammanhang ansågs av departementschefen, vid reformationen av närståendereglererna, som lämpliga att direkt överföra till återvinningsinstitutet.¹⁵⁸ Den avgörande tidpunkten för bedömningen om närståendeskap är den då rättshandlingen företas.¹⁵⁹ Har transaktionen skett i etapper torde det vara tillräckligt att medkontrahenten var närstående vid *någon* av dessa tidpunkter. Närståendeskap föreligger således om en gåva utlovas i början på året och sedan fullbordas i slutet på året, även om närståendeförhållandet häremellan utsläcks. Detsamma gäller om gåvotagaren tvärtom var närstående till gåvogivaren vid fullbordandet men ej vid utfästelsen.¹⁶⁰

4.5.2 Väsentlig gemenskap

En väsentlig gemenskap inbegriper alla tänkbara kopplingar mellan företag, exempelvis mellan moderbolag och dotterbolag samt mellan dotterbolag med samma moder. Detta närståendeskap tar sikte på personer med väsentligen gemensamma ekonomiska intressen, varför man torde kunna säga att den närstående ska ha haft del i gäldenärens ekonomiska vinst eller förlust. Den ekonomiska gemenskapen ska vara så stor att man generellt och objektivt sett kan befara att parterna kan frestas att företa otillbörliga transaktioner till förmån för någon av dem.¹⁶¹

Då gemenskapen grundas på *andelsrätt* åsyftas främst aktieinnehav, där det dock inte krävs att personen är majoritetsägare. Andelen ska vara väsentlig, varför 30 % torde vara riktmärket. Även lägre aktieinnehav kan godtas om aktierna är starkt spridda och aktieägaren allmänt får anses ha påtagliga möjligheter att driva igenom sin vilja på bolagsstämman.¹⁶²

Svårare blir att pröva om väsentlig gemenskap baserad på *därmed jämförligt ekonomiskt intresse* existerar. I förarbetena exemplifieras med så kallad partiarkisk försträckning, tyst bolag och med att en gäldenär åtnjuter förmån av en familjestiftelse. En kreditgivare ska inte redan i den egenskapen anses ha ett med andelsrätt jämförligt intresse. Den som i realiteten inte är ordinär kreditgivare utan kan jämföras till exempel med kommanditdelägare i kommanditbolag bör dock enligt förarbetena räknas som närstående, såvida det rör sig om väsentlig ekonomisk gemenskap.¹⁶³ Ordet partiarkisk försträckning är knappast frekvent förekommande i dagens språkbruk, varför det kan vara av intresse att utröna vad

¹⁵⁷ U X, s. 130 och prop. 1975:6, s. 96 f., 139.

¹⁵⁸ Prop. 1975:6, s. 140.

¹⁵⁹ U X, s. 137 f. och prop. 1975:6, s. 200.

¹⁶⁰ Walin, s. 148.

¹⁶¹ Lennander, s. 86.

¹⁶² Prop. 1975:6, s. 199, jämte NJA 1983 s. 713 I och II. Se även Lennander, s. 86

¹⁶³ Prop. 1975:6, s. 199.

lagberedningen syftade på i sin utredning år 1970. Enligt Palmér & Savin betyder det att vederlaget är bestämt till andel i vinst.¹⁶⁴ Det synes ligga i linje med begreppet ”partiariskt avtal”, vilket betyder: ”*avtal där vederlaget för arbete eller annan prestation är bestämt till andel i vinst*”.¹⁶⁵ De moderna versionerna av partiarisk försträckning torde enligt min uppfattning vara vinstandelslån och kapitalandelslån,¹⁶⁶ vilka regleras i 11 kap. 11 § ABL.

Praxis är tämligen sparsmakad vad gäller tillämpningen av ”därmed jämförligt intresse”. En kort resumé av RH 1984:30 kan belysa problematiken. I det aktuella fallet tillsköt tre anställda sammanlagt 150 000 kr till betalning av ett aktiebolags skulder. Förutsättningen var enligt avtalet att de skulle äga rätt att förvärva 80 procent av aktierna i bolaget. Hovrätten ansåg dock att de anställda genom lånet, som inte kan anses likställt med försträckning i vanlig mening, har fått ett med andelsrätt jämförligt ekonomiskt intresse i bolaget. Den ekonomiska gemenskap som därigenom uppstått mellan de anställda och bolaget måste bedömas vara så väsentlig att hen får anses som närstående enligt konkurslagen.

I andra punkten i stycke två finns en komplettering till gemenskapsbestämmelsen. En person är närstående även om den först tillsammans med dennes närstående har väsentlig gemenskap. Regeln kompletteras sålunda av att ett tillräckligt aktieinnehav för närståendeskap exempelvis finns då två syskons sammanlagda aktiepost är på 50 %. Närståendebedömningen får i dessa fall ske i två led, där bådas närståendeskap till varandra får prövas var för sig.¹⁶⁷ Av denna anledning kan man inte bortse från eventuella familjerättsliga band, eftersom en bedömning enligt första stycket kan aktualiseras indirekt. Som närstående anses enligt 4 kap. 3 § 1 st. KonkL den som är gift, syskon, släkting eller besvägrad i ett rakt upp- eller nedstigande led. Släktskap i konkurslagens mening kan även skapas genom adoption. Andra personer som står gäldenären särskilt nära såsom sambo, fosterbarn, förutvarande make samt vid svågerlag, omfattas av regeln.¹⁶⁸

4.5.3 Ledande ställning

Personer som leder verksamheten ingår i närståendekretsen till ett aktiebolag. Verkställande direktören är den mest självklara medlemmen, eftersom denne enligt 8 kap. 29 § ABL sköter den löpande förvaltningen. Av samma anledning kan även en avdelningschef komma ifråga, om ställningen är så självständig att yrket är närmast likställt en verkställande chef i ett dotterbolag. Vidare kan enligt lagstiftaren en så kallad arbetande styrelseledamot inkluderas. Med hänsyn till affärslivets möjlighet att locka till sig goda företagsledare även vid ekonomiska bekymmer, krävs dock ett bestämmande inflytande. Kort och gott ska endast de personer med den allra bästa översikten över verksamheten omfattas. Befattningshavare med

¹⁶⁴ Palmér & Savin, s. 4:27.

¹⁶⁵ Citat hämtat från Bergström, Andersson, Håstad, Lindblom, Juridikens termer, s. 138.

¹⁶⁶ Ett vinstandelslån är ett lån där *räntan* är helt eller delvis beroende av utdelningen till aktieägare i bolaget eller bolagets vinst. Vid kapitalandelslån är det istället det kapitalbelopp som ska återbetalas som är beroende av bolagets framtida finansiella ställning. Genom kopplingen till bolagets resultat eller finansiella ställning och dess påverkan på aktieägarnas möjlighet till vinst, blir vinstandelslån och kapitalandelslån mer ingripande än andra typer av lån. Se prop. 2004/05:85, s. 222 och 367 f.

¹⁶⁷ U X, s. 138 och prop. 1975:6, s. 200.

¹⁶⁸ Prop. 1975:6, s. 199 jämte Walin, s. 146.

mindre inflytelserik ställning som arbetsledare ska alltså uteslutas här.¹⁶⁹ Renman antar vidare att denna grund för närståendeskap tar sikte på personer som genom sin formella ställning har ett bestämmande inflytande. Av denna anledning förmodas att så kallade de facto företrädare inte omfattas av tredje punkten.¹⁷⁰

Som närstående till en juridisk person räknas slutligen den som i sin tur är närstående till den som enligt punkterna 1-3 är närstående, 4 kap. 3 § 2 st. 2 punkten KonkL. Det ska tilläggas att närståendestadgandet fungerar reciprokt, exempelvis är ett aktiebolag närstående till en aktieägars konkurs, precis lika mycket som vid motsatt förhållande.¹⁷¹

4.6 Nackdelsrekvisitet

Nackdelsrekvisitet ersätter det enligt äldre rätt tillämpade skaderekvisitet och anses av lagstiftaren som väsentligt.¹⁷² Att tillämpa nackdelsrekvisitet kan tyckas vara en simpel matematik, men kräver i vissa fall en grundlig analys, vilket ska visas.

Nackdelsrekvisitet är inte helt frånvarande från lagtexten, då de typer av rättshandlingar som kan vara till nackdel för borgenärerna illustreras i 4 kap. 5 § KonkL.¹⁷³ Den allmänna otillbörlighetsregeln påbjuder att viss borgenär har gynnats framför andra, att gäldenärens egendom har undandragits borgenärerna eller att dennes skulder har ökat. Den ovan stadgade lokutionen uttömmar inte förutsättningarna för nackdel, utan det har av lagstiftaren överlämnats till rättstillämpningen att avgöra när nackdel uppstått.

Återvinningsinstitutet stipulerar två versioner av nackdelskravet. I den ovannämnda regeln räcker det att indirekt nackdel åstadkommits, medan det i de objektiva reglerna krävs direkt nackdel.¹⁷⁴ *Indirekt nackdel* har vållats då rättshandlingen, i förening med andra omständigheter eller senare utveckling, kan konstateras ha lett till en minskad skiftesbelopp för en borgenär. Indirekt nackdel kan alltså vara konsekvensen av flera händelser i ett tidsmässigt utdraget förlopp och det räcker att nackdelen har uppstått före tvisten prövas i domstol.¹⁷⁵ Huruvida nackdelen måste ha manifesterats genom en fastställd skada är oklart. HD har vid flera tillfällen funnit att tillräcklig nackdel åstadkommits redan vid ökad förlustrisk.¹⁷⁶

Beträffande de objektivt bestämda återvinningsreglerna förutsätts att handlingen direkt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning.¹⁷⁷ *Direkt nackdel* ska därmed uppstå omedelbart och kan inte, till skillnad från den indirekta nackdelen, läkas genom senare handlingar.¹⁷⁸ Direkt

¹⁶⁹ Prop. 1975:6, s. 97, 140, 199 f.

¹⁷⁰ Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, s. 65.

¹⁷¹ U X, s. 138 och prop. 1975:76, s. 200.

¹⁷² U X, s. 132 och p rop. 1975:6, s. 99 f.

¹⁷³ Lennander, s. 151.

¹⁷⁴ Prop. 1975:6, s. 99.

¹⁷⁵ Lennander, s. 152.

¹⁷⁶ Se exv. NJA 1983 s. 737 och 1987 s. 320.

¹⁷⁷ Prop. 1975:6, s. 142.

¹⁷⁸ Renman, s. 69.

nackdel kan alltså konstateras när en transaktion skulle ha försämrat utdelningen för någon, om gäldenären omedelbart därefter försattes i konkurs.¹⁷⁹ Enligt Renman kan man göra ett så kallat hypotetiskt prov, där man jämför det faktiska händelseförloppet med en hypotetisk konkurs omedelbart före den aktuella transaktionen.¹⁸⁰ Rekvisitet är uppfyllt trots att rättshandlingen endast påverkar utdelningen till en borgenär, medan andra borgenärer med bättre prioritet lämnas oberörda. Bedömningen sker efter förhållandena vid den tidpunkt då rättshandlingen företogs.¹⁸¹

Gäldenärens sammantagna ekonomiska ställning behöver inte ha förändrats för att frambringa nackdel. Det blir därmed viktigt att beakta förmånsrättsordningen i konkursen. Att en förmånsberättigad borgenär gynnas kan nämligen vara till nackdel för andra borgenärer med högre prioritet, på så sätt att den förutsatt gällande förmånsrättsordningen har rubbats.¹⁸² Rubbningen betyder nämligen att olika borgenärs inbördes rätt till gäldenärens tillgångar förskjuts.¹⁸³ Det är tillräckligt att en förmånsrätt likställd den gynnade borgenären äventyras.¹⁸⁴ I äldre rättskällor kallas detta att en förmånsrättsinnehavare "rycker upp".¹⁸⁵ En betalning av en skuld med betryggande och oangriplig pant i gäldenärens egendom har i flera förarbeten framförts som exempel där borgenären inte gynnas. Omständigheten att en oprioriterad borgenär får betalt för sin fordran med medel som annars skulle tillgodogjorts borgenärskollektivet i stort, är naturligtvis ett klart fall av gynnande. Det är likgiltigt att skuldposten minskat i samklang med betalningen, eftersom den gottskrivne borgenären enligt gällande ordning inte skulle fått fullt betalt.¹⁸⁶

Ett *undandragande* av egendom, exempelvis att gäldenären ger bort en värdefull tavla till någon utanför borgenärskretsen, framkallar nackdel.¹⁸⁷ Om gäldenären fått marknadsmässig ersättning för sin prestation, eller mer, har nackdel aldrig uppkommit. Värdet på tillgångarna i konkursboet är ju oförändrat, samtidigt som förmånsrättsordningen inte rubbats.¹⁸⁸ Till undandragande hör även då egendomen gjorts mer eller mindre åtkomlig för borgenärerna, exempelvis trading av likvida pengar mot ett skuldebrev med oförmånliga villkor.¹⁸⁹

Det självständiga faktum att gäldenärens *skulder ökats*, torde som utgångspunkt inte vara tillräckligt för att orsaka nackdel. Ett ömsesidigt förpliktande avtal, såsom kreditavtal, är inte till nackdel, om det från kreditgivaren mottagna beloppet motsvarar fordringen på gäldenären. Häremot får föras det förhållande att kreditgivarens motprestation på något sätt understiger gäldenärens, exempelvis genom ett i realiteten lägre belopp eller synnerligen hög ränta. Andra

¹⁷⁹ Lennander, s. 99.

¹⁸⁰ Renman, s. 70.

¹⁸¹ Prop. 1975:6, s. 100 samt Welamson & Mellqvist, s. 102.

¹⁸² Jfr Prop. 1975:6, s. 100, där det dock ska beaktas att förmånsrättsordningen numera ser annorlunda ut.

¹⁸³ Welamson & Mellqvist, s. 102.

¹⁸⁴ Palmér & Savin, s. 4:11.

¹⁸⁵ Se exv. U X, s. 132.

¹⁸⁶ Prop. 1975:6, s. 99 jämte Lennander, s. 103 f.

¹⁸⁷ Lennander, s. 104.

¹⁸⁸ Welamson & Mellqvist, s. 103.

¹⁸⁹ Lennander, s. 105.

klara fall av ytterligheter som förorsakar nackdel är borgensåtaganden och övertagande av lån från tredje man.¹⁹⁰

Sammanfattningsvis är nackdelsrekvisitet logiskt, eftersom det knappast kan anses meningsfullt att återvinna rättshandlingar som inte medfört minskad utdelning.¹⁹¹ Att det ankommer på återvinningsökanden att åberopa och styrka omständigheter som konstituerar nackdel, får ses som en logisk följd av detta.¹⁹²

Efter att ha beskrivit såväl konkurs- som återvinningsinstitutet och andra generella förutsättningar för återvinning, stundar nu en genomgång av relevanta särskilda återvinningsgrunder. Kartläggningen kommer inte vara uttömmande, utan syftet är bereda väg för analysavsnittet där möjligheten att återvinna en vinstutdelning ska utredas.

4.7 Allmänna otillbörlighetsregeln

4.7.1 Allmänt om regeln

Regeln är inte subsidiär till de objektiva förutsättningarna för återvinning och är således tillämplig även om exempelvis en betalning av en skuld skett.¹⁹³ Regelns generella beskaffenhet är avsett att komplettera de objektiva reglerna vid fall av culpöst orsakad otillbörlighet och insolvens.¹⁹⁴

Det första stycket är omfattande och innehåller en rad rekvisit, varför rekvisiten av pedagogiska skäl kommer bearbetas för sig under egna rubriker. Det andra och tredje stycket tas upp i var sitt kapitel.¹⁹⁵

4.7.2 Rättshandling

Begreppet rättshandling har en vid innebörd, där alla rättshandlingar som är otillbörliga kan återvinnas, oavsett om gäldenären själv eller annan vidtagit rättshandlingen.¹⁹⁶ Ett exempel på när annan rättshandlat är en borgenärs kvittningsförklaring.¹⁹⁷ Lagrummet omfattar bland annat avtal, gåvor, bodelningar, betalningar, leveranser av varor, pantsättningar, reklamations- och preskriptionsavbrott, arbetsprestationer, processhandlingar och eventuellt hävningsförklaringar.¹⁹⁸ Rekvisitets räckvidd gör att den även träffar förfaranden som närmast får karakteriseras som passivitet.¹⁹⁹ Huruvida ren passivitet eller underlåtenhet kan gå åter är

¹⁹⁰ Prop. 1975:6, s. 99 jämte Lennander, s. 105 f.

¹⁹¹ Heuman, s. 216 f.

