

Målnummer:	T2-95	Avdelning:	
Domsnummer:			
Avgörandedatum:	1997-06-24		
Rubrik:	Bestämmelserna om återbäringsskyldighet och bristtäckningsansvar i 12 kap 5 § 1 och 2 st aktiebolagslagen (1975:1385) har ansetts vara i viss utsträckning analogiskt tillämpliga.		
Lagrum:	12 kap. 5 § 2 st. aktiebolagslagen (1975:1385)		
Rättsfall:	• NJA 1951 s. 6 • NJA 1966 s. 475 • NJA 1976 s. 60 • NJA 1976 s. 618 • NJA 1990 s. 343		

REFERAT

Leasing Consult SOMÅ AB:s konkursbo (konkursboet) förde efter stämning å Sparbanksgruppen - Norrland AB (banken) vid Umeå TR den talan som framgår av TR:ns dom.

TR:n (lagmannen Heimer samt rådmännen Björling, referent, och Södermark) anförde i dom d 10 dec 1992: Bakgrund. Förvaltnings AB Valcon i Sundsvall - fortsättningsvis benämnt Valcon - förvärvade i maj 1987 aktierna i Söderlunds Måleri AB i Sundsvall, ett bolag som bedrev målerirörelse. Efter förvärvet ändrades bolagets firma till Leasing Consult SOMÅ AB - fortsättningsvis benämnt SOMÅ. Vidare ändrades bolagsordningen så att bolaget därefter medgavs rätt att bedriva leasingverksamhet. Måleriverksamheten avvecklades tidigt under hösten 1987. Vid tidpunkten för sitt förvärv av aktierna i SOMÅ ägde Valcon ytterligare ett antal aktiebolag, däribland Leasingconsult JOW AB - fortsättningsvis benämnt LC - vilket bolag bildats i juli 1986. LC hade på kort tid byggt upp en omfattande leasingverksamhet avseende främst skogsmaskiner. Leasingkontrakten pantförskrevs som säkerhet för lån i Sparbanken Norrland, numera Sparbanksgruppen-Norrland AB i fortsättningen benämnt banken. Aktierna i Valcon ägdes av R.W och M.O med hälften vardera. M.O och R.W bildade i maj 1987 var sitt aktiebolag, nämligen Exprim AB respektive Trissprim AB. Vardera bolaget hade ett aktiekapital på 50 000 kr. Exprim och Trissprim förvärvade d 30 juni 1987 av Valcon hälften var av samtliga aktier i bl a SOMÅ och LC. De ägarförhållanden som därefter gällde för den av M.O och R.W kontrollerade företagsgruppen illustreras såvitt är av intresse i målet på bilaga 1 till domen (här utesluten; red:s anm). LC försattes i konkurs d 6 juli 1988 och SOMÅ d 17 jan 1989.

Yrkanden.

SOMÅ:s konkursbo (i fortsättningen kallat konkursboet) förde efter stämning å banken bl a viss återvinningstalan gentemot banken. Sedan konkursboet återkallat talan om återvinning har boet - såsom talan i målets återstående delar slutligen bestämts - yrkat förpliktande för banken att till konkursboet utge i första hand 30 659 568 kr jämte ränta därå enligt 5 § räntelagen från d 22 okt 1987 till och med dagen för delgivning av stämningsansökningen, eller d 24 jan 1990, och enligt 6 § räntelagen från sistnämnda dag till dess full betalning

sker och i andra hand 30 136 848 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från d 24 jan 1990 till dess full betalning sker.

Banken har lämnat återkallelsen av återvinningstalan utan erinran och bestritt käromålet i övrigt. Banken har vitsordat beräkningen av yrkade belopp jämte ränta i och för sig.

Domskäl.

Konkursboet har beträffande bolagsförhållandena anfört: LC hade ett registrerat aktiekapital om 5 miljoner kr, vilket senare utökades till 10 miljoner kr genom en emission 1986.1 nära anslutning till bildandet år 1986 övertog LC en leasingstock från sitt moderbolag Valcon som ägdes av M.O och R.W. LC blev det egentliga leasingföretaget och "motorn" i bolagsgruppen. Utredningen i anledning av LC:s konkurs i juli 1988 har sedermera visat att LC:s ovan nämnda aktiekapital tillkom på det sättet att Valcon vid två tillfällen år 1986 övertrasserade sitt checkkonto i banken. Vid emissionen utfärdade banken intyg att kontant inbetalning skett trots att den skett genom att moderbolaget beviljats övertrasseringsrätt. LC återbetalade beloppet till Valcon, som därmed fick en fordran om 10 miljoner kr på LC. LC tillfördes således ingen substans vid den emissionen. Bankinspektionen har efter granskning funnit denna bankens medverkan anmärkningsvärd. Under senare hälften av oktober 1987 förändrades bolagsbilden genom apportemissioner, varvid tidigare av LC pantförskrivna leasingkontrakt nyttjades som apportegendom. Flödet av leasingkontrakt åskådliggörs på bilaga 2 (här utesluten; red:s anm). Banken frisläppte temporärt enligt intyg d 19 okt 1987 panträtten i leasingkontrakt till ett värde av 32 miljoner kr till LC. Dessa kontrakt såldes av LC med hälften till Exprim för 16 miljoner kr och med hälften till Trissprim för 16 miljoner kr, i båda fallen exklusive mervärdesskatt. Likvid erlades genom överlämnande av skuldebrev. SOMÅ ökade herefter sitt aktiekapital med 32 miljoner kr genom en riktad emission till sina ägare Exprim och Trissprim, som betalade apportlikviden med de nyss förvärvade leasingkontrakten. Leasingkontrakten, som nu tillhörde SOMÅ, gick omedelbart tillbaka till banken som säkerhet för en checkräkningskredit som SOMÅ tog upp d 22 okt 1987 på 32 030 000 kr. Vid exakt samma tidpunkt lånade LC beloppet av SOMÅ och nedmonterade sin kredit i banken med exakt samma belopp. Den 29 okt 1987 skedde så en riktad nyemission i LC med aktierna i SOMÅ som apportegendom.

Konkursboet har vidare anfört: LC:s rörelse expanderade mycket snabbt. Bankens engagemang i LC ökade på ett år från noll till 200 miljoner kr vid halvårsskiftet 1987. Kreditvolymen blev för stor i förhållande till bankens omslutning. Banken fick riskavtäckningsgaranti av Sparbankernas Bank för vad som översteg maximum för s k enhandsengagemang. Sommaren 1987 uppfyllde LC inte kapitaltäckningskravet i dåvarande lagen om finansbolag (1980:2). För att LC skulle få fortsätta verksamheten och registreras som finansbolag krävdes en höjning av aktiekapitalet till minst 12,5 x aktiekapitalet. Bankinspektionen krävde vid flera tillfällen från början av juli 1987 besked av LC i den frågan. Både LC och banken var medvetna om detta. Sedermera, efter det emissionsförfarande som nämnts ovan, registrerades LC d 12 nov 1987 som finansbolag. - Banken sade i brev d 31 aug 1987 upp LC:s hela engagemang i banken och föreskrev att detta skulle vara avslutat d 31 okt 1987. Bankens centralstyrelse uppdrog d 2 okt 1987 åt bankens regionchef, J.S, som var ansvarig för bankens södra region, att vidta erforderliga åtgärder för avslutande av engagemanget. Anledningen till att banken ville avsluta engagemanget var inte bara att det var för stort utan också att det fanns tecken på att det var ett riskengagemang.