¹⁹² Palmér & Savin, s. 4:16 samt Lennander, s. 91 och 108.

¹⁹³ U X, s. 160 och Prop. 1975:6, s. 209 jämte Lennander, s. 138.

¹⁹⁴ Prop. 1986/87:90, s. 118.

¹⁹⁵ Se bilaga.

¹⁹⁶ U X, s. 160 samt prop. 1975:6, s. 205.

¹⁹⁷ NJA 1998 s. 487 och RH 1988:105.

¹⁹⁸ Renman, s. 126 f.

¹⁹⁹ Prop. 1986/87:90, s. 215.

emellertid en öppen fråga och det har ansetts kunna bli aktuellt med analogisk tillämpning i särskilda fall.²⁰⁰

4.7.3 Otillbörlighet

För återvinning enligt förevarande paragraf krävs, utöver att någon av ovannämnda förutsättningar är förhanden, att rättshandlingen ska framstå som otillbörlig. Bedömningen ska avse de förhållanden som rådde när rättshandlingen företogs.²⁰¹ En otillbörlighetsprövning är å ena sidan endast aktuell om övriga förutsättningar enligt paragrafen är förhanden. Å andra sidan kan rekvisitets principiella och praktiska funktion skilja de hederliga rättshandlingarna från de illojala och sålunda utgöra återvinningsinstitutets första filter.²⁰² Att otillbörlighet i denna undersökning behandlas framför andra och mer direkt avgörande rekvisit, beror på paragrafens uppbyggnad.

Omständigheterna ska på ett otillbörligt vis ha medfört antingen att en viss borgenär har gynnats framför andra, att gäldenärens egendom har undandragits borgenärerna eller att hans skulder har ökat. Gynnandet kan exempelvis bestå i att gäldenären betalar en oprioriterad skuld, vilket medför att någon annan borgenär får minskad utdelning i konkursen. Ett undandragande sker till exempel när gäldenären med illojalt syfte realiserar egendom i syfte att själv tillgodogöra sig likviden. Ett klassiskt exempel är att gäldenären flyr ur landet med köpeskillingen. Att skulderna ökar betyder att gäldenären ådrar sig en skuld utan att en prestation till motsvarande värde erhålls.

Ordet "otillbörlig" har en särskild konkursrättsliga betydelse, där fokus inte ligger på huruvida en handling är brottslig eller moraliskt förkastlig. Det är således mindre behjälpligt att söka tolkningsdata i andra lagrum innehållandes vederbörande rekvisit.²⁰³ Åtgärden ska istället bedömas utifrån ändamålen med konkurs- samt återvinningsinstitutet, det vill säga att stävja och avvärja rättshandlingar som företas i illojalt syfte. Illojaliteten ligger i att kringgå de avsedda följderna med en eventuell konkurs. Eftersom förevarande lagrum är återvinningsinstitutets huvudregel, utgör otillbörlighetsrekvisitet nyckeln till återvinningsreglernas funktion, varför otillbörligheten kan bedömas efter samma riktlinjer som illojaliteten. Med andra ord utgör otillbörlighet ett förkroppsligande av konkursinstitutets grundläggande princip om likabehandling.²⁰⁴

Enligt Lennander kan en otillbörlig transaktion således beskrivas som en transaktion, där för det första de övriga rekvisiten i förevarande paragraf är uppfyllda, för det andra något av rekvisiten är påfallande starkt uppfyllt och för det tredje inga särskilda omständigheter talar emot att transaktionen bedöms som otillbörlig. Otillbörligheten bedöms efter en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter, vilket ska visa transaktionens

²⁰⁰ U X, s. 160 och prop. 1975:6, s. 205 jämte Walin, s. 130.

²⁰¹ Prop. 1975:6, s. 208.

²⁰² Welamson & Mellqvist, s. 112 jämte Lennander, s. 165.

²⁰³ Möjligen fränsett 11 kap. 4 § BrB.

²⁰⁴ Renman, s. 128 jämte Lennander, s. 163.

osedvanliga beskaffenhet.²⁰⁵ Några exempel på omständigheter som kan beaktas är *dels* om betalning gjorts med extraordinära betalningsmedel,²⁰⁶ *dels* om betalning skett till endast en borgenär med stor fordran och *dels* om betalningen föregåtts av hot från borgenären.²⁰⁷ Även om fokus inte ligger på brottslighet eller etik, kan likväl sådana faktorer tala för otillbörlighet.²⁰⁸ Ett exempel på när den samlade bedömningen måste vara ytterst välavvägd, är då en förmånsberättigad borgenär strax innan konkursutbrottet mottagit ett betydande belopp.²⁰⁹

Det ska vidare tilläggas att en betalning, vilken inom ramen för 4 kap. 10 § KonkL får ses som ordinär, likväl kan vara otillbörlig.²¹⁰ Rekviritet "ordinär" kopplas nämligen till det tidigare genomgångna illojala syftet, varför en transaktion kan vara otillbörlig även om den inte avvek från parternas normala och naturliga handlingsmönster. Mer om undantaget för ordinarie betalningar följer nedan under kapitel 4.9.

Enligt förarbeten torde en utbetalning av ett betydande belopp som gjorts till oprioriterad borgenär kort före konkursutbrottet vara otillbörlig, även om den i övrigt bedömts som ordinär.²¹¹ Uttalandet har fått stor genomslagskraft i rättspraxis, där avgörande för om beloppet är "betydande" är beloppets storlek i sig.²¹² Bedömningens komplexitet gör det svårt att utläsa en klar tumregel från rättspraxis, där insolvens- och ondtrosgraden varierat. Renman föreslår dock att det i dagens penningvärde torde erfordras ett högre belopp än 100 000 kr, såvida inte insolvens- eller ondtrosrekvisitet är påfallande starkt uppfyllt. Är något av de andra rekvisiten påfallande starkt uppfyllt, kan även ett belopp under 100 000 kr medföra otillbörlighet.²¹³ Omvänt talar ett särdeles lågt belopp emot otillbörlighet.²¹⁴

4.7.4 Nackdel

Till skillnad från övriga återvinningsgrunder står i aktuellt lagrum den nackdel som ska visas att finna i ordalydelsen. Eftersom nackdelsrekvisitet i vederbörande bestämmelse är så tätt anknutet till otillbörligheten, har det belysts ovan under kapitel 4.7.3.

4.7.5 Kausalitet

Det är tillräckligt att ovanstående handlingar indirekt (medelbart) orsakat nackdelen. Det medelbara framgår av lokutionen "ensamt eller i förening med annan omständighet, blev insolvent".²¹⁵ Lagberedning har exemplifierat med det fall då en gäldenär avyttrar all egendom,

²⁰⁵ Lennander, s. 165. Jfr s. 168 f., som anger NJA 1985 s. 29 som en provkarta för omständigheter som gör en transaktion otillbörlig.

²⁰⁶ Genomgång av detta rekvisit följer nedan under kapitel 4.9.3.

²⁰⁷ Prop. 1975:6, s. 135 jämte Lennander, s. 175 ff.

²⁰⁸ U X, s. 160, Prop. 1975:6, s. 204 jämte Renman, s. 129 f.

²⁰⁹ NJA 1990 s. 562.

²¹⁰ NJA 1998 s. 487.

²¹¹ Prop. 1975:6, s. 208.

²¹² Exempelvis NJA 1978 s. 194, 1981, s. 562, 1990 s. 562 m.fl.

²¹³ Renman, s. 131.

²¹⁴ Lennander, s. 173.

²¹⁵ Prop. 1986/87:90, s. 215.

emigrerar utomlands och där ”gömmar” sin förmögenhet för borgenärerna. Galdenären blir därmed på obestånd. Ett annat exempel är att en galdenär, innan hen ger sig in på vågade spekulationer, ger bort sin egendom för att undandra den från sina borgenärer och därefter blir insolvent. Vid en sådan situation kan, om kausalsammanhang finns mellan handlingarna, det hela anses höra så nära samman att det bör ses som en enhet. Nackdelen kan därav inträda vid en avsevärt senare tidpunkt än rättshandlingen, under förutsättning att det med facit i hand finns ett orsakssamband häremellan.²¹⁶ Enkelt uttryckt orsakas indirekt nackdel av dispositioner företagna av galdenären i planeringssyfte inför kommande ekonomiska svårigheter.²¹⁷ Detta blir tydligare när insolvensrekvisitet nu ska klarläggas.

4.7.6 Insolvens

Galdenären ska ha varit insolvent då rättshandlingen företogs eller blivit det på grund av den. Insolvensbedömningen ska enligt 1 kap. 2 § 2 st. KonkL sätta ifråga huruvida galdenären, trots utnyttjandet av alla tänkbara resurser, måste antas bli oförmögen att betala sina skulder allteftersom de förfaller till betalning.²¹⁸ Fastställandet sker genom en helhetsbedömning av galdenärens ekonomiska situation, och har formen av en prognos. Inte endast relationen mellan skulder och tillgångar beaktas, utan även galdenärens framtida förvärvsförmåga samt möjlighet till kredit.²¹⁹

Prognosen inriktar sig på galdenärens varaktiga betalningsförmåga, det vill säga förmågan att betala skulder oavsett om de förfallit eller kommer göra det. Det räcker att prognosen visar att det finns mycket stor sannolikhet för att varaktig betalningsförmåga ska uppkomma i framtiden, för att galdenären ska anses insolvent redan vid utgångspunkten för prognosen.²²⁰

Då personers betalningsproblem diskuteras, förekommer även begrepp som insufficiens och illikviditet. *Insufficiens* innebära att skulderna överstiger värdet av de utmättningsbara tillgångarna. *Illikviditet* betyder att galdenären saknar omedelbar tillgång till pengar eller andra lättrealiserade tillgångar,²²¹ som svarar mot dennes åtaganden. På grund av insolvensbedömningens mer framåtblickande karaktär, är dessa begrepp inte av avgörande betydelse, men har naturligtvis en viktig roll.²²² En person kan vara såväl illikvid som insufficient, utan att för den skull vara insolvent. Illikviditeten kan lösas genom att en större tillgång avyttras och insufficiensen kan botas av att en större förvärvsvinst är att vänta inom kort. På samma sätt kan insolvens föreligga, trots att galdenären för tillfället är sufficient, till exempel om ett stort skadestånd med stor sannolikhet kommer att utdömas inom en snar framtid.²²³

²¹⁶ U X, s. 161 och prop. 1975:6 s. 205.

²¹⁷ Lennander, s. 153,

²¹⁸ NJA 2012 s. 391 samt Lennander, s. 134.

²¹⁹ Prop. 1986/87:90, s. 132.

²²⁰ Renman, s. 135.

²²¹ D.v.s. likvida medel.

²²² Prop. 1986/87:90, s. 132 samt Renman, s. 135.

²²³ Prop. 1975:6, s. 71.

Ett exempel på hur den framtida likviditeten påverkar den samlade bedömningen, är när ett bolag har höga personal- och lokalkostnader som inte kan reduceras i samma takt som intäkterna sjunker.²²⁴ Säsongsbetonade förändringar bör beaktas, men någon längre betalningsoförmåga ska inte accepteras.²²⁵ Som en tumregel får insolvens antas föreligga när betalningsoförmågan bedöms ha längre varaktighet än sex månader.²²⁶

Den insolvens som rättshandlingen bidragit till måste vara den som orsakat gäldenärens konkurs. Om gäldenärens ekonomiska situation ordnas upp tillfälligt, för att sedermera hamna i ytterligare en kris, torde insolvensrekvisitet inte vara uppfyllt såvitt avser transaktioner som företagits under eller i anslutning till den första krisperioden. En "ny" insolvens bör dock inte uppstått om ett bolag på obestånd påbörjat en företagsrekonstruktion som sedermera misslyckas och leder till konkurs.²²⁷

Att gäldenären påstår att det fanns en villig kreditgivare bör inte ges bärighet såvida inte viljan manifesterats genom att en för ekonomin vitaliserande försträckning eller aktieägartillskott har lämnats. Det faktum att en beviljad checkräkningskredit existerar ska inte heller tillmätas betydelse, om det finns en dokumenterad ovilja hos gäldenären att utnyttja den. Detta är nämligen inte ovanligt ifall checkkrediten är kopplad till ett personligt borgensåtagande.²²⁸

4.7.7 Ond tro

En återgång förutsätter att medkontrahenten känt till eller bort känna till insolvensen och de omständigheter som gjorde förfarandet otillbörligt. Regeln innehåller alltså så kallade subjektiva rekvisit, som sedan 1975 vidgats till att fånga in även culpösa handlanden. Det krävs inte att gäldenären är i ond tro, utan även om borgenären närmast vilselett gäldenären eller agerat på deras okunskap, kan dispositionen gå åter.²²⁹ Samtliga objektiva rekvisit ska täckas av den onda tron, varför en bevisning härom måste avse hela händelseförloppet och dess påverkan på gäldenärens ekonomi.²³⁰

Vid ovannämnd indirekt insolvens krävs att medkontrahenten var i ond tro om gäldenärens avsikter för framtiden och dess betydelse beträffande insolvensen. Det fordras dock inte att medkontrahenten själv bedömt rättshandlingen som otillbörlig.²³¹ Lennander har framfört att borgenären torde kunna åläggas en undersökningsplikt, om det föreligger omständigheter som är ägnade att väcka dennes misstanke. Följaktligen bör borgenären reagera, eller åtminstone påkalla närmare undersökning, om transaktionens art, villkor, upplysningar eller andra yttre

²²⁴ SOU 1983:60, s. 87.

²²⁵ Prop. 1975:6, s. 72

²²⁶ Renman, s. 142.

²²⁷ U X, s. 134 jämte Lennander, s. 154 samt Renman, s. 142.

²²⁸ Renman, s. 141 f.

²²⁹ U X, s. 161 f och s. prop. 1975:6, s. 207 f.

²³⁰ Lennander, s. 160.

²³¹ U X, s. 162 samt prop. 1975:6, s. 205 f.

förhållanden kan anses som ägnat att framkalla misstanke.²³² Ondtrosbedömningen avgörs efter de förhållanden som rådde då rättshandlingen vidtogs.²³³

En intressant fråga är när en juridisk person är i ond tro om ett skeende. Att andra organ inom organisationen haft kännedom om ett förhållande behöver inte försätta den juridiska personen i ond tro, såvida inte det för transaktionen väsentliga organet borde haft samma insikt.²³⁴ Enligt Stattin är det klart att ett aktiebolag som utgångspunkt ska tillräknas vetskap, så snart en bolagsföreträdare eller uppdragstagare fått kännedom om ett sakförhållande inom hennes uppdrag. Andra faktorer som möjlighet att föra kunskapen vidare samt huruvida insikt om att kunskapen skulle föras vidare, ska även rymmas inom bedömningen.²³⁵

Att bevisbördan tidigare var lagd på återvinningsökandens axlar medförde i praktiken att lagrummet sällan åberopades. Detta ansågs av lagstiftaren som olyckligt, särskilt vad gäller typiskt illojala situationer. Detta åtgärdades vid införandet av senaste konkurslagen, genom omvänd bevisbörda för närstående.²³⁶

4.7.8 Omvänd bevisbörda

Om återvinningskäranden kan visa att gäldenärens medkontrahent är närstående till gäldenären, vänds bevisbördan om vad gäller de subjektiva rekvisiten. Återvinningsökanden behöver således inte visa att den närstående medkontrahenten var i ond tro i fråga om gäldenärens insolvens och de förhållanden som gjorde rättshandlingen otillbörlig. I denna situation presumeras nämligen ond tro, och det är upp till den närstående att *göra sannolikt* att hen inte hade sådan kännedom.

Sannolikheten får bedömas i varje enskilt fall, där åtgärdens art, syfte och vilken relation den närstående har till gäldenären ska beaktas. Den närståendes faktiska möjligheter att visa sannolika skäl för sin goda tro ska dock övervägas.²³⁷

Enligt lagmotiven bör man kunna utgå från att närstående har sådan inblick i gäldenären verksamhet att hen åtminstone bör känna till gäldenärens insolvens och de förhållanden som gör handlingen otillbörlig.²³⁸ Sammanfattningsvis innebär stadgandet att återvinningsökanden inte behöver visa ond tro i situationer där denna i regel existerar, samtidigt som svaranden ges reell möjlighet till att motbevisa när så inte är fallet.

4.7.9 Återvinningsfrist

²³² Lennander, s. 159 ff., där hon hänvisar till NJA 1981 s. 534.

²³³ Lennander, s. 156.

²³⁴ NJA 1974 s. 378.

²³⁵ Stattin, Tillräknande av vetskap i aktiebolags- och aktiemarknadsrätten, SvJT 2012, s. 34. Här finns inte utrymme att vidareutveckla denna komplexa fråga. Vid intresse bidrar Stattins artikel med en genomgång av olika rådande uppfattningar.

²³⁶ Prop. 1986/87:90, s. 130 samt SOU 1983:60, s. 11, 53 f., 58 f., 117.

²³⁷ Prop. 1986/87:90, s. 216.

²³⁸ Prop. 1986/87:90, s. 130 f. jämte Lennander, s. 155.

Den otillbörliga rättshandlingen kan återvinnas inom fem år från att den vidtagits, såvida inte medkontrahenten ska anses som närstående då tidsbegränsning inte finns. Återvinning av fordringsanspråk preskriberas i enlighet med 2 § preskriptionslagen²³⁹ tio år efter *rättshandlingen företagits*, såvida inte preskriptionen bryts.²⁴⁰ Angrips individuellt bestämd egendom (sakrättsanspråk) finns ingen preskriptionstid.²⁴¹

4.8 Återvinning av gåva

4.8.1 Allmänt

En gåva som företas kort före konkurs, är typfallet av en illojal rättshandling som är till nackdel till gäldenärens borgenärer. Det har nämligen ansetts att frestelsen att gynna sig själv eller närstående är stor för en person på randen till ekonomisk kollaps.²⁴² Såvida inte gåvan kan ses som "sedvanlig" förutsätts som synes ovan ett illojalt motiv varför ond tro hos mottagaren ej behöver visas.²⁴³

4.8.2 Gåvorekvisitet

För att en gåva ska anses föreligga krävs enligt det allmänna civilrättsliga gåvobegreppet: 1) förmögenhetsöverföring, 2) frivillighet samt 3) gåvoavsikt.²⁴⁴ I återvinningssituationer ska dock bedömning av gåvoavsikt ske efter mer objektiva grunder och utslagsgivande är huruvida rättshandlingen av yttre faktorer synes företagen med sådan avsikt.²⁴⁵ Inte endast handlingar betecknade som gåva omfattas av regeln, utan alla benefika rättshandlingar.²⁴⁶ Avsikt att skänka behöver således inte ha existerat de facto, utan det kan vara tillräckligt att givaren insett att ingen motprestation skulle ske.²⁴⁷ Om rättshandlingen av de yttre omständigheterna ter sig som en gåva, kan det motivera att gäldenären klargör motiven till sitt handlande. Det kan även finnas bakomliggande affärsmässiga intressen som måste beaktas vid prövningen. Bengtsson har dock uttalat att han inte förstår varför bakomliggande kommersiella motiv ska spela någon avgörande roll. Enligt honom är det, trots att det står klart för alla parter att egendomen presterades för att främja givarens affärsrörelse, inte givet att denna omständighet alltid bör minska borgenärernas rätt till i en tvist med medkontrahenten. Särskilt då det handlar om betydande belopp och där syftet är att

²³⁹ Preskriptionslag (1981:130).

²⁴⁰ U X, s. 162 och prop. 1975:6, s. 210. Se också NJA 2011 s. 755.

²⁴¹ RH 2006:9.

²⁴² Gäldenären kan gynna sig själv direkt genom skengåvor eller indirekt genom gåvor till personer som kan vara till hjälp i framtiden. Se Lennander, s. 185.

²⁴³ Lennander, s. 185 f.

²⁴⁴ Renman, s. 146. Renman använder ordet synonymt med "givmildhet".

²⁴⁵ NJA 2007 N 34.

²⁴⁶ Walin, s. 163.

²⁴⁷ Bengtsson, SvJT 1962, s. 694.

undanhålla borgenärerna egendom.²⁴⁸ Den avgörande tidpunkten för gåvoavsikten torde enligt Lennander vara när givaren blir bunden gentemot gåvotagaren.²⁴⁹

4.8.3 Tidsrekvisitet

Som synes i paragrafens första stycke går en gåva åter om den fullbordats senare än sex månader före konkursansökan. För gåva inom sex månader före konkursansökan krävs inte att gäldenären därigenom blev insolvent. När en gåva fullbordades ska bedömas enligt allmänna principer. Det relevanta här är då gåvan blivit verksam mot gäldenärens borgenärer och inte när gäldenären blivit bunden mot gåvotagaren.²⁵⁰

Gåvan kan gå åter även om den fullbordats senare än sex månader före konkursansökan. I detta läge finns emellertid en motbevisningsmöjlighet för gåvotagaren att gäldenären efter fullbordandet förblev sufficient.²⁵¹ Denna återvinningsfrist har begränsats till tre år för närstående och ett år för övriga. Sufficiensbedömningen är – till skillnad från solvensbedömningen – statisk och tar sikte på gäldenärens förmogenhetsställning vid tidpunkten för den aktuella transaktionen. För näringsidkare är värderingen i balansräkningen inte utslagsgivande, utan tillgångarna värderas som utgångspunkt efter vad de kan antas inbringa vid realisation. Gåvotagaren bör kunna hänvisa till de värden som upptas i konkursbouppteckningen.²⁵²

4.8.4 Nackdel

Som angivits ovan krävs direkt nackdel för minst en borgenär för tillämpning av de objektiva återvinningsreglerna. Då en gåva fullbordas minskas alltid givarens förmögenhet, varför nackdelsrekvisitet av naturliga skäl uppfylls.²⁵³ Det krävs i viss mån att nackdelen är kvalificerad och att något av betydelse står att vinna för borgenärerna. I paragrafens tredje stycke undantas understöd och sedvanliga gåvor som inte står i missförhållande till gäldenärens ekonomiska ställning från återvinning. Dyrbara presenter, exempelvis en ny bil, ska inte tolereras om den står i disproportion till gäldenärens ekonomiska ställning.²⁵⁴ Ordinära presenter vid bröllop, bemarkelsedagar och andra jubileum ska dock inte angripas.²⁵⁵

4.8.5 Blandad gåva

I andra stycket uppmärksammas så kallade blandade avtal.²⁵⁶ Här stadgas att köp, byte eller annat avtal också kan gå åter, om det med hänsyn till missförhållandet mellan utfästelserna på ömse sidor är uppenbart att avtalet delvis har egenskap av gåva. Det förutsetts här gåvoavsikt från givaren, vilket torde betyda att gäldenären medvetet ville tillföra medkontrahenten en

²⁴⁸ Bengtsson, s. 695.

²⁴⁹ Lennander, s. 190 f.

²⁵⁰ Tidpunkt för bundenhet och fullbordande är emellertid vanligen densamma. Se Lennander, s. 190.

²⁵¹ Renman, s. 149.

²⁵² Prop.1986/87:90, s. 218.

²⁵³ Renman, s. 148.

²⁵⁴ U X, s. 141.

²⁵⁵ Renman, s. 150.

²⁵⁶ Andra benämningar är blandad gåva och partiell gåva.

förmån.²⁵⁷ Det kan dock inte uteslutas att gåvoavsikt saknades, varför en objektiv bedömning av parternas ömsesidiga relation får utföras. Föreligger närståendeskap får det presumeras att värdediskrepansen bottnar i givmildhet. Annars är det inte omöjligt att skillnaden är orsakad av att gäldenären befunnit sig under stark tidspress och därför handlat överilat, eller haft dåligt sinne för affärer.²⁵⁸ Enligt förarbetena vittnar rekvisitet uppenbart om att det ska handla om en avsevärd skillnad mellan prestationernas värden för att avtalet delvis har egenskap av gåva.²⁵⁹

4.9 Återvinning av betalning

4.9.1 Allmänt

Eftersom bestämmelsen omfattar onormala betalningar krävs till att börja med att det har skett en betalning av en skuld. Utöver detta krävs antingen att betalningen gjorts med annat än sedvanliga betalningsmedel, alternativt i förtid eller med belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Förutsättningarna är alternativa och endast ett av dem behöver vara för handen. Betalningen ska dock lämnas oberörd om undantaget för ordinära betalningar råder. Vidare ska naturligtvis nackdel orsakats borgenärerna och betalningen ha skett inom återvinningsfristen. Nedan följer en genomgång av nämnda rekvisit.²⁶⁰

4.9.2 Betalning av en skuld

Walin har framfört att vad som ska räknas som en *betalning* sällan vållar tvivelsmål.²⁶¹ Detta betyder dock inte att bedömningen alltid är bekymmerslös.²⁶² Eftersom en vinstutdelning inte utan vidare kan förklaras vara en betalning av en skuld, blir lokutionen intressant för analysdelen och ska därför utreda närmare.

Problematiken uppstår framförallt vid avgränsningen av betalningsinstitutet från andra typer av avtal såsom kvittning, hävning eller säkerställande. Om transaktionen bestått i att pengar växlat händer, eller genom girering över till exempel bank- eller postgiro, har den obestridligen karaktären av en betalning.²⁶³

I förarbetena underströks att bestämmelsen inte avser kontantaffärer. Normalt förutsätter kontantaffärer att parternas prestationer är avhängiga av varandra och utväxlas samtidigt. Med kontantaffär jämföras dock ett köp som betalats strax efter leverans, i samband med att

²⁵⁷ Walin, s. 166.

²⁵⁸ Renman, s. 148.

²⁵⁹ U X, s. 141 och prop. 1975:6, s. 212.

²⁶⁰ I syfte att undvika begreppsförvirring ska här klargöras att det med ”borgenär” här åsyftas den borgenär som mottar en betalning för sin skuld. Orden ”borgenär” och ”betalningsmottagare” avser alltså i det följande samma subjekt.

²⁶¹ Walin, s. 180.

²⁶² Lennander, s. 205.

²⁶³ Lennander, s. 205 f. .

fakturan anlönt.²⁶⁴ Dessa typer av transaktioner är i regel ordinära och orsakar sällan borgenärerna nackdel, varför de har ansetts böra undantas.²⁶⁵

Det ska således vara fråga om en gammal skuld för att påkalla återgång. Det finns dock inget allmänt vedertaget sätt att fastställa när en skuld uppkommit. I ena fallet kan det argumenteras för att skulden uppstår i och med avtalet träffats, medan skulden i det andra fallet bör ses som uppkommen då avtalad prestation företas.²⁶⁶ HD har uttalat att det för en skulds uppkomst är av stor betydelse vad syftet är med den tillämpade bestämmelsen.²⁶⁷ Om det exempelvis är tvistigt huruvida en fordring ska åtnjuta så kallad superförmånsrätt enligt 10 § 1 st. 4 punkten FRL, ska tidpunkten för fordringen prövas utifrån de syften som ligger till grund för den aktuella förmånsrätten.

Endast betalning av gäldenärens egen skuld omfattas av regeln. En utvidgning som fångar upp även betalning av annans skuld ansågs inte ligga i linje med paragrafens syfte.²⁶⁸ Ifrågavarande paragraf fokuserar nämligen på situationen när en av *gäldenärens* borgenärer gynnats framför en annan, vilket av naturliga skäl inte skett vid reglering av tredje mans skuld. Visserligen kan gäldenären ha agerat otillbörligt mot sina borgenärer eftersom denne undandragit dem egendom. I dessa fall hänvisas återvinningskäranden istället till 4 kap. 5 och 6 §§ KonkL.

Om det vid prövningen framkommer att endast en del av betalningen medfört nackdel, kan denna del återvinnas partiellt.²⁶⁹ Mer om nackdel nedan under kapitel 4.9.7.

4.9.3 Osedvanliga betalningsmedel

Att en skuld betalas med ovanliga betalningsmedel är ofta en indikation på att gäldenären företagit denna åtgärd för att gynna en viss borgenär, eftersom den gynnande borgenären inte hade kunnat få betalt med sedvanliga betalningsmedel.²⁷⁰ Lokutionen osedvanliga betalningsmedel har en djupare innebörd än dess lexikaliska betydelse, det vill säga det är mer än själva betalningsobjektet som ifrågasätts.²⁷¹ I förarbetena anges att prövningen av om en betalning skett med annat än sedvanliga betalningsmedel ska göras med hänsyn till antingen borgenärens eller gäldenärens yrke. Det räcker att betalningen i relation till yrket framstår som ovanlig för att uppfylla rekvisitetet och vad gäller näringsidkare blir den bransch som såväl borgenär som gäldenär verkar i betydelsefull. Betalningen måste vara osedvanlig i såväl betalarens som betalningsmottagarens bransch, varför det synes vara tillräckligt att det

²⁶⁴ U X, s. 149 f. och prop. 1975:6, s. 222.

²⁶⁵ Walin, s. 181 jämte Renman, s. 169.

²⁶⁶ Renman, s. 169 f.

²⁶⁷ NJA 2009 s. 291.

²⁶⁸ Jfr NJA 1985 s. 117 som rörde återvinning av säkerhet enligt 4 kap. 12§ KonkL, men som ansetts ge bärighet även vad gäller betalning av skuld. Se Renman, s. 170.

²⁶⁹ NJA 1996 s. 624.

²⁷⁰ Lennander, s. 219.

²⁷¹ Welamson, Konkursrätt (1961), s. 237.

osedvanliga betalningssättet är motiverat från endera part, för att läka det ovanliga i transaktionen ur ett återvinningsperspektiv.²⁷²

En eventuell partssedvana kan visa huruvida en betalning är osedvanlig eller inte. En betalning kan dock anses som normal även om den frångår vad som varit brukligt mellan parterna, ifall betalningssättet är vanligt förekommande i branschen.²⁷³

Det kan i vissa fall vara svårt att upptäcka denna typ av åtgärder, om de maskerats som ett reguljärt köp. I sken- eller efterhandskonstruktionen framställs gäldenären som säljare och konkursborgenären som köpare av varor. Konkursborgenären har sedan kvittat gäldenärens fordran på betalning för varorna med sin motfordran. I detta fall bör hela transaktionen, det vill säga leverans och kvittning, ses som en enda betalningstransaktion och angripas som en betalning med osedvanliga betalningsmedel. Att avgöra om det som skett varit ett vanligt köp, eller i planeringssyfte på grund av en väntad konkurs, kan naturligtvis vara svårt.²⁷⁴

4.9.4 I förtid

Utgångspunkten för bedömningen om betalningen har skett i förtid är den normala förfallodagen för skulden. En betalning som verkställs före skuldens normala förfallodag har sedan länge ansetts ha en typiskt illojal prägel, det vill säga typiskt sett ge anledning till misstanke om att borgenären varit särskilt påträngande eller att gäldenären velat gynna borgenären framför sina övriga fordringsägare.²⁷⁵ Det kan hävdas att en gäldenär ska kunna betala så fort den enligt avtalet har rätt att betala, det vill säga inom frigörelsetiden. Varför ska det vara otillbörligt att prestera tidigare än det datum man är tvungen till, för att undslippa sanktioner? Lagstiftaren har dock valt denna konstruktion eftersom alla betalningar inom frigörelsetiden annars skulle vara undantagna. Huruvida otillbörliga motiv föranlett handlingen, får i dessa fall avgöras efter tillämpning av undantaget för ordinära betalningar. Mer om detta nedan under kapitel 4.9.6.

Bedömningen ska i första hand ske med hänsynstagande till avtalets innehåll och förutsättningar, men även parternas förhållanden och sedvanor värderas.²⁷⁶ En betalning anses exempelvis förtidig, då den föregåtts av uppsägning enligt ett avtalat förfallovillkor. Detsamma gäller om borgenären vägrat förlängning av ett lån som gäldenären obestriddligen utgått från skulle bli förlängt, såvida inget oförutsett inträffat. Exempel härom är en checkräkningskredit.²⁷⁷

²⁷² U X, s. 149 och prop. 1975:6, s. 223.

²⁷³ Jfr RH 1994:23.

²⁷⁴ För utförlig behandling av denna situation, se Lennander s. 224 ff.

²⁷⁵ Lennander, s. 234.

²⁷⁶ Lennander, s. 237 f.

²⁷⁷ U X, s. 149 och prop. 1975:6 s. 223 samt 227 ff. jämte Renman, s. 177.