Konkursboet har rörande det närmare tillvägagångssättet vid apportemissionerna anfört: I det första steget gällde det att skaffa fram apportegendom. Efter diskussioner mellan företrädare för banken och LC bestämdes att som apportegendom skulle nyttjas ett antal av de leasingkontrakt som utgjorde säkerhet för bankens lån till LC. Vid ett

sammanträde på bankens kontor i Sundsvall d 19 okt 1987 föredrogs hur emissionskedJ.Skulle genomföras. Närvarande vid sammanträdet var auktoriserade revisorn A.H, LC:s dåvarande verkställande direktör H.A samt dåvarande regionchefen vid bankens regionkontor i Sundsvall J.S, tillika vice verkställande direktör i banken, och dåvarande tjänstemannen vid samma regionkontor L.R. Därvid enades man om att leasingkontrakt till ett i målet ostridigt värde av drygt 32 miljoner kr inte längre skulle vara pantförskrivna. J.S och L.R intygade sedermera skriftligen att dessa kontrakt frisläppts. Detta intyg dagtecknades d 19 okt 1987 men undertecknades troligen först i november eller december 1987. LC sålde kontrakten till Exprim och Trissprim för 32 miljoner kr exklusive mervärdesskatt. Likvid erlades genom två skuldebrev dagtecknade d 21 okt 1987 med påtecknade säkerheter. Mervärdesskatten betalades till LG. Skuldebreven hade en löptid på 10 år. Exprim och Trissprim bedrev ingen egentlig verksamhet. Samma dag - d 21 okt 1987 - beslöt SOMÅ att rikta en emission på 32 miljoner kr till sina båda ägare Exprim och Trissprim. Betalning för aktierna erlades samma dag med de frisläppta leasingavtalen som apportegendom. Påföljande dag - d 22 okt 1987 - upptog SOMÅ checkräkningskrediten om 32 030 000 kr i banken med leasingkontrakten som säkerhet. Den 29 okt 1987 beslöt LC att öka sitt aktiekapital med 30 miljoner kr. Teckningskursen bestämdes till 133,3 % av nominellt värde. Emissionen riktades till aktieägarna Exprim och Trissprim. Likviden erlades genom apportegendom på totalt 40 miljoner kr bestående bl a av aktierna i SÖMA. 30 miljoner kr fördes till LC:s aktiekapital och 10 miljoner kr till dess reservfond. Emissionerna registrerades hos Patentverkets bolagsbyrå i december 1987. - Från början var det meningen att alla stegen i emissionskedJ.Skulle ske i ett sammanhang. Revisorn såg emellertid av pedagogiska skäl till att de skedde vid något skilda tidpunkter. Av en ren tillfällighet skedde emissionen i LC en vecka senare än emissionen i SOMÅ. Det fanns inget egenintresse i SOMÅ för nyemissionen utan denna var endast ett steg på vägen till emissionen i LC som syftade till att ge LC status av finansbolag. - Förfarandet byggde till stora delar på en promemoria som A.H presenterade vid föredragningen hos banken d 19 okt 1987. I promemorian sades dock inget om något behov för SOMÅ att uppta lån i banken för att nedbringa LC:s kredit. Under den tid leasingkontrakten var frisläppta ställdes ersättningssäkerhet enligt villkor som banken uppställde för sin medverkan i nyemissionerna. Ersättningssäkerheten, dagtecknad d 18 okt 1987, var tidsbegränsad till d 19-d 22 okt 1987. Bolagets styrelse måste därför ha varit medveten om att de frisläppta leasingkontrakten skulle åter till banken. Allt talar för att alla handlingar som har med emissionerna att göra i själva verket blev undertecknade d 22 okt 1987. Det hävdas, att banken den dagen dels retroaktivt frisläppte panträtten i leasingkontrakt för 32 miljoner kr, dels fick ersättningssäkerheten, dels ock återlämnade ersättningssäkerheten. Dessutom var den säkerhet som Exprim och Trissprim lämnade för sina skuldebrev exakt densamma som banken tog emot som ersättningssäkerhet. Med andra ord skedde en dubbelpantsättning.