4.9.5 Belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning

Det förutsätts att beloppet avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Rekviritet innebär att beloppet måste varit relativt betydande för gäldenären, på så sätt att den inverkat avsevärt på gäldenärens ekonomiska ställning och därigenom på den sammanlagda utdelning som borgenärskollektivet kan få vid en senare inträffad konkurs.²⁷⁸ Jämförelsen görs lämpligen med gäldenärens samlade tillgångar, där själva betalningen medräknas.²⁷⁹ Utgångspunkt tas i förhållandena vid betalningstillfället, där konkursbouppteckningen är vägledande för bedömningen av värdet på tillgångarna.²⁸⁰ Den part som påstår att värdet i konkursbouppteckningen inte är rättvisande har bevisbördan härför.²⁸¹

Tillgångar beräknas enligt deras bruttoförsäljningsvärde i konkursen och inte fortlevnadsvärdet. En eventuell skuld som belastar tillgången ska därmed normalt inte avräknas. I undantagsfall med mycket speciella förhållanden kan tillgångarnas nettovärde beaktas, om en viss tillgång är direkt kopplad till en specifik skuld.²⁸² Att en betalning av en skuld inte påverkar en näringsidkares balansräkning utesluter inte att den ekonomiska ställningen och den utdelning som övriga borgenärer kan få vid en senare konkurs minskat.²⁸³

Riktmärket för att en betalning ska anses ”avsevärd” är att den överstiger tio procent av tillgångarna, även om visst utrymme finns att väga in omständigheterna i det enskilda fallet. Det förefaller även finnas utrymme för att bedöma ett belopp som avsevärt i och för sig, om beloppet är tillräckligt stort.²⁸⁴ Lennander framför att det för avsevärdhet i sig får handla om synnerligen höga belopp i storleksordningen tiotals miljoner kronor.²⁸⁵ Exempelvis kan gäldenärens rörelseomsättning beaktas, även om HD uttalat att det för sådana överväganden krävs att det betalda beloppet ligger ”mycket nära” tioprocentgränsen.²⁸⁶

²⁷⁸ U X, s. 149 och prop. 1975:6, s. 223. Att hänvisa till en försämring av gäldenärens ekonomiska ställning är dock missvisande, eftersom en betalning av en skuld de facto inte försämrar den ekonomiska ställningen. Det intressanta i sammanhanget torde istället vara huruvida borgenärskollektivt lidit skada (orsakats nackdel) av betalningen. Jfr ovan där jag framförde att en rättshandlings otillbörlighet kan bestå i att den rör ett avsevärt belopp. Se Lennander, s. 239.

²⁷⁹ NJA 1981 s. 759. Synsättet har cementerats genom NJA 1989 s. 3 och 2008 s. 1208.

²⁸⁰ NJA 2008 s. 1208. Jfr NJA 1989 s. 3. I det enskilda fallet kan bouppteckningen frångås om det visar sig att den inte korrekt avspeglar tillgångarnas värde.

²⁸¹ Lennander, s. 246.

²⁸² Jfr NJA 2008 1208 med 1997 s. 115. I 1997 års fall beaktade HD nettovärdet av aktier som var pantsatta för lån i en konkurs av ett bolag som bedrivit kapitalförvaltning. En jämförelse med bruttovärdet skulle enligt HD bli en dålig mätare på om betalningen avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Detta eftersom tillgångarna i ett kapitalförvaltande bolag nästan uteslutande består av egendom som är pantförskriften för lån. Lånen har i sin tur finansierat anskaffningen av egendomen och bolagets värde utgörs huvudsakligen av ett eventuellt övervärde härpå. HD exemplifierade i 2008 års fall även med fordringar och skulder som står mot varandra i ett kontokurantförhållande samt konnexa fordringar, d.v.s. att det finns ett starkt samband mellan huvudfordran och motfordran. Av HD:s uttalanden drar man dock slutsatsen att utrymmet för dessa undantagsfall är mycket begränsat. För utförliga synpunkter på HD:s överväganden i nämnda rättsfall, se Renman s. 179 f.

²⁸³ U X, s. 149 och prop. 1975:6, s. 223.

²⁸⁴ NJA 2008 s. 1208 och NJA 1997 s. 115.

²⁸⁵ Lennander, s. 241.

²⁸⁶ Jfr NJA 1996 s. 282 – där 9.8 % ej var återvinningsbart.

Vid flera betalningar till *samma borgenär* under återvinningsfristen, kan alla som anses vara extraordinära sammanläggas. I dessa fall kan en bedömning av huruvida betalningarna är ordinära aktualiseras på ett tidigare stadium.²⁸⁷ Som ett exempel kan nämnas en checkräkningskredit, där beloppets storlek fastställs genom en nettoberäkning av kontot.

Normalt ska varje betalning till *olika borgenärer* bedömas var för sig. Undantag kan enligt HD tänkas i speciella fall, t.ex. när fråga är om en sammanhållen betalning till flera borgenärer som ingår i en och samma ekonomiska intressesfär.²⁸⁸ Här exemplifierar Renman med en samtidig vinstutdelning till flera aktieägare i gäldenärsbolaget eller betalning till flera närstående bolag.²⁸⁹ Om beloppet bedöms som avsevärt går hela betalningen åter och inte endast den del som överstiger gränsen för vad som utgör ett avsevärt belopp.²⁹⁰ Vid jämförelse med återbäring av olaglig vinstutdelning enligt aktiebolagslagen, skulle alltså en återvinning av en vinstutdelning enligt denna paragraf återföra ett högre belopp till konkursboet. Mer om detta i analysavsnittet.

4.9.6 Icke-ordinär

Om betalningen varit ordinär – det vill säga en objektivt sett normal betalning – kan den inte återvinnas.²⁹¹ Syftet med undantaget är att skapa trygghet i den ekonomiska omsättningen.²⁹² Rekvisitet aktualiserar en intrikat balansgång mellan *å ena sidan* återvinningsinstitutets syfte – att återföra illojala och otillbörliga transaktioner – och *å andra sidan* de objektivt normala transaktioner som måste få flyta igenom ed hänsyn till omsättningsintresset. I första hand skyddas löpande betalningar, såsom amorteringar på lån och avbetalningsköp i enlighet med en betalningsplan. Även hyra, arrende och normala insättningar på checkkreditskonto räknas in häri.²⁹³

Undantaget för ordinära betalningar gäller även de som gjorts med ovanliga betalningsmedel och i förtid, vilket kan te sig en aning motsägelsefullt. I förarbetena anförs *dels* att betalningar med medel som i allmänhet anses ovanliga, kan i det särskilda fallet och i viss bransch bedömas som korrekta och *dels* att förtidiga betalningar kan motiveras av affärsmässiga faktorer såsom prisrabattering samt betalningsrutiner. Det kan rent av vara så att avtalat betalningsdatum frångås då gäldenären befinner sig utomlands.²⁹⁴ Genom att dela upp bedömningen i två steg blir den mer raffinerad och precis. I första steget kan man tillämpa en sorts tunnelseende och enkelspårig metod, medan perspektivet blir mer nyanserat i det andra. Betalningens karaktär fastställs härigenom efter en helhetsbedömning av

²⁸⁷ Lennander, s. 251.

²⁸⁸ NJA 2008 s. 1208.

²⁸⁹ Renman, s. 181.

²⁹⁰ Renman, s. 178.

²⁹¹ U X, s. 149 och prop. 1975:6, s. 222.

²⁹² NJA 1998 s. 728 och s. 759.

²⁹³ U X, s. 150 och prop. 1975:6, s. 224 och 227.

²⁹⁴ U X, s. 150 jämte Lennander, s. 234.

samtliga relevanta omständigheter.²⁹⁵ Vid betalningar med osedvanliga betalningsmedel eller i förtid, har undantaget alltså en sorts korrigeringsfunktion.

En betalning kan vara icke-ordinär eftersom den betalats *för sent* i förhållande till avtalad förfallodag. I förarbetena exemplifieras även en extraordinär betalning som en betalning av äldre gäld, som stått ute eller kumulerats under längre tid.²⁹⁶ Enligt Renman använder sig vissa konkursförvaltare av en tumregel, vilken pekar ut betalningar som utförts senare än en månad efter förfallodagen som extraordinära, såvida de inte följer ett mellan parterna sedvanligt betalningsmönster.²⁹⁷

Ifrågavarande undantag dras till sin spets vid tillämpning på en betalning med avsevärt belopp. Här kan två olika metoder urskiljas i rättspraxis.²⁹⁸ Enligt ena metoden, av Renman benämnd kausalitetsmetoden, är en betalning extraordinär om den efter en objektiv helhetsbedömning förefaller ha påverkats av gäldenärens förestående konkurs.²⁹⁹ Den yttre situationen ska i allmänhet vara sådan, att man objektivt sett inte kan misstänka att borgenären försökt erhålla betalning före de andra borgenärerna eller att gäldenären önskat gynna en borgenär framför andra, på grund av gäldenärens betalningssvårigheter. Däremot har det i princip ingen betydelse om borgenären i det konkreta fallet hade anledning att misstänka att gäldenären var insolvent. Man ska nämligen utgå från att alla omständigheter är kända. En betalning som skett efter att gäldenären förklarat sig inställa sina betalningar, kan därför inte vara ordinär. Dock undantas som regel betalningar för konsulttjänster som syftat till att bedöma gäldenärens ekonomiska status och förmåga till fortsatt drift.³⁰⁰

Enligt den andra metoden, av Renman benämnd avvikelsemetoden, är en betalning icke-ordinär om den avvikit från det för parterna vanliga mönstret. Även vad som i allmänhet gäller inom affärlivet och vad som i synnerhet gäller inom den aktuella branschen är av vikt.³⁰¹ Här ges således utrymme för en sorts godtrosskydd för borgenären, om betalningen framstår som överensstämmande med det för parterna vanliga mönstret.³⁰² Av detta följer att en i god tid före återvinningsfristen uppgjord och tillämpad amorteringsplan kan anses som ordinär, så länge den inte avtalats under återvinningsfristen.³⁰³

²⁹⁵ Renman, s. 184 jämte NJA 1995 s. 688.

²⁹⁶ U X, s. 150 och prop. 1975:6, s. 224.

²⁹⁷ Renman, s. 188. Jfr även NJA 1989 s. 9 med NJA 1998 s. 759.

²⁹⁸ Renman, s. 184 f. jämte Håstad, Torgny, *Insolvensrättsligt forum* 2003, s. 136. Lennander uppfattar det dock inte som två metoder, se Lennander s. 256, not 141. Jag anser för egen del att Håstad och Renman har en pedagogisk poäng med sin uppdelning, som vägleder ens analytiska förmåga till att inte missa att angripa problemet ur alla synvinklar. Jag håller dock med Lennander till viss del, då kausalitetsmetoden bör ses som den huvudsakliga metoden och avvikelsemetoden snarast är en kompletterande metod, när bedömningen enligt den förstnämnda blir för behöver konkretiseras och nyanseras.

²⁹⁹ NJA 1995 s. 688.

³⁰⁰ U X, s. 150 och prop. 1975:6, s. 224 jämte Lennander, s. 254.

³⁰¹ Lennander, s. 256.

³⁰² Se exv. NJA 1987 s. 872, 1989 s. 3 och 2002 s. 441.

³⁰³ NJA 1982 s. 135 jämfört med 1998 s. 759 och 2002 s. 441. Se även Lennander, s. 258.

4.9.7 Nackdel

Eftersom nackdelsrekvisitet behandlades utförligt ovan i kapitel 4.6, ska endast en kort påminnelse ges. För återvinning enligt 4 kap. 10 § 1 stycket KonkL krävs att betalningen medfört direkt nackdel. Direkt nackdel innebär att minst en borgenär, vid hypotetisk konkurs omedelbart efter företagen betalning, har missgynnats. Det är tillräckligt att betalningen inneburit att utsikten till utdelning i konkursen försämrades.³⁰⁴ Att borgenären tidigare lämnat en fullgod motprestation betyder inte att gäldenärens betalning medfört nackdel. I en konkurssituation finns det gott om borgenärer som utfört en prestation och vill minimera skadan av sin motparts insolvens. Att då få betalt före andra borgenärer rubbar den fördelning av gäldenärens tillgångar som konkursinstitutet syftar till, vilket måste ses som otillbörligt.³⁰⁵

4.9.8 Tidsrekvisitet

Återvinningsmöjligheten har begränsats i tid. Om ovanstående rekvisit kan styrkas av återvinningskäranden och betalningen skett inom tre månader före konkursansökan, ska betalningen gå åter. Enligt andra momentet i ifrågavarande paragraf stadgas att återvinningsfristen kan utsträckas till upp till två år, om borgenären var närstående till gäldenären. Återvinningen kan dock undvikas om borgenären visar att gäldenären varken var eller genom betalningen blev insolvent. En betalning anses genomförd när betalningsmottagaren har fått en mot betalarens borgenärer skyddad rätt till pengarna. Rätten är skyddad om en elektronisk överföring inte längre kan annulleras eller om pengarna överlämnas rent fysiskt.³⁰⁶

³⁰⁴ NJA 1987 s. 320.

³⁰⁵ Lennander, s. 204.

³⁰⁶ A.a., s. 206

AVDELNING III

5. ANALYS

5.1 Inledning

Efter överblicken över instituten vinstutdelning och återvinning i konkurs, inriktar sig uppsatsen nu på hur dessa kan förenas. Att återvinning är ett verktyg som står till buds för uppseendeväckande vinstutdelningar råder det inget tvivel om. Osäkerheten uppstår istället när en vinstutdelning ska avpassas till de ovan redogjorda förutsättningarna för återvinning. Min analys fokuserar på att utröna enligt vilken konkursrättslig grund som kan användas och hur rekvisiten kan appliceras på en vinstutdelning. Vidare diskuteras vilken rättshandling som ska angripas. Är det bolagsstämman beslut, utbetalningen eller båda två som kan gå åter? Innan detta ska dock stådpunkten att återvinningsreglerna är subsidiära till vinstutdelningsreglerna ifrågasättas.

Med hänvisning till förarbeten har HD uttalat att det för uppfyllande av återvinningsinstitutets syfte ansetts betydelsefullt att återvinningsreglerna tillåts träffa en mycket vid krets av rättshandlingar som företas kort före konkursutbrottet.³⁰⁷ I flera av de granskade återvinningsgrunderna anser jag att rekvisiten passar väl in på en vinstutdelning, men även om så inte är fallet är det ofrånkomligt att en måttfull analogitillämpning i vissa fall kan vara befogad.³⁰⁸ På grund av den problematik med att neutralisera otillbörliga rättshandlingar, vilken framfördes under kapitel 4.4 ovan, anser jag att en eventuell analogitillämpning i detta fall är motiverat. Det måste hållas i åtanke att förhållandena kring en gäldenär påtagligt förändras när en konkurs beslutats. Att en vinstutdelning inte bevisats olaglig i domstol betyder inte att den kan visas vara otillbörlig. Det är fråga om två helt olika bedömningar, grundade på olika stadganden som *motiverats* med hjälp av olika hänsynstaganden. Jag menar givetvis inte här att de överväganden som format olaglighetsreglerna enligt ABL är oväsentliga vid en prövning om återvinning. En lösning där aktiebolagsrättsliga regler ska vara exklusiva och återvinning utesluten, är enligt mig inte heller gynnsam.

5.2 Rättslig flerspårighet

Vid återföring av en otillbörlig vinstutdelning bör det enligt mig inte vara den rättsliga grunden eller rättsföljden som är utslagsgivande, utan det rättsliga resultatet. Vid återföring av en vinstutdelning föreligger så kallad rättslig flerspårighet, det vill säga att sakomständigheterna

³⁰⁷ Prop. 1975:6 s. 132 jänte NJA 1989 s. 3.

³⁰⁸ Lennander, s. 48 jänte Palmér & Savin, s. 4:10.

med olika rättsliga resonemang kan leda till samma rättsliga effekt.³⁰⁹ Av principen *jura novit curia* följer att det står fritt för domstolen att välja spår vid rättslig flerspårighet. Naturligtvis betyder inte detta att domstolens val får vara skönsmässigt, utan att problemet måste angripas från flera vinklar.³¹⁰

Ett perspektiv är själva *normhierarkin*.³¹¹ Vid en första överblick kan det te sig mest naturligt att en rättshandling prövas inom det rättsområde rättshandlingen tillhör. Till följd av denna logik, bör en vinstutdelnings giltighet i första hand prövas med hjälp av aktiebolagsrättsliga regler. Ovan, under avsnitt 2.8, framfördes flera auktoriteters resonemang. Enligt mig har de författare som pekar på det logiska i att en rättshandlings giltighet måste prövas innan återvinningsreglerna onekligen en poäng. Åtminstone vad gäller vissa typer av transaktioner. Ogiltighet ska ju medföra nullitet, varför det inte finns någon rättshandling att återvinna. Att ett otillbörligt köp av inventarier inte ska angripas med återvinningsreglerna, om inte tradition skett och således sakrättsligt skydd inte vunnits, är enligt mig en rimlig slutsats. Köpet är då inte skyddat gentemot säljarens borgenärer och ingen nackdel har uppstått. Enligt mig förändras situationen vid vinstutdelning. Som framhölls under avsnitt 2.8 tyder varken lag eller förarbeten på att bestämmelsen om olaglig värdeöverföring har status av *lex specialis*. En utredning av lagberedningen anför att återvinningsreglerna är av lika stor vikt för återföring av utdelning som reglerna i aktiebolagslagen och att återbäringsskyldigheten är ett alternativ till återvinning. Andra synsätt måste således föras fram för att avgöra frågan.

Ur ett mer praktiskt synsätt bör även *utredningsbehovet* ges utrymme. Det återföringsspår som kräver mindre utredning är av processekonomiska skäl att föredra från både parternas, domstolens och samhällets sida.³¹² Här är återvinningsreglerna mer effektiva att använda, då de inte sällan kräver ett mindre omfattningsrikt utredningsmaterial. Reformen av återvinningsreglerna 1975, där de objektiva återvinningsreglerna infördes, syftade även till att göra återvinning mer tillgängligt. En sådan helhetsbedömning av transaktionen som behöver göras och sedermera bevisas vid en eventuell talan om återbäring av olaglig värdeöverföring, kan på grund av sin komplexitet inte vara ekonomisk försvarbar, även om det framkommer omständigheter som tyder på olaglighet. Om återvinningsreglerna då ska anses subsidiära till reglerna om olaglig värdeöverföring blir detta syfte till viss del förfelat. Av dessa orsaker anser Hägge att återvinning och återbäring ska vara alternativa till varandra.³¹³ Vidare hindrar en underordning den tidigare nämnda och centrala preventiva funktion återvinningsinstitutet har. Detta då konkursförvaltare i många fall av kostnadsskäl inte angriper en till synes otillbörlig vinstutdelning, eftersom den omfattande utredning som krävs inte är försvarbar. Här får påminnas om att försiktighetsregeln i dess nuvarande form blev hårt ansatt i remissförfarandet. Flera tunga instanser dömde ut regeln som användbar i blott uppenbara fall och kostnaderna vid tillämpningen skulle komma att överstiga den tänkta nyttan. Denna vision har sedan blivit verklighet, vilket visat sig genom bristen på rättspraxis för återbäring av olaglig

³⁰⁹ Lindskog, 2010, s. 191.

³¹⁰ A.a., s. 196 f.

³¹¹ A.a., s. 196.

³¹² Lindskog, 2010, s. 197.

³¹³ Hägge, s. 170 f.

värdeöverföring. Om affärlivet i stort blir förvissade om att konkursförvaltare ogärna angriper otillbörliga vinstutdelningar, motverkar det tveklöst återvinningsinstitutets preventiva funktion.

Ett ytterligare perspektiv av vikt är *bedömningssäkerheten*. Domstolen bör välja det spår där rättsläget framstår som klarast.³¹⁴ Rättsläget vad gäller i alla fall försiktighetsregeln får bedömas som allt annat än klart. Förarbetena är visserligen utförliga, men de vägledande och generella riktlinjerna för den konsoliderings- och likviditetsnivå som krävs för giltighet gör rättsläget mycket oklart, vilket visats på ovan under kapitel 3.4.4. Sandström betecknar försiktighetsreglerna som svårtillämpade gummiregler. Samuelsson och Nerep går ett steg längre och menar att de ur rättssäkerhetssynpunkt endast ska vara tillämpbara i undantagsfall. Risken är därmed överhängande att regeln förblir oprövad i det praktiska rättslivet i framtiden. Återvinningsreglerna har tvärtom prövats otaliga gånger av såväl underrätt som överrätt och det finns en uppsjö av vägledande avgöranden från HD. Med hjälp av dessa, och den stora mängd litteratur på området, anser jag bedömningssäkerheten är påtagligt högre vad gäller återvinningsspåret än det aktiebolagsrättsliga ogiltighetsspåret.

Sammanfattningsvis anser jag att betydligt mer talar för att återvinningsreglerna ska kunna åberopas alternativt till de aktiebolagsrättsliga ogiltighetsreglerna, än mot. Om vinstutdelningen är så uppenbart olaglig att beloppsspärren överskridits, kan denna regeln med fördel ges prioritet. En talan med försiktighetsregeln som grund, leder dock till ett sådant omfattande utredningsbehov och tvivelaktig bedömningssäkerhet, att en återvinningstalan blir mer lämplig. Den normhierki som nått och jämnt talar för återvinningens subsidiaritet, är endast en faktor som ska tas i beaktning och får i detta fall ge vika för andra argument.

I en konkursituation borde en domstol i min mening inte avvisa en talan om en angripen vinstutdelning, med skälet att yrkandet endast stödjer sig på en eller flera återvinningsgrunder. Det skulle leda till att konkursförvaltare av ekonomiska skäl måste släppa vinstutdelningar som ter sig otillbörliga, vilket i sin tur förfelar den reparativa och i förlängningen den preventiva funktion återvinningsinstitutet har. Om konkursförvaltaren för en talan om olaglighet enligt försiktighetsregeln, vilket idag måste vara en raritet, blir utredningsmaterialet mycket omfattande. Ett omfattande utredningsmaterial leder till en omfattande bevisföring under huvudförhandlingen, vilket bör motverkas av processekonomiska skäl. Enligt mig borde domstolen vid rättslig flerspårighet, i ljuset av justitieråd Lindskogs metod, tillåta att återvinning åberopas i första hand, när skäl för det finns.

5.3 Vinstutdelning som otillbörlig rättshandling

5.2.1 Rättshandling

Eftersom den allmänna otillbörlighetsregeln har en vid innebörd, där alla rättshandlingar som är otillbörliga kan återvinnas, omfattar bestämmelsen naturligtvis också en vinstutdelning. I en konkursituation, skulle förloppet exempelvis kunna ha sett ut som följande. En gäldenär, i

³¹⁴ Lindskog, 2010, s. 198.

form av ett aktiebolag, har försatts i konkurs. En månad före konkursen beslutade bolagsstämman att en i förhållande till det egna kapitalet mycket hög vinstutdelning skulle ske, varefter den betalades ut en vecka senare i enlighet med beslutet.

Det första som måste utredas är vilken rättshandling som ska gå åter. Är det beslutet om vinstutdelning eller själva utbetalningen? Ponera att aktiebolaget skulle sökts i konkurs efter att beslutet om vinstutdelning fattades, men före utbetalning skett. Kan då själva beslutet i sig återvinnas? Om man jämför med övriga rekvisit i paragrafen måste slutsatsen bli jakande, eftersom en aktieägare och tillika borgenär genom beslutet har fått en fordran på aktiebolaget som lett till att dess skulder ökats. Fordringen kan göras gällande i konkursen, eftersom den i enlighet med 5 kap. 1 § KonkL uppkommit före konkursbeslutet, men blir oprioriterad. Om beslutet var också var otillbörligt samt nackdel uppstått, kan förvaltaren enligt 4 kap. 19 § 1 st. andra punkten KonkL påkalla återvinning *dels* genom att göra en anmärkning mot en bevakad fordran, *dels* genom att i sitt utdelningsförslag underkänna en åberopad fordran.

Jag har svårt att se att utbetalningen av vinstutdelningen skulle kunna vara otillbörlig i sig, i frånvaro av otillbörlighet när beslutet togs. Möjligen om en otillbörlig avsikt inte fanns vid beslutet, utan uppstod först efter en rad händelser som försatte gäldenären i en ekonomisk knipa, vilket medfört att aktieägaren/borgenären borde insett otillbörligheten i att betala ut vinstutdelningen. Med tanke på den korta tidsrymd som normalt förflyter mellan beslutet och utbetalningen, torde detta vara mycket sällsynt. En jämförelse med bedömningen om en affärshändelse ej hade rent affärsmässig karaktär och således kan utgöra en värdeöverföring kan synliggöra ett ytterligare perspektiv. Rättshandlingens affärsmässiga natur bedöms nämligen i första hand efter de förhållanden som förelåg vid i första hand bolagsstämmobeslutet. Otillbörligheten ska också enligt förevarande återvinningsgrund kunna härledas till den tidpunkt som gäldenären blev bunden av rättshandlingen. Aktiebolaget blir bundet av en vinstutdelning vid bolagsstämmobeslutet. Om det skulle uppstå en skillnad mellan prestationernas värde mellan besluts- och avtalstillfället, transformerar detta förhållande inte en affärsmässigt korrekt transaktion till en värdeöverföring. Detta kan tala för att en otillbörlighet inte heller ska kunna uppstå under denna övergångsperiod. Nackdel kan förvisso uppkomma under övergångsperioden om ekonomisk försämring uppstår vilket orsakat en annan borgenärs minskade utdelning i konkursen. Mer om detta nedan. Enligt mig talar mycket för att det är själva beslutet om vinstutdelning som är den otillbörliga rättshandling som ska gå åter.

I ett speciellt fall skulle en förtäckt vinstutdelning i form av passivitet kunna återvinnas enligt denna grund. Exemplet har nämnts ovan och skapats av Lehrberg. Ponera att ett konsultaktiebolag avstår en affär i syfte att gynna en aktieägare och tillika konsult, varefter aktieägaren utför och personligen debiterar för det lönsamma uppdraget. Detta trots att uppdraget ursprungligen erbjöds till bolaget och kapacitet fanns. Avsikten var istället att gynna aktieägaren. Exemplet torde enligt mig, under vissa speciella omständigheter, kunna utgöra återvinningsbar passivitet i form av en förtäckt vinstutdelning. Det krävs då givetvis att den förtäcka vinstutdelningen ej haft affärsmässig karaktär, både för att kunna betecknas som en förtäckt vinstutdelning samt för att vara otillbörlig. Att bevisa att beslutet att avstå från affären ej var fattat efter kommersiella överväganden, torde dock inte vara enkelt, då en dålig affär i sig

inte kan betyda att en värdeöverföring skett. Ett bolags beslutsfattare måste fritt kunna välja bland potentiella uppdrag utifrån strategiska och taktiska hänseenden. Möjligen anser styrelsen att uppdraget är kontraproduktivt ur ett PR-perspektiv. En förtäckt vinstutdelning bör alltså endast vara förhållande till uppenbara fall av kringgående av vinstutdelningsreglerna. Vad som gör rättshandlingen otillbörlig ska behandlas i det följande.

5.2.2 Otillbörlighet och nackdel

En vinstutdelning har i FRL varken getts särskild eller allmän förmånsrätt, varför en sådan fordran skulle bli oprioriterad i en konkurs.³¹⁵ Om en aktieägare erhållit en vinstutdelning och aktiebolaget senare försätts i konkurs, har aktieägaren gynnats framför hela borgenärskollektivet. Dessa *riskerar* nämligen att få minskad utdelning i konkursen på grund av vinstutdelningen från gäldenären och nackdel har uppkommit.

Föreställ dig att ett fåmansbolag delar ut vinst till sin majoritetsägare, som även har rollen som styrelseordförande. I denna situation är det inte svårt att föreställa sig att såväl beslut om vinstutdelning som genomröstningen av den på bolagsstämman är iscensatt av majoritetsägaren. Om aktiebolaget en tid senare försätts i konkurs anser jag att man bör kunna se detta som ett undandragande av gäldenärens egendom från borgenärerna. Även ovan nämnda exempel på passivitet bör kunna omfattas av detta rekvisit.

Att gäldenärens skulder ökat på grund av en vinstutdelning torde endast kunna aktualiseras i de undantagsfall där vinstutdelning beslutats men ej utbetalats. Eftersom själva utbetalningen enligt mig sällan torde vara otillbörlig i frånvaro av ett otillbörligt beslut, blir detta rekvisit sällan aktuellt vid utdelning av vinst.

Eftersom otillbörligheten ska avgöras efter en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter, är det ogörligt att peka på alla situationer en vinstutdelning är otillbörlig. Några exempel ska dock ges. Otillbörligheten kan uppstå då ett av rekvisiten, såsom nackdelen eller de subjektiva inslagen, är påfallande starkt uppfyllt och inga särskilda omständigheter vittnar om motsatsen. Det är inte ovanligt att vinstutdelningar företas med betydande belopp, vilket kan tala starkt för otillbörlighet, särskilt om den skett kort före konkursutbrottet. Ett belopp om över 100.000 kr skulle enligt Renmans tumregel vara betydande i bestämmelsens mening. Ett lägre belopp skulle tvärtom tala emot otillbörlighet, såvida inte insolvens- eller ondrosrekvisitet är påfallande starkt uppfyllt. I exemplet med fåmansbolaget ovan, kan det otillbörliga bestå i en fullständig insikt om bolagets insolvens. Här kan även tydliga exempel på olaglighet enligt aktiebolagslagen, såsom iögonfallande låg soliditet eller likviditet, kunna visa på otillbörlighet.

Att nackdelsrekvisitet i enligt denna bestämmelse är uppfyllt även om det uppnåtts indirekt betyder att det inte behöver vara vinstutdelningen ensam som orsakat nackdelen. Att någon i borgenärskollektivet riskerar lägre utdelning kan ha slutligen orsakats av en nedgång i ekonomin, kundförlust eller dålig investering. Nackdelsrekvisitet är trots detta uppfyllt, om

aktiebolaget i planeringssyfte inför kommande ekonomiska svårigheter beslutat om vinstutdelning.

5.2.3 *Insolvens*

Insolvensbedömningen beträffande en vinstutdelning skiljer sig inte från den vid övriga rättshandlingar. Här ska det istället tas tillfälle i akt och beskriva ett av problemen med tillämpningen av paragrafen. Utredningen om huruvida insolvens förelegat vid en tidpunkt långt tillbaks i tiden, för med sig samma problematik som den vid olaglig värdeöverföring enligt ABL. Nämligen att det krävs en omfattande och resurskrävande genomlysning av gäldenärens ekonomiska situation.

Ponera exempelvis att en vinstutdelning, vilken tar hela aktiebolagets samlade vinst i anspråk, beslutas och betalas ut två månader före konkursansökan. I detta läge finns inte mycket likviditet kvar i bolaget, men inte heller några förfallna skulder. Vad som finns är höga kostnader som i framtiden blir svåra att klara av, såvida inte affärerna går bra. Till detta hör att konjunkturen i såväl samhället som branschen är låg. Det finns en checkräkning med mycket kredit kvar, men aktiebolaget har tidigare visat sig mycket ovillig att utnyttja denna eftersom majoritetsägaren personligen borgat för den. Om en konkursförvaltare får en sådan vinstutdelning på sitt bord, vållar den bekymmer, eftersom det för återvinning krävs en mycket tidskrävande utredning för att visa på insolvens. Bär här i tankarna att konkursboet ofta, vad gäller ekonomisk historik, befinner sig i ett informationsunderläge i förhållande till återvinningsvaranden.³¹⁶ Till detta återkommer jag till nedan.

5.2.4 *Ond tro och omvänd bevisbörda*

En återgång förutsätter att medkontrahenten känt till eller bort känna till insolvensen och de omständigheter som gjorde förfarandet otillbörligt. Samtliga objektiva rekvisit ska täckas av den onda tron, varför en bevisning härom måste avse hela händelseförloppet och dess påverkan på gäldenärens ekonomi. Vad gäller aktiebolag bör sådan insikt finnas så snart styrelsen, verkställande direktör eller andra bolagsföreträdare fått kännedom om en händelse. Då mottagaren av en vinstutdelning nästan uteslutande är aktieägare i gäldenären (aktiebolaget), beror ofta den onda tron på vilken ställning aktieägaren har i bolaget, utöver att vara aktieägare. Är denne även styrelseledamot är det dennes uppgift och ansvar att fortlöpande bedöma bolagets ekonomi och företaganden, varför ond tro får förutsättas. I vissa fall ska personen också ses som närstående, vilket aktualiserar omvänd bevisbörda. Är denne dock endast en aktieägare som inte tar aktiv del i företagets skötsel, måste övriga omständigheter peka på kännedom för att rekvisiten ska vara uppfyllda.

Bedömningen om ond tro är, särskilt vad gäller vinstutdelningar, intimt förknippat med den omvända bevisbörda som gäller för närstående. Enligt lagmotiven bör man kunna utgå från att närstående har sådan inblick i gäldenären verksamhet att denne åtminstone bör känna till gäldenärens insolvens och de förhållanden som gör handlingen otillbörlig. Närståendeskap till

³¹⁶ Hägge, s. 171.

juridiska personer har berörts ovan under avsnitt 4.5. Här ska jag dock nöja mig med påståendet att en aktieägare inte alltid ska räknas som närstående till aktiebolaget. Då riktmärket vad gäller väsentlig gemenskap baserat på andelsrätt ligger på 30%, faller säkert flera mottagare av vinstutdelningar utanför. Visserligen kan närståendeskap föreligga vid väsentlig gemenskap baserat på ett med andelsrätt jämförligt ekonomiskt intresse eller ledande ställning inom bolaget. Möjligen har aktieägaren gett bolaget ett vinstandelslån eller kapitalandelslån och därför ska ses som närstående. Hen kan också vara verkställande direktör eller styrelseordförande. Enligt min uppfattning torde den omvända bevisbördan *inte alltid* aktualiseras vid återvinningsanspråk på en vinstutdelning.