Konkursboet har om lånet d 22 okt 1987 anför följande: SOMÅ tog d 22 okt 1987 upp en checkräkningskredit i banken på 32 030 000 kr mot borgen av LC och de frisläppta leasingkontrakten som säkerhet. Enligt checkräkningskontraktet förvarades leasingkontrakten i notariatdepå. Kontraktet undertecknades för SOMÅ:s räkning av H.A enligt fullmakt. Det ifrågasätts om de frisläppta leasingkontrakten överhuvudtaget lämnat notariatdepå i banken under tiden för frisläppandet. Hela beloppet 32 030 000 kr lånades av SOMÅ ut till LC och överfördes omedelbart samma dag d 22 okt 1987 till nedamortering av LC:s kredit i banken. Banken hade således de frisläppta leasingkontrakten i behåll. SOMÅ:s lån till LC lämnades utan säkerhet. Bankens utestående kreditsumma var oförändrad. - Det hävdas att LC vid lånetillfället d 22 okt 1987 inte hade förmåga att återbetala ens någon del av beloppet. Konkursboet har som grunder för förstahandsyrkandet anför: Utbetalningsförbudet i 12 kap 1 § aktiebolagslagen (ABL) är tillämpligt mot tredje man vid lånetransaktioner av det här slaget. (Beteckningen ABL användes i referatet genomgående för aktiebolagslagen (1975:1385); red:s

anm). Lånet från SÖMA till LC på 32 030 000 kr hade benefikt syfte. Lånet var inte affärsmässigt betingat. Intressegemenskap förelåg mellan bolagen. LC saknade vid denna tidpunkt förmåga att återbetala lånet. I vart fall förelåg påtaglig risk att så skulle vara fallet. Utbetalningen av lånet från banken via SÖMA till LC skall därför prövas mot utbetalningsförbudet. Banken är medverkansansvarig för betalningen enligt 12 kap 5 § 2 st ABL, som innebär att envar som medverkat är ansvarig för att täcka bristen, oberoende av om vederbörande har organställning eller ej. Banken medverkade i transaktionerna och kände till att medlen betalades ut till LC och att beloppet översteg den del av SÖMA:s egna kapital som var fritt för utdelning. De personer som medverkade från bankens sida var dess vice verkställande direktör J.S och dess dåvarande verkställande direktör E.N. Om TR:n inte skulle finna att någon av dessa båda medverkade till utbetalningarna, hävdas att banken i alla fall är medverkansansvarig genom dess dåvarande tjänsteman L.R som medverkade på ett sådant sätt att banken blev bunden. När det gäller bankens medverkan hävdas att dessa tre personer eller någon av dem insåg eller bort inse att LC ej var betalningsdugligt för lånet när det lämnades d 22 okt 1987. Under alla förhållanden var omständigheterna sådana att det förelåg undersökningsplikt för banken att utreda saken. Banken gjorde inte någonting för att uppfylla undersökningsplikten. - För den händelse TR:n ej skulle finna att banken har ett bristtäckningsansvar på grund av det senast anförda, hävdar konkursboet i andra hand, att bankens betalningsskyldighet följer av att banken - genom dess behöriga ställföreträdare - hade vetskap om att medlen olovligen uttogs från SÖMA.

Konkursboet har som grunder för andrahandsyrkandet anført: Talan i denna del grundas i första hand på att SÖMA:s lån till LC var förbjudet enligt 12 kap 7 § 3 st ABL. LC:s apportemission fullgjordes nämligen av aktietecknarna Exprim och Trissprim genom tillskott av aktierna i SÖMA såsom apportegendom. Nyemissionen hade inte kunnat genomföras utan att SÖMA samtidigt lånat ut 32 030 000 kr till LC. Lånet var därför en nödvändig förutsättning för LC:s förvärv av SÖMA:s aktier, vilket i sin tur var en nödvändig förutsättning för emissionen. - I andra hand görs gällande att SÖMA:s lån till LC var otillåtet enligt huvudregeln i 12 kap 7 § ABL, eftersom det var fråga om lån mellan bolag i en oäkta koncern samt lånet inte var affärsmässigt betingat. Det var således ett förbjudet lån. Brott mot låneförbudet är straffbelagt i 19 kap 1 § ABL med fängelse i högst ett år i straffskalan. E.N och/eller J.S medverkade uppsåtligt eller av grov oaktsamhet till brott mot låneförbudet genom att utan närmare kontroll av LC:s kreditvärdighet medverka till att SÖMA lämnade lånet till LC. Banken överlämnade hela kreditrisken till SÖMA i stället för att ta den risken själv. LC var betalningsodugligt för beloppet vid lånetillfället. På grund härav har SÖMA lidit skada med belopp som motsvarar lånet. Med tillämpning av BrB:s medverkansregler samt 2 kap 4 § och 3 kap 1 § skadeståndslagen är banken skadeståndsskyldig för den skada E.N och/eller J.S vållat.