5.2.5 Kompatibilitet med vinstutdelning

Den allmänna otillbörlighetsregeln får anses vara mycket tillämplig på en vinstutdelning. Detta har även skett i rättspraxis. I NJA 2011 s. 755, som då endast rörde frågan om preskription vid återvinning i konkurs, yrkade konkursboet på återvinning av en betydande vinstutdelning. Tingsrätten, som var den enda instansen som behandlade återvinningsfrågan, bedömde situationen enligt följande:

*"Genom ovan nämnd utdelning har egendom undandragits Embozias borgenär, staten. En utdelning är i sig av gåvoliknande natur och därmed till nackdel för borgenärerna. Eftersom utdelningen resulterade i att bolaget tömdes fanns inte återstående medel att betala den skuld bolaget hade till staten[...]Bolaget har genom utdelningen kommit på obestånd. Medlen utbetalades till moderbolaget och således till en närstående som presumeras ha haft kännedom om obeståndet och handlingens otillbörlighet."*³¹⁷

Det handlade således om en utdelning från ett dotterbolag till ett moderbolag, vilket underlättade bevisningsläget väsentligt för konkursboet. Detta är det enda rättsfall jag hittat som snuddar vid problematiken. Betonas bör att HD inte tog upp själva återvinningsfrågan, varför uttalandet knappast kan ses som vägledande. Att tingsrätten anser att en vinstutdelning i sig är av gåvoliknande natur, är förvisso av intresse för nästa avsnitt och återvinning av gåva.

Trots att förevarande bestämmelse är en portalparagraf, där en vinstutdelning klart ryms inom dess tillämpningsområde, anser jag den inte erbjuda tillräckligt verktyg för återvinning. Detta eftersom det inte endast krävs en resurskrävande utredning om gäldenärens insolvens, utan även att återvinningskäranden visar på ond tro hos mottagaren. Att visa ond tro har historiskt sett varit en svår uppgift för återvinningskäranden och gjort återvinningsreglerna med subjektiva inslag till restriktiva och återhållsamt tillämpade. Lagstiftaren uppmärksammade att detta förfelade syftet med återvinningsinstitutet och skapade år 1975 de objektiva förutsättningarna för återgång.

Här ska påminnas om att anledningen till att ondrosrekvisitet endast finns kvar i den allmänna portalparagrafen är att det inte anses kompatibelt med ett modernt affärssamhälle, där betalningsmetoderna anonymiserats och parterna normalt inte har full insikt i sin motparts

³¹⁷Citat hämtat från NJA 2011:67, s. 757.

ekonomi. Sådana ställningstagande gjordes redan 1970 och tekniken har moderniserats väsentligt sedan dess. Lagberedningen, och sedermera lagstiftaren, valde i och med införandet av de objektiva återvinningsgrunderna att stadga vissa förutsättningar som typiskt sett medför skada. I förutsättningarna fanns dock flera säkerhetsventiler som tog hänsyn till det vitala omsättningsintresset. På så sätt skapades den eftertraktade balans som tog hänsyn till *å ena sidan* ändamålet att hindra såväl gäldenär som borgenär att vidta otillbörliga rättshandlingar och *å andra sidan* intresset av att stimulera hederliga affärer och omsättningen i stort. Reglerna underlättade även för parter i affärslivet att avgöra om en planerad rättshandling kan komma att återvinnas.

Som en konsekvens av det ovan förklarade, är det enligt min uppfattning av stor vikt att undersöka huruvida en vinstutdelning kan återvinnas enligt en objektiv bestämmelse. Generalklausulen finns med för att tillgodose den elastiska karaktären ett återvinningsinstitut måste ha för att uppfylla sitt ändamål. Låt den fånga upp förfaranden som svårligen kan fångas upp med andra verktyg. Det finns ingen paragraf som tydligt omfattar en vinstutdelning, men beroende på vilken etikett man kan sätta på en vinstutdelnings olika faser, finns det enligt mig en möjlighet att tolka en vinstutdelning som antingen en benefik handling eller en betalning av en skuld.

5.3 Vinstutdelning som gåva

5.3.1 Reguljär vinstutdelning

En vinstutdelning är möjligen inte en erkänd typ av gåva, men beröringspunkter finns. För att kunna återvinnas som en gåva enligt 4 kap. 6 § KonkL, krävs att aktiebolaget hade gåvoavsikt när de beslutade härom. Detta betyder dock inte att en gåva måste ha företagits enligt konstens alla regler, utan samtliga benefika rättshandlingar kan angripas med bestämmelsen.

Precis som vid benefika transaktioner, presterar aktiebolaget utan att erhålla motprestation från aktieägaren. Frågan om motprestation är enligt mig en brännande punkt. *Å ena sidan* uppstår inget krav på motprestation för aktieägaren när ett aktiebolag i ett givet läge beslutar om en vinstutdelning. *Å andra sidan* ska man måhända inte avgöra frågan om huruvida rättshandlingen är benefik endast efter de *synliga* yttre omständigheter som föreligger vid beslutet. Att det kan finnas bakomliggande affärsmässiga intressen som måste beaktas vid prövningen, aktualiserar det tidigare behandlade förhållandet mellan en aktieägare och ett aktiebolag.

Ofta är det grundläggande motivet för en investering att aktieägaren i framtiden ska generera vinst. Näringslivet och sin tur samhället är beroende av att det finns personer som är villiga att satsa kapital i en verksamhet, utan att själva ta en större ekonomisk risk än det investerade beloppet. Principen att investerare ska njuta avkastning på satsat kapital är till och med så stark att det finns en lagstadgad rätt för till vinstutdelning för en aktieägarminoritet. Nämnda rätts

betydelse ska dock inte överdrivas, då dess syfte är motverka maktmissbruk inom bolaget och inte att visa att en vinstutdelning i alla lägen är affärsmässig.

Intresset som ligger till grund för rättsförhållandet mellan ett aktiebolag och dess aktieägare har beskrivits som oneröst. Till en början är detta självklart, då ett beslut om inköp av en aktiebehållning normalt grundas på affärsmässiga överväganden. Detsamma gäller då en person vid grundandet av ett aktiebolag skjuter till likvida medel. Frågan är om förhållandet under alla omständigheter behåller sin onerösa karaktär även efter att lång tid förflutit. En jämförelse kan göras med ränta. Att exempelvis placerade pengar på ett konto i en bank uppbär ränta även efter 10 år, gör knappast ränteutbetalningen till benefik. Såväl tingsrätt som Sandström har dock liknat en vinstutdelning vid gåvoliknande benefik rättshandling. Vid fåmansaktiebolag är det inte otänkbart att majoritetsägaren genom konstruktionen vinstutdelning de facto söker undandra egendom vid stundande ekonomisk kris. Frågan är om det i dessa lägen ska gå att tvätta bort otillbörligheten i den allmänna omsättningens anda och med hjälp av principen om avkastning på investerat kapital.

Det ska påminnas om att återvinningsreglerna är centralt verktyg för att inte ändamålen med konkursen ska förfelas och tanken är att dess existens ska fungera såväl preventivt som reparativt. För uppfyllandet av båda dessa funktioner har det ansetts betydelsefullt att en vid krets av rättshandlingar som företas kort före konkursutbrottet, kan fångas upp av återvinningsinstrumentet. Som jag ser det är tillämpningen av 4 kapitlet 6 § KonkL på vinstutdelning inte en analogi, utan rättshandlingen kan rymmas av den vida krets som åsyftats av lagstiftaren.

Sammanfattningsvis går det *å ena sidan* inte att tolka in en absolut gåvoavsikt i en vinstutdelning, även om den har benefika inslag såsom saknad av motprestation. *Å andra sidan* anser jag att man inte kan utesluta gåvoavsikt endast för att rättshandlingen har konstruktionen av en vinstutdelning. Enligt min tolkning kan under vissa omständigheter en vinstutdelning, *i det individuella fallet* och efter en helhetsbedömning av samtliga yttre förhållanden, betecknas som benefik. Hänsynen till en aktieägars rätt till avkastning på investerat kapital medför dock att återvinningskräanden påbörjar sin talan i viss uppförsbacke. Förloppet måste med betydande styrka tala för att aktiebolaget sökt gynna en aktieägare eller undandra egendom från borgenärerna och stor hänsyn måste tas till omsättningsintresset. Varken omsättningsintresset eller aktieägarintresset får dock medföra att så länge aktiebolaget paketerar ett otillbörligt undandragande av egendom till en vinstutdelning, omvandlas en gåvoavsikt till affärsmässighet.

Återvinningsgrunden bör vara av särskilt intresse i olika former av närståendegemenskap, där lagstiftaren sedan långt tillbaka ansett att dessa transaktioner bör ägnas särskild uppmärksamhet. Ett exempel som skulle kunna tala för gåvoavsikt är att det utdelande aktiebolaget är ett fåmansbolag, där det kan argumenteras för att aktiebolag och aktieägare ska ses som samma rättssubjekt. I dessa fall är det inte givet att bakomliggande kommersiella intressen alltid bör minska borgenärskollektivets rätt. Det får ses som sannolikt att en vinstutdelning kort före konkurs företagits i syfte att gynna aktieägaren, på beslut av aktieägaren.

En annan faktor är möjligtvis att andra omständigheter får vinstutdelningen att framstå som företagen i syfte att kringgå reglerna om återvinning av gåva. En förhållandevis stor utdelning torde enligt mig tala för gåvoavsikt i förhållande till den del som överskrider en skälig avkastning. Utgångspunkten är som bekant att aktieägaren har ett berättigat intresse av att få avkastning på sitt kapital. Aktiebolagets syfte är vanligtvis att gå med vinst och ge avkastning på detta kapital. Då kan möjligen den utdelning som överstiger vad som kan anses vara en skälig avkastning på satsat kapital, inte bedömas som ett utflöde av avkastningsrätten, utan benefik. Särskilt eftersom en sådan avkastning även kan lända bolaget till förfång. Mitt exempel i inledningen till uppsatsen, då bolaget delat ut samtliga likvida medel, belyser en sådan situation. Problemet med detta argument är att fastställa en skälig nivå för avkastningen, eftersom det då krävs att samma resonemang som gjorde försiktighetsregeln svårtillämpad förs fram. Tanken med återvinningsinstitutet och i sin tur denna paragraf är också att rättshandlingen ska gå åter och därmed att hela gåvan återvinns.

5.3.3 Förtäckt vinstutdelning och blandad gåva

Det är tydligt att en förtäckt vinstutdelning ska kunna återgå enligt 4 kap. 6 § 2 st. KonkL. Borgenärsskyddsreglerna kan inte frångås på grund av aktieägarnas överenskommelse att åsidosätta formella regler. Snarare kan en sådan vilja att dölja att vinstutdelning skett tala för ett otillbörligt syfte. Aktiebolaget är kanske medveten om såväl en stundande ekonomisk kris som konkursboets svårighet att upptäcka en förtäckt utdelning. Den förtäckta varianten av vinstutdelning är svår att upptäcka för konkursboet eller en granskande borgenär, då transaktionen vid en första anblick ser vardaglig ut. Ett vanligt exempel är att bolaget säljer en fastighet till en aktieägare för det bokförda priset, vilket endast utgjort hälften av marknadsvärdet. Ett annat exempel är att bolaget köper tjänster av sitt moderbolag till ett pris som kraftigt överstiger marknadspris. Sådana rättshandlingar behöver inte ha ohederligt syfte, men vid en efterföljande konkurs är det viktigt att de ohederliga avtalen kan angripas.

Även om man starkt förespråkar att en gåvoavsikt aldrig ska kunna intolkas vid en reguljär vinstutdelning, måste man vika sig för den förtäckta vinstutdelnings benefika inslag. Givetvis är inte regeln tillämplig på alla förtäckta vinstutdelningar, eftersom det för blandad gåva krävs att diskrepansen mellan prestationerna uppenbart tyder på gåvoavsikt. En förtäckt vinstutdelning föreligger redan vid minsta skillnad mellan prestationerna som inte är marknadsmässig. Ovanstående leder tvivelsutan till slutledningen att vinstutdelning och värdeöverföring är möjligt att sammanföra med gåvoavsikt. Bedömningen om gåvoavsikt vid återvinning av gåva, är också snarlik med den gällande affärshändelsens icke helt affärsmässiga karaktär vid förtäckt vinstutdelning. Båda bedömningar ska i det enskilda fallet fastställas med hänsyn till utåt iakttagbara omständigheter kring händelse. Vid återvinning mot närstående förutsätts till och med att värdediskrepansen bottnar i gåvoavsikt. Samma överväganden om mottagarens eventuella inflytande i aktiebolaget ryms i bedömningen om affärsmässighet. Att samma hänsynstaganden och överväganden görs vid prövning av såväl gåvoavsikt som vid en typ av vinstutdelning, ger ytterligare bärighet till argumentet att en vinstutdelning kan vara en gåva.

5.4 Vinstutdelning som betalning av en skuld

5.4.1 Inledning

Rekvisitet betalning av en skuld, blir till en början bärande. Vad gäller direkt nackdel, ska endast påminnas om att en fordran på vinstutdelning inte getts förmånsrätt enligt FRL, varför utdelningen medför direkt nackdel om någon borgenär på grund av den riskerar sämre utdelning. Vad gäller den omvända bevisbördan för närstående kan även erinras om att en aktieägare kan vara närstående, men inte nödvändigtvis behöver vara det. Se mer om detta under kapitel 4.5. Ytterligare behandling av omvänd bevisbörda samt tidsrekvisitet medför inte särskilda tillämpningsbetänkligheter vad gäller en vinstutdelning, varför hänvisning endast görs till kapitel 4.9.

5.4.2 Betalning av skuld

Om man bryter ned institutet vinstutdelning till dess bakomliggande rättshandlingar, ser man enligt mig tydligt dess tillämplighet på de givna förutsättningarna i 4 kap. 10 § 1 st. KonKL. När bolagsstämman för ett aktiebolag beslutar om vinstutdelning, skapas ett fordringsanspråk för aktieägarna på utbetalning av ett aktiebolags vinstmedel, som korrelerar med en skuld för bolaget. När vinstutdelning sedermera utbetalas, regleras skulden av bolaget gentemot aktieägaren. Aktiebolaget är under perioden mellan beslut och utbetalning, i förhållande till aktieägaren och tillika borgenären, en gäldenär. En vinstutdelning på högt belopp, kort innan en konkurs, bör i min mening vara just en sådan onormal betalning som lagstiftaren avsåg att bestämmelsen skulle träffa. En reguljär vinstutdelning torde även vanligen utföras i form av transferering mellan aktiebolagets och aktieägarnas bankkonton, vilket enligt Lennander obestriddligen ger den karaktären av en betalning, som framhållits ovan under avsnitt 4.9.2.

Att Renman framfört att skulden måste vara "gammal" anser jag inte betyda att en bestämd tid måste ha förflutit mellan skuldens uppkomst och reglering, utan att rena kontantaffärer inte ryms inom bestämmelsen, se ovan under avsnitt 4.9.2. Detta är naturligt eftersom nackdel inte förorsakats i de fallen. Den omständighet att det passerar några dagar mellan beslutet om och utbetalning av vinstutdelning, anser jag därför inte hindra bestämmelsens tillämplighet. Renman har indirekt gett sitt stöd för paragrafens tillämplighet på en vinstutdelning. Följande uttalande är på ämnet om flera betalningar till olika borgenärer kan sammanläggas till att bli ett avsevärt belopp:

"Betalning av utdelning till samtliga aktieägare i gäldenärsbolaget eller en betalning till flera närstående bolag vid en och samma tidpunkt kan vara ett sådant speciellt fall där betalningarna kan sammanläggas, om betalningarna varit icke-ordinära".³¹⁸

Ovanstående övertygar mig om att en vinstutdelning kan tolkas som en betalning av en skuld. Nu återstår att undersöka hur resterande rekvisit i paragrafen passar in på en vinstutdelning.

³¹⁸ Citatet är hämtat från Renman, s. 181.

5.4.3 Osedvanliga betalningsmedel

Rekvisitet betalning med osedvanliga betalningsmedel torde sällan bli aktuellt. Vanligen företas en sådan betalning eftersom gäldenären inte hade förmåga att använda det sedvanliga betalningsmedlet. Det går dock inte utesluta att denna förutsättning kan vara förhanden.