Banken, som anført att de flesta sakförhållandena är ostridiga, har genmält: Bankens totala utlåning inklusive riskavtäckningsgarantin uppgick till som högst 190 miljoner kr till LC och övriga bolag inom företagsgruppen. Banken bestrider att det vid uppsägningen fanns tecken på att det var ett riskengagemang. Orsaken till uppsägningen var i stället den att kreditvolymen blivit så stor att företagsgruppen inte längre var lämplig som kund för banken. Det var t o m tal om att LC skulle introduceras på börsen. Bankens intyg om frisläppandet av leasingkontrakt är sannolikt antedaterat och har sannolikt upprättats i slutet av året på begäran av A.H, som då fått en telefaxkopia av det. Originalen av intyget finns kvar hos banken. Sammanträdet på banken d 19 okt 1987 bevisades ostridigt av A.H och H.A för LC samt av J.S och L.R för banken. Vid sammanträdet var det tal om att under några dagar frisläppa panträtten i leasingkontrakten. Antagligen förstod man i banken att kontrakten skulle användas vid emissionen i LC. Verkställande direktören i banken E.N måste emellertid tillfrågas om detta och vid förfrågan ställde denne som villkor att ersättnings säkerhet lämnades. Ersättnings säkerheten ställdes därför d 22 okt 1987 och E.N lämnade muntligt godkännande troligen samma dag.

Leasingkontrakten togs ut ur LC:s depå i banken och lades in i en för SÖMA nyupprättad värdepappersdepå. Ersättningssäkerheten lämnades tillbaka någon dag senare. I fråga om apportemissionen i LC var det ingen tillfällighet att den skedde först d 29 okt 1987. LC var inte moderbolag till SÖMA vid försträckningstillfället d 22 okt 1987. De pengar som SÖMA lånade ut till LC var samma pengar som SÖMA lånat av banken. Dessa pengar härrörde inte från emissionen i SÖMA. Ur bankens synpunkt gjordes ett gäldenärsbyte. Bankens totala engagemang gentemot LC och SÖMA ändrades inte. Vad gäller den dubbelpantsättning av ersättningssäkerheten som konkursboet påtalat så är säkerheten visserligen densamma men det kan vara fråga om en andrahandspantsättning och pantsättningen till banken skedde först. - LC:s årsbokslut per d 30 juni 1987 avseende det första verksamhetsåret visade en vinst på 297 kr dvs i praktiken ett nollresultat. Årsredovisningen är daterad d 29 sept 1987. Företrädare för banken fick se denna årsredovisning och fick kompletterande besked att det fanns betydande övervärden i leasingstocken.

Banken har sammanfattningsvis anfört följande grunder för bestridandet av förstahandsyrkandet: Det är riktigt att SÖMA lämnade lånet på 32 030 000 kr till LC d 22 okt 1987 men lånet innebar inte olovlig vinstutdelning, enär lånet dels inte var en "benefik försträckning" och dels LC ej var aktieägare i SÖMA vid tillfället. Det bestrids att 12 kap 5 § ABL kan tillämpas på utbetalning till tredje man. I vart fall är omständigheterna inte sådana att bestämmelsen kan tillämpas i detta fall. Banken kan inte vitsorda att återbetalningsskyldighet föreligger för LC. Däremot vitsordas att LC nu inte kan betala beloppet. Det bestrids, att bristtäckningsansvar kan drabba banken. Banken ingår inte i den personkrets som avses i 15 kap 1-4 §§ ABL och det föreligger ej särskilda omständigheter som medför bristtäckningsansvar. Det bestrids också att banken hade särskild undersökningsplikt av det slag som konkursboet påstått. Vidare bestrids, att bankens företrädare hade vetskap om att medlen olovligen uttogs ur SÖMA. Visserligen kände bankens företrädare till transaktionerna men vad de hade för syfte var inte känt för dem. Banken vitsordar inte att olovlig vinstutdelning ägde rum.