Den sedvanliga utbetalningsmetoden för en vinst torde vara att aktiebolaget överför kontoförda medel på bank till aktieägarens bankkonto. Om partsbruk eller branschpraxis vittnar om att det är vanligt att aktiebolaget delar ut vinst på andra sätt, t.ex. genom aktier eller medel i försäkringsfonder, kan detta medföra att det betalningsmedlet ska ses som sedvanligt. Typfallet av osedvanlighet bör enligt min uppfattning vara då aktiebolaget vidtar en så kallad sakutdelning, såsom att aktierna i en värdefull aktiepost delas ut till aktieägarna eller att ett fåmansbolag delar ut en fastighet till dess enda aktieägare.

5.4.4 I förtid

Eftersom utgångspunkten för bedömningen om en betalning gjorts i förtid är den normala förfallodagen, är det enligt min uppfattning osannolikt att en vinstutdelning går åter enligt denna grund. Den normala förfallodagen vid en beslutad vinstutdelning bör vara utdelningsdatumet. Att en vinstutdelnings otillbörlighet orsakas av att den utbetalats någon dag innan beslutat datumet torde vara sällsynt. Det går visserligen inte att utesluta att en ovanligt lång tid kredittid upp till flera månader beslutats av bolagsstämman och att utbetalning sker innan beslutet, varefter konkursutbrottet inträffar. I detta läge bör vinstutdelningen betalats ut i förtid.

5.4.5 Belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning

En klart vanligare omständighet bör i min mening vara att vinstutdelning vidtagits med ett belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Om ett högt belopp utbetalats till aktieägarna kort innan aktiebolagets konkurs, inverkar det sannolikt på den sammanlagda utdelning som borgenärskollektivet får. Då en vinstutdelning ofta beslutas på årsstämman, kan man relativt enkelt bedöma huruvida den var på ett betydande belopp genom att jämföra informationen i årsredovisningen, där vinstutdelningen ska vara särskilt angiven. Genom att inräkna den egendom som utdelats till aktieägarna bland tillgångarna, görs en korrekt bedömning utefter de förhållanden som rådde vid den avgörande tidpunkten. Eftersom gäldenärens tillgångar ska bedömas enligt deras bruttoförsäljningsvärde och inte fortlevnadsvärdet, blir även konkursbouppteckningen central.

Riktmärket att betalningen är avsevärd när den överstigit tio procent av tillgångarna får enligt mig ha betydelse även vid vinstutdelning. Att sådana höga vinstutdelningar kan figurera i ett aktiebolag med hög omsättning torde inte vara alltför extraordinärt. Särskilt inte i de fall flera betalningar kan sammanläggas. Vinstutdelningen kan vid särskilda fall vara så hög att den i lagens mening ska ses som avsevärd i och för sig. Enligt Lennander krävs det att synnerligen höga belopp i storleksordningen tiotals miljoner kronor utbetalas och jag

ansluter mig till den bedömningen. Att så sker tillhör förmodligen inte vanligheterna, vilket enligt min uppfattning torde vara vad som åsyftats.

Vid flera utbetalningar till samma aktieägare under återvinningsfristen, kan alla som anses vara extraordinära sammanläggas. Detta hör dock förmodligen till ovanligheterna vid vinstutdelning. Flera utbetalningar till olika aktieägare är tvärtom huvudregeln eftersom alla aktieägare enligt 7 kap. 47 § ABL ska behandlas lika.³¹⁹ I min mening torde kretsen av aktieägare vara just en sådan ekonomisk intressesfär, som HD menade att en sammanhållen betalning till dess aktörer ska sammanläggas. Rättsfallet ter sig i det närmaste utformat efter omständigheterna kring vinstutdelningar och framhålls ovan under avsnitt 4.9.5. Detta är en teori som även Renman tagit till sig och framfört i sin bok, vilket uppmärksammats i citatet ovan under kapitel 5.4.2. Enligt min tolkning är möjligheten att undantaget realiserar högre vid just vinstutdelningar, då betydande belopp inte sällan figurerar i dessa sammanhang.

Den sistnämnda återvinningsbara omständighet får ses som mycket effektiv mot otillbörliga vinstutdelningar. Ingen omotiverat resurskrävande analys av gäldenären krävs och inget svårhanterat subjektivt rekvisit behöver visas. Till skillnad från vad som gäller vid återbäring av olaglig vinstutdelning enligt ABL, går hela vinstutdelningen åter om den vidtagits med ett avsevärt belopp. Enligt ABL går endast den del som bedöms vara olaglig åter, vilket inte är konstigt vid friska bolag. Enligt mig borde dock *all* otillbörlig vinstutdelning kort före konkurs återvinnas. Att i en efterföljande konkurs bedöma vilken del av vinstutdelningen som är olaglig, vid beaktande av de parametrar som stadgats i försiktighetsregeln, är som tidigare nämnt mycket svårt. I dessa fall framstår enligt mig återvinningsinstitutet som påtagligt mer rättframt. Återvinning passar sig bättre för en konkurssituation, medan de aktiebolagsrättsliga sanktionerna är mer lämpliga vid fortsatt verksamhet. Man kan tycka att återvinningsinstitutet då blir för strängt, till skada för omsättningsintresset och kanske även rättssäkerheten för aktieägarna. Somliga skulle kanske argumentera för att aktieägarna hålls på för rättsosäker mark, eftersom beslutade vinstutdelningar för närstående kan gå åter så sent som två år senare. Jag anser att ett sådant resonemang är bristfälligt. Det är endast *otillbörliga* vinstutdelningar som ska återvinnas och detta säkerställs genom undantaget för ordinära betalningar, vilket ser till att det varken tummas på omsättningsintresset eller rättssäkerheten för aktieägare. Vid återgång av betalningar av skulder är otillbörligheten intimt sammankopplat betalningens ordinära karaktär. Detta ska visas vid analysen av undantaget för ordinära betalningar, som följer härnäst.

5.4.6 *Icke-ordinär*

Undantaget för ordinära betalningar syftar som bekant att tillförsäkra trygghet för den ekonomiska omsättningen. Aktiebolagens nyckelposition i det svenska näringslivet och i ett vidare perspektiv samhället, samt det faktum att vinstutdelningen utgör ett centralt instrument för aktiebolagen att ge dess aktieägare avkastning på investerat kapital, måste hållas i åtanke även vid återvinning. Den säkerhetsventil som undantaget förkroppsligar, blir

³¹⁹ Se även 4 kap. 1 § och 8 kap. 41 § ABL.

ur den synvinkeln av särskild vikt. Utbetalning av vinst är i jämförelse med andra mer vardagliga betalningar utförda med betydande belopp, särskilt om de ska sammanläggas. Därför är det lätt att förledas att tro att en sådan betalning aldrig kan vara ordinär, vilket dock är fel. Det vore inte en fruktbar väg att slå in på, om *alla* vinstutdelningar som företagits tre månader innan en konkurs ska gå åter.

En vinstutdelning är en disposition som ofta görs i samband med upprättande av årsredovisningen, vari det utefter storleken på eventuell vinst för det förgående året, bestäms hur mycket som ska delas ut till aktieägarna. I ett friskt och normalt fungerande aktiebolag avgörs alltså dispositionen på grundval av det förgående årets resultat, tillsammans med eventuell balanserad vinst från tidigare år.

En utdelning är inte otillbörlig endast för att den är hög och utbetalad kort före aktiebolagets konkurs, även om detta är uppseendeväckande och ur ett moraliskt perspektiv kan kännas förkastligt. Det är inte omöjligt att verksamheten varit välmående och haft ett år med gott resultat, men på grund av olika oförutsedda händelser är tvungna att försättas i konkurs några månader senare. En haltande bransch bör man normalt kunna förutse, men det kan vara frågan om stora kundförluster som gett dominoeffekter. Aktiebolaget kan vara baktungt vad gäller den egna faktureringen, det vill säga att det har många såväl ofakturerade som fakturerade men obetalade fordringar. Går i det läget en stor kund i konkurs, kan detta innebära ett ekonomiskt bakslag som är svårt att överleva. Även andra faktorer, såsom att kostnadsnivån oväntat ökat kraftigt eller att förlorandet av nyckelpersoner varit förödande för intäktstillflödet, kan på kort tid leda till ekonomisk kris. Eftersom det är förhållandena vid beslutet för vinstutdelningen som ska vara avgörande, kan en flera månader tidigare utförd disposition vara tillbörlig vid särskilda omständigheter. Jag anser därför att den tidigare nämnda balansgången mellan *å ena sidan* att återföra illojala och otillbörliga transaktioner mot borgenärerna och *å andra sidan* att objektivt normala transaktioner ska få flyta igenom, får särskild vikt vid vinstutdelningar. Att det exempelvis har fastställts att vinstutdelningen avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning, betyder således inte att den är extraordinär, utan endast att prövningen genomgått första steget mot återvinning. Det andra steget, att undersöka om undantaget för ordinära betalningar är tillämpligt, ska bestå av en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter. I detta steg synas vinstutdelningen i sömmarna, för att se om den trots graverande omständigheter, inte står i strid med återvinningsinstitutets syfte. Två olika metoder har utkristalliserats.

Som jag ser det kommer *kausalitetsmetoden* bli mest användbar. Metodiken går ut på att granskaren ställer sig frågan om den yttre situationen ger anledning att misstänka att aktieägaren försökt tillskansa sig pengar eller att aktiebolaget önskat gynna aktieägaren framför andra borgenärer, på grund av aktiebolagets förestående konkurs. Det är en objektiv bedömning av samtliga relevanta omständigheter, varför parternas faktiska avsikter är ovidkommande. Genom denna bedömning granskas vinstutdelningen mot syftet med återvinningsreglerna samt i förlängningen konkursinstitutet. Pekar de yttre förhållandena på att bolaget genomförde vinstutdelningen då det hade sparade vinstmedel sedan tidigare år och god likviditet, men av olika anledningar insåg att bolaget inom några månader skulle

tvingas försättas i konkurs, bör vinstutdelningen kunna återvinnas. Om det tvärtemot synes ha varit en serie olycksamma företeelser som orsakat konkursen, ska vinstutdelningen istället inte återvinnas.

Det finns viss risk att en bedömning enligt kausalitetsmetoden blir för abstrakt. Detta eftersom det för prövningen om otillbörligt syfte normalt anläggs ett subjektivt perspektiv, det vill säga om aktiebolagets/aktieägarens uppgifter pekar på insikt om förestående konkurs och illojala avsikter. Här ska dock inte sådana subjektiva faktorer beaktas, utan det ska förutsättas att alla yttre omständigheter är kända och slutsatser dras utifrån dessa. I vissa fall kan *avvikelsemetoden* konkretisera prövningen, om det finns tydliga tecken på att vinstutdelningen antingen till punkt och pricka följer det för parterna normala mönstret eller avviker härifrån. Om ett aktiebolag alltid beslutat sina vinstutdelningar i samband med årsstämman, och den ifrågasatta vinstutdelningen vidtagits i form av en extrautdelning på ett för bolaget osedvanligt datum, kan detta möjligtvis tala för otillbörligt syfte. Även en jämförelse med den normala tidpunkten för vinstutdelningar i affärslivet och den aktuella branschen kan ge tecken på extraordinärt beteende. Det mest förekommande torde här vara att aktiebolagen tillämpar ett räkenskapsår enligt samma tideräkning som verksamhetsåret, det vill säga 1 januari till 31 december och besluta om vinstutdelning på årsstämman som följer därpå. Årsstämman ska hållas inom sex månader från räkenskapsårets utgång, varför det normala i affärslivet torde vara att vinstutdelning beslutas från 2 januari till 31 maj. Om aktiebolaget och sedermera gäldenären aldrig tidigare beslutat om vinstutdelning och partsmönstret därmed saknas, kan en beslutad utdelning på en extra bolagsstämma i augusti måhända peka på att utbetalningen är extraordinär.

Det kan tyckas att man vid denna bedömning, likt vid avgörandet om en betalning av en skuld gjorts i förtid, inte ska bedöma transaktionen i sin helhet utan endast betalningen i sig. Min åsikt är att, i beaktande av syftet med undantaget för ordinära betalningar, blir en analys av endast utbetalningen intetsägande. Vid vinstutdelning är det bakomliggande beslutet om vinstutdelning av störst intresse, vilket kanske skiljer denna typ av transaktion från annan betalning av skuld. Vid typfallet av återvinning enligt 4 kap. 10 § 1 st. KonKL är det tvärtom betalningen som misstänks vara företagen med otillbörlig avsikt och inte den rättshandling som medförde att fordringen uppkom. Detta är tydligt när man läser såväl förarbeten, praxis som doktrin. Om man söker tillämpa en vinstutdelning på normalfallet av betalning av en skuld, skjuter man i min mening över målet.

Det torde för återvinning av vinstutdelning sällan vara relevant huruvida utbetalning sker 3 dagar, 14 dagar eller 21 dagar efter beslutet. Det intressanta är normalt istället om beslutet att vidta utdelning till ett visst belopp förefaller ha påverkats av aktiebolagets stundande konkurs. Det vore enligt mig mer fördelaktigt att utöka metoden till att gälla transaktionen i sin helhet. Visst stöd för åsikten anser jag mig kunna hämta i Lennanders kommentarer till rättsfallet NJA 1982 s. 135. Här framför hon att om betalningar enligt en amorteringsplan som *avtalats* under återvinningsfristen vidtagits, är presumtionen stark för att avtalet

betingats av illojalt syfte.³²⁰ Om betalningen ska bedömas enskilt missar man således poängen med undantaget.

Huvudsyftet med återvinningsinstitutet är som bekant att motverka att rättshandlingar som vidtas för att kringgå följderna av en eventuell konkurs och därigenom orsakar att dess funktion förfelas. Det som kringgås är den rättvisa fördelning av gäldenärens egendom, vilket även är den tanke som genomsyrar förfarandet och betyder att alla dispositioner med denna avsikt är illojala. Lagberedningen ämnade med de objektiva återvinningsgrunderna stadga förutsättningar som i och för sig är till skada, men även är i linje med omsättningsintresset. Näringslivets behov av att kunna utföra vinstutdelningar, för att locka investerares kapital till bolagsformen aktiebolag och aktieägarnas rätt att få avkastning på sin investering, är också av yttersta vikt. Därför blir jämförelsen med hur aktiebolaget och aktieägarna normalt skulle ha agerat central, för att definiera vinstutdelningen som en förtjänad avkastning eller en mot borgenärerna illojal handling. Att låta vinstutdelning falla under 4 kapitlet 10 § 1 st. KonkL, är inte bara fördelaktigt för borgenärskollektivet, utan underlättar även för aktiebolaget att avgöra om den planerade vinstutdelningen kan komma att gå åter. I det perspektivet undermineras inte rättssäkerheten genom tillämpning av förevarande paragraf, utan höjs.

³²⁰ Lennander, s. 258.

6. SLUTSATSER

Enligt min uppfattning är *inte återvinningsinstitutet i alla lägen subsidiärt* till de obligationsrättsliga och sakrättsliga sanktionerna. Det finns ingen absolut och allmängiltig fördel att förpassa återvinningsreglerna till avbytarbänken, och endast föra fram dem när högre rangordnade regelverk fallerar. Visserligen finns en viss logisk poäng med den ordningen för vissa typer av transaktioner, men inte vid vinstutdelning. Att ett otillbörligt köp av inventarier inte ska angripas med återvinningsreglerna, om inte tradition skett och således sakrättsligt skydd inte vunnits, är en rimlig slutsats. Köpet är då inte skyddat gentemot säljarens borgenärer och ingen nackdel har åsamkats dem. Andra överväganden måste enligt min tolkning föras fram vid vinstutdelningar. Om vinstutdelningen är så uppenbart olaglig att beloppsspärren överskridits, kan denna regeln med fördel ges prioritet. En talan med försiktighetsregeln som grund, leder dock till ett sådant omfattande utredningsbehov och tvivelaktig bedömnings säkerhet, att en återvinningstalan blir mer lämplig. I en konkurssituation borde en domstol i min mening inte avvisa en talan om en angripen vinstutdelning, med skälet att yrkandet endast stödjer sig på en eller flera återvinningsgrunder. Det skulle leda till att konkursförvaltare av ekonomiska skäl måste släppa vinstutdelningar som ter sig otillbörliga, vilket i sin tur förfelar den reparativa och i förlängningen den preventiva funktion återvinningsinstitutet har. Om konkursförvaltaren för en talan om olaglighet enligt försiktighetsregeln, vilket idag måste vara en raritet, blir utredningsmaterialet mycket omfattande. Ett omfattande utredningsmaterial leder till en omfattande bevisföring under huvudförhandlingen, vilket bör motverkas av processekonomiska skäl. Enligt mig borde domstolen vid rättslig flerspårighet, i ljuset av justitieråd Lindskogs metod, tillåta att återvinning åberopas i första hand, när skäl för det finns.

Att en vinstutdelning är en rättshandling i *den allmänna otillbörlighetsregelns* mening är uppenbart. Trots detta saknas inte intressanta aspekter att föra fram vad gäller tillämpningen av rättshandlingsrekvisitet. Enligt mig talar mycket för att det är själva beslutet om vinstutdelning som är den otillbörliga rättshandling som ska gå åter. Jag har svårt att se att utbetalningen av vinstutdelningen skulle kunna vara otillbörlig i sig, i frånvaro av otillbörlighet när beslutet togs. Under mycket speciella omständigheter kan enligt min tolkning ett passivt förhållningssätt kunna utgöra en förtäckt vinstutdelning, vilket i sin tur kan återvinnas enligt förevarande bestämmelse. Ett exempel på detta är att ett konsultaktiebolag avstår en affär i syfte att gynna en aktieägare och tillika konsult, varefter aktieägaren utför och personligen debiterar för det lönsamma uppdraget. Enligt mig torde detta endast kunna ske vid uppenbara fall av kringgående av vinstutdelningsreglerna.

Det kan vidare konstateras att bestämmelsens övriga rekvisit passar sig väl för tillämpning på en vinstutdelning. I det enda rättsfall jag funnit som berört återvinning av vinstutdelning,

åberopades också 4 kap. 5 § KonkL. Visserligen var knappast behandlingen av denna regel prejudicerande, eftersom det endast var tingsrätten som bedömde själva återvinningsfrågan. I undersökningens analys ger jag åtskilliga exempel på hur rekvisiten kan tolkas när vinstutdelning företagits. I min mening är dock *inte förevarande regel tillräckligt återvinningsalternativ*, utan det är av stor vikt att en vinstutdelning kan återvinnas enligt en objektiv bestämmelse. Paragrafen har historiskt sett ansetts restriktiv och därför blivit återhållsamt tillämpad. Att endast otillbörliga vinstutdelningar ska gå åter, tillgodoses med hjälp av olika säkerhetsventiler som stadgats i respektive återvinningsgrund.

Min slutsats är att det varken går att konstatera att 4 kap. 6 § KonkL går att tillämpa på alla fall av vinstutdelningar kort före konkurs, eller att utestänga denna möjlighet. Enligt min tolkning får vinstutdelningen, i vanlig ordning, genomgå en helhetsbedömning av samtliga yttre omständigheter. I det individuella fallet anser jag att det *finns utrymme att likställa utdelningen med en gåva*. I min mening bör även förhållanden som får rättshandlingen att framstå som företagen i syfte att undvika återvinning av gåva, tala för att paragrafen bör vara tillämplig.

Det är även min åsikt att en förtäckt vinstutdelning ska kunna återgå enligt KonkL. Å ena sidan begränsar uppenbarhetsrekvisitet i väsentlig mån tillämpligheten på en förtäckt vinstutdelning, å andra sidan ger möjligheten härtill tyngd till min intolkning av gåvoavsikt vid dessa rättshandlingar. Att samma hänsynstaganden och överväganden görs vid prövning av såväl gåvoavsikt som vid en typ av vinstutdelning, ger ytterligare bärighet till argumentet att en vinstutdelning kan vara en gåva.

Enligt mig är det vid nedbrytning av institutet vinstutdelning tydligt att det *de facto sker en betalning av en skuld*. En stor överföring av likvida medel, vilket oftast är utbetalningsmetoden, kort före konkursutbrottet, borde i min mening vara just en sådan onormal betalning som lagstiftaren avsåg motverka. I min mening torde det tillhöra ovanligheterna att betalning med osedvanliga betalningsmedel gjorts samt att den utförts i förtid. Min bedömning är att den omständighet att vinstutdelningen bestämts till ett belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning bli mest aktuell. Den sistnämnda återvinningsbara omständighet får ses som mycket effektiv mot otillbörliga vinstutdelningar. Samtidigt går, till skillnad från sanktionerna enligt ABL, hela vinstutdelningen åter om den är avsevärd. En ökad tillämpning av bestämmelsen leder inte till reducerad rättssäkerhet, eftersom det endast är otillbörliga vinstutdelningar som ska återvinnas, vilket säkerställs genom undantaget för ordinära betalningar. Enligt min bedömning och erfarenhet kan det förlopp som ägt rum före utbetalningen vittna om att vinstutdelningen faktiskt inte var otillbörlig. Att låta vinstutdelning falla under 4 kapitlet 10 §, är inte bara fördelaktigt för borgenärskollektivet, utan underlättar även för aktiebolaget att avgöra om den planerade vinstutdelningen kan komma att gå åter.

I min undersökning har jag kommit fram till att en vinstutdelning skulle kunna återvinnas enligt såväl 4 kapitlets 5 § som 6 och 10 §§. När jag i detalj studerat, funderat och analyserat vilka frågor, svårigheter och överväganden tillämpningen i specifika fall skulle kunna medföra, erbjuder sammantaget 10 § den mest lämpliga och framkomliga prövningsgrunden

för en uppseendeväckande vinstutdelning. Möjligen kan de komplettera varandra på så sätt att när en vinstutdelning inte är utbetalad med osedvanliga medel, i förtid eller med avsevärt belopp, istället ska ses som en gåva på ett belopp som inte är obetydligt för borgenärerna. Den allmänna otillbörlighetsregeln uppfyller här sin vanliga funktion, att göra återvinningsinstitutet mer elastiskt för att fånga upp otillbörligheter som av någon anledning faller utanför de objektiva återvinningsreglernas omfattning.

Min undersökning har gett mig uppslag på ämnen kan vara av intresse att ytterligare belysa. Ett exempel är om och i så fall när en vinstutdelning kan återvinnas som lön. Av skattemässiga skäl är det inte ovanligt att fåmansbolag ersätter sina delägare med vinstutdelning istället för lön, varför utdelningen kan sägas vara likställt med lön. Förutsättningen för återvinning enligt denna paragraf är just att vinstutdelningen kan likställas med lön och att den *uppenbart* översteg vad som kan anses som skäligt med hänsyn till gjord arbetsinsats, verksamhetens lönsamhet och omständigheterna i övrigt. Möjligen kan detta vara ett alternativ som kan ytterligare bredda återvinningsinstitutets räckvidd ifråga om vinstutdelning. Det vore därför intressant om någon annan hugad student eller praktiker ville undersöka frågan.

Ett annat exempel är huruvida en fordran på aktiebolaget gällande vinstutdelning, som kvittats mot en skuld mot aktieägaren kan hanteras inom återvinningsinstitutet. Möjligen är funderingen mer akademisk än något ofta förekommande i affärslivet, men likväl finner jag frågan intressant. Min uppsats var dock redan omfattande utan att beröra kvittning, varför jag lämnar frågan för någon annan att undersöka. En tredje aspekt, vilken berörts i korthet, men inte kunnat fördjupa mig i, är återvinning av passivitet. När, hur och med vilka begränsningar underlåtenhet att handla kan återvinnas är måhända ett ämne värdigt vidare granskning.

Avslutningsvis är det en önskan och förhoppning att en konkursförvaltare, eller borgenär, i framtiden vågar föra en återvinningstalan mot en vinstutdelning. Gärna baserat på en objektiv grund, trots att varken lagtext, förarbeten eller praxis klargjort denna möjlighet. På så sätt får mina överväganden och slutsatser genomgå det yttersta styrkeprovet.

KÄLLFÖRTECKNING

Offentligt tryck

Författningar

Aktiebolagslag (1975:1385)
Aktiebolagslag (2005:551)
Förmånsrättslag (1970:979)
Konkurslag (1987:672)
Lag (1987:667) om ekonomiska föreningar
Lag (1996:764) om företagsrekonstruktion
Lag (2005:556) om ändring i årsredovisningslagen
Preskriptionslag (1981:130)
Årsredovisningslag (1999:1078)

Propositioner

Prop. 1975:6, Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.
Prop. 1986/87:90, Om ny konkurslag.
Prop. 2004/05:85, En ny aktiebolagslag.

Statens offentliga utredningar

Lagberedningens betänkande Utsökningsrätt X (SOU 1970:5)
Återvinning i konkurs, Delbetänkande av kommissionen mot ekonomisk brottslighet (SOU 1983:60)

Rättsfall

Hovrätt

RH 1988:105
RH 1994:23
RH 2006:9

Högsta domstolen

NJA 1947 s. 647
NJA 1974 s. 378
NJA 1977 s. 46
NJA 1978 s. 194
NJA 1981 s. 534

NJA 1981 s. 562
NJÄ 1981 s. 759
NJÄ 1983 s. 737
NJÄ 1985 s. 29
NJÄ 1985 s. 117
NJÄ 1987 s. 320
NJÄ 1987 s. 872
NJÄ 1989 s. 3
NJÄ 1990 s. 562
NJÄ 1995 s. 688
NJÄ 1995 s. 742
NJÄ 1996 s. 624
NJÄ 1997 s. 115
NJÄ 1997 s. 418
NJÄ 1998 s. 487
NJÄ 1998 s. 728
NJÄ 1998 s. 759
NJÄ 2002 s. 441
NJÄ 2003 s. 37
NJÄ 2007 N 34
NJÄ 2008 s. 1208
NJÄ 2009 s. 291
NJÄ 2010 s. 154
NJÄ 2011 s. 755
NJÄ 2012 s. 391

Litteratur

Böcker

Andersson, Jan, Om vinstutdelning från aktiebolag, Iustus förlag, 1995.
Bergström, Sture, Andersson, Torbjörn, Håstad, Torgny, Lindblom, Per Henrik, Juridikens termer, upplaga nio, 2002, Liber, s. 138.
Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Rättegång I, upplaga 8, Norstedts Juridik, 2002.
Folkesson, Enar, Företaget i ekonomisk kris, upplaga 7, Talentum, 2009.
Heuman, Lars, Specialprocess: Utsökning och konkurs, upplaga 6, Norstedts Juridik, 2007.
Håstad, Torgny, Sakrätt avseende lös egendom, upplaga 6, Norstedts Juridik, 1996.
Håstad, Torgny, Insolvensrättsligt forum, Iustus, 2003.
Johansson, Svante, Nials svensk associationsrätt i huvuddrag, upplaga 9, Norstedts Juridik, 2007.
Johansson, Svante, Svensk associationsrätt i huvuddrag, upplaga 10, Norstedts Juridik, 2011.
Lennander, Gertrud, Återvinning i konkurs, upplaga 4, Norstedts Juridik, 2013.
Lindskog, Stefan, Aktiebolagslagen: 6:e och 7:e kapitlet: aktiekapitalsnedsättning och egna aktier, Juristförlaget, 1995.

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 2013.

Palmér, Eugéne, Savin, Peter, Konkurslagen: En kommentar, Norstedts Juridik, 2013.

Renman, Hans, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, upplaga 2, Norstedts Juridik, 2013.

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation, upplaga 2, Norstedts Juridik, 2007.

Sandström, Torsten, Svensk aktiebolagsrätt, upplaga 4, Norstedts Juridik, 2012.

Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära, upplaga 5, Norstedts Juridik, 1996.

Walén, Gösta, Materiell konkursrätt, upplaga 2, Norstedts Juridik, 1987.

Welamson, Lars, Konkursrätt, Norstedt, 1961.

Welamson, Lars, Mellqvist, Mikael, Konkurs och annan insolvensrätt, Norstedts Juridik, 2013.

Artiklar

Bengtsson, Bertil, Om gåvobegreppet i civilrätten, SvJT 1962 s. 689 ff.

Hägge, Ulrik, Nackdelsrekvisitet vid återvinning i konkurs – en rättsfråga?, JT 2009-10, s. 170 f.

Lindskog, Stefan, Något om rättslig flerspråkighet, Festskrift till Gertrud Lennander, Jure, 2010.

Lehrberg, Bert, Begreppet förtäckt värdeöverföring – särskilt om rekvisitet ”rent affärsmässig karaktär för bolaget”, SvJT 2012 s. 537 ff.

Stattin, Daniel, Tillräknande av vetskap i aktiebolags- och aktiemarknadsrätten, SvJT 2012 s. 1 ff.

Thorell, Per, Redovisningen som grund för vinstutdelning, JT 2005-06 s. 373 ff.

Internet

Kristensson, Johan, Smålandsposten, Miljonutdelning till ägarna månader innan konkursen, 2013-09-26 (inhämtat 2013-12-04), <http://www.smp.se/nyheter/vaxjo/miljonutdelning-till-agarna-manader-innan-konkursen%283955108%29.gm>

Samuelsson Per, Nerep, Erik, Aktiebolagslag (2005:551) 17 kap. 1 §, Lexino, Karnov Internet, 2013-02-01.

Samuelsson Per, Nerep, Erik, Aktiebolagslag (2005:551) 17 kap. 3 §, Lexino, Karnov Internet, 2013-02-01.

Samuelsson Per, Nerep, Erik, Aktiebolagslag (2005:551) 18 kap. 11 §, Lexino Karnov Internet, 2013-02-01.

Samuelsson Per, Nerep, Erik, Aktiebolagslag (2005:551) 17 kap. 1 §, Lexino, Karnov Internet, 2013-02-01.

BILAGA

Relevant lagtext

17 kap. 3 § ABL

En värdeöverföring får inte äga rum om det inte efter överföringen finns full täckning för bolagets bundna egna kapital. Beräkningen ska grunda sig på den senast fastställda balansräkningen med beaktande av ändringar i det bundna egna kapitalet som har skett efter balansdagen.

Även om det inte finns något hinder enligt första stycket får bolaget genomföra en värdeöverföring till aktieägare eller annan endast om den framstår som försvarlig med hänsyn till

1. de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken av det egna kapitalet, och
2. bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt.

Om bolaget är ett moderbolag, ska hänsyn tas även till de krav som koncernverksamhetens art, omfattning och risker ställer på koncernens egna kapital samt till koncernens konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt.

4 kap. 3 § KonkL

Som närstående till en näringsidkare eller en juridisk person anses vidare

1. den som har en väsentlig gemenskap med näringsidkaren eller den juridiska personen som är grundad på andelsrätt eller därmed jämförligt ekonomiskt intresse,
2. den som inte ensam men tillsammans med en närstående till honom har sådan gemenskap med näringsidkaren eller den juridiska personen som sägs under 1,
3. den som genom en ledande ställning har ett bestämmande inflytande över verksamhet som näringsidkaren eller den juridiska personen bedriver,
4. den som är närstående till någon som enligt 1–3 är närstående.

4 kap. 5 § KonkL

En rättshandling, varigenom på ett otillbörligt sätt en viss borgenär har gynnats framför andra eller gäldenärens egendom har undandragits borgenärerna eller hans skulder har ökats, går åter, om gäldenären var eller genom förfarandet, ensam eller i förening med annan omständighet, blev insolvent samt den andre kände till eller borde ha känt till gäldenärens insolvens och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig.

Närstående till gäldenären ska anses ha sådan kännedom som anges i första stycket, om det inte görs sannolikt att hen varken hade eller borde ha haft sådan kännedom.

Om rättshandlingen ägde rum mer än fem år före fristdagen, går den åter endast när den har gällt någon närstående till gäldenären.

4 kap. 6 § KonkL

En gåva går åter, om den har fullbordats senare än sex månader före fristdagen. En gåva som har fullbordats dessförinnan men senare än ett år eller, när den har skett till någon som är närstående till gäldenären, tre år före fristdagen går åter, om det inte visas att gäldenären efter gåvan hade kvar utmättningsbar egendom som uppenbart motsvarade hans skulder.

Första stycket gäller även köp, byte eller annat avtal, om det med hänsyn till missförhållandet mellan utfästelserna på ömse sidor är uppenbart, att avtalet delvis har egenskap av gåva.

Understöd och sedvanliga gåvor som inte stod i missförhållande till gäldenärens ekonomiska förhållanden är undantagna från återvinning enligt denna paragraf

4 kap. 10 1 st. § KonkL

Betalning av en skuld, som har skett senare än tre månader före fristdagen och som har gjorts med annat än sedvanliga betalningsmedel, i förtid eller med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning, går åter, om den inte med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinär. Har betalningen skett till någon som är närstående till gäldenären dessförinnan men senare än två år före fristdagen, går den åter, om det inte visas att gäldenären varken var eller genom åtgärden blev insolvent.

David Karlsson registrerades på kursen "HR0800 Examensarbete" för första gången höstterminen 2013 och har ansökt och tilldelats dispens.

David Karlsson har aldrig omregistrerats på kursen "HR0800 Examensarbete".

David Karlsson deltog i examinationstillfället den 1 Mars 2014.