Banken har sammanfattningsvis anfört följande grunder för bestridandet av andrahandsyrkandet: Banken bestrider att lånet från SÖMA till LC d 22 okt 1987 var ett förbjudet lån enligt 12 kap 7 § 3 st ABL, enär lånet inte lämnades för att LC skulle förvärva aktier i SÖMA- LC använde i stället pengarna enligt syftet med lånet till att amortera ned sin kredit i banken. Det bestrids också att lånet var förbjudet enligt 12 kap 7 § 1 st ABL, eftersom lånet inte lämnades till dåvarande eller förutvarande aktieägare eller närstående till aktieägare eller annat bolag i samma koncern. Banken bestrider att företrädare för SÖMA ådragit sig straffansvar enligt 19 kap 1 § 1 st ABL. Under alla förhållanden bestrids att någon företrädare för banken objektivt eller subjektivt gjort sig skyldig till straffbar medverkan. Vad gäller 2 kap 4 § och 3 kap 1 § skadeståndslagen bestrider banken att den ådragit sig skadeståndsansvar enligt principalansvarsregeln. Handlandet från bankens företrädare hade ej sådant funktionellt samband med deras tjänst i banken och innefattade ej sådan förutsebar risk att det kan medföra skadeståndsansvar för banken. Banken kan ej heller vitsorda att SÖMA lidit skada med påstått belopp enligt Försträckningen d 22 okt 1987, eftersom banken ej kan vitsorda att LC vid lånetillfället saknade betalningsförmåga. An mindre kan det vitsordas att bankens företrädare insett eller bort inse något sådant. Om banken skulle anses ha ådragit sig skadeståndsskyldighet skall i allt fall skadeståndet jämkas till noll eftersom SÖMA åstadkommit skadan själv genom sina företrädare, vilka haft betydligt bättre insikt i förhållandena än banken haft.

Konkursboet har som skriftlig bevisning åberopat bl a skrivelse av A.H till LC:s styrelse av d 10 okt 1987 med en redogörelse för hur den planerade ökningen av LC:s aktiekapital skulle kunna genomföras, protokoll fört vid styrelsesammanträde i LC d 15 okt 1987, årsbokslut för LC per d 30 juni 1987 och en rapport d 27 juni 1989 upprättad av auktoriserade revisorn B.H vid Bohlin's revisionsbyrå AB med hjälp av O.G och E.V vid samma revisionsbyrå,

vilken rapport upprättats på begäran av förvaltaren i LC:s konkurs och som avsett bl a granskning av LC:s årsbokslut per d 30 juni 1987.

På bankens begäran har J.S hörts under sanningsförsäkran och E.N som vittne. På konkursboets begäran har vittnesförhör ägt rum med A.H, H.A, L.R och B.H, samt dåvarande kontrollern i LC L.L, dåvarande bankjuristen i banken B.N, auktoriserade revisorn H.H och f d verkställande direktören i LC S.S.

TR:n gör följande bedömning.

Eftersom konkursboet återkallat yrkandet om återvinning och banken lämnat återkallelsen utan erinran, skall målet i den delen skrivas av.

I målet är ostridigt att SOMÅ, med de till bolaget såsom apportegendom tillskjutna leasingkontrakten som säkerhet, upptagit en checkräkningskredit i banken på 32 030 000 kr, vilket belopp samma dag utanordnats och använts till avbetalning på en LC:s checkräkningskredit i banken samt att betalningen innebar att SOMÅ fick en fordran på LC med motsvarande belopp. Om och i så fall hur transaktionen bokförts hos bolagen är inte utrett i målet. Konkursboet har dock ickeort gällande annat än att transaktionen i förhållandet mellan SOMÅ och LC skall betecknas som ett lån.

Enligt 12 kap 1 § ABL får utbetalning av ett aktiebolags medel ske endast enligt bestämmelserna i ABL om vinstutdelning eller enligt vissa andra bestämmelser i ABL, vilka dock inte är av intresse i detta mål. I 12 kap 2 § ABL anges hur till vinstutdelning tillåtet belopp skall beräknas. Vidare föreskrivs i 12 kap 5 § 1 st ABL att utbetalning till aktieägare i strid mot ABL jämte på visst sätt beräknad ränta på utbetalt belopp skall återbäras, försåvitt icke mottagaren hade skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning. Vidare innebär gällande rätt att lån, som aktiebolag lämnat aktieägare, anses utgöra förtäckt vinstutdelning, om aktieägarens ekonomi vid lånetillfället är sådan att återbetalning inte kan påräknas.

Enligt sin ordalydelse avser reglerna i 12 kap 1 §, 2 § och 5 § ABL visserligen endast utbetalning till aktieägare. Syftet med reglerna är emellertid att skydda aktiebolagets eget kapital. Därför talar starka ändamålssynpunkter för en tillämpning av reglerna på vederlagsfri utbetalning även till annan än aktieägare. Stöd för denna uppfattning ges i den rättsvetenskapliga litteraturen. Här må hänvisas till Knut Rodhe, Aktiebolagsrätt, 15:e upplagan s 120f och S.L i SvJT 1992 s 82f. I vart fall bör tillåtligheten av utbetalningen från SOMÅ till LC prövas enligt samma regler som gäller för utbetalning till aktieägare eftersom båda bolagen har samma ägare och därmed i praktiken det enda skyddet för det långivande bolagets egna kapital utgörs av reglerna i 12 kap ABL.

Det rörelsekapital som SOMÅ skaffat sig genom checkräkningskrediten har bolaget, omedelbart avhänt sig genom att låna ut beloppet till LC. Något skuldebrev eller annan skriftlig handling avseende lånet har inte upprättats. Inte heller har säkerhet lämnats eller SOMÅ betingat sig någon ersättning i form av ränta eller annat. Det är uppenbart att lånet inte lämnats som ett led i verksamhet som SOMÅ bedrev eller avsåg att bedriva samt att lånet inte skulle ha lämnats till LC under angivna omständigheter om inte bolagen haft intressegemenskap på grund av ägarförhållandena. Lånet har alltså inte varit affärsmässigt betingat.

Av LC:s balansräkning per d 30 juni 1987 framgår att bolaget finansierat anläggningstillgångarna, dvs i huvudsak leasingkontrakten, i stor utsträckning genom kortfristiga skulder och att de kortfristiga skulderna uppgick till ett mer än två och en halv gånger så stort belopp som omsättningstillgångarna. Missförhållandet är sådant att det berättigar till den slutsatsen att LC, om bolaget inte redan d 30 juni 1987 befann sig i en likviditetskris, inom kort skulle komma att göra det. Denna slutsats vinner starkt stöd av den av B.H m fl avgivna rapporten d 27 juni 1989. Rapportförfattarnas slutsats är den att

bolagets årsredovisning visar att bolaget inte genom fortlöpande normala affärstransaktioner skulle kunna fullgöra sina betalningsförpliktelser. Vidare anføres att det fanns möjlighet att driva verksamheten vidare endast genom en snabb lånefinansierad expansion samt att bolagets utbetalningar under en tid kunde finansieras genom lån, dvs genom den respit som erhålls genom belåning av kontrakt och senarelagda betalningar till leverantörer och av mervärdesskatt. Att verksamheten även utvecklats på det sättet bekräftas av vad som antecknats i protokoll fört vid ett styrelsemöte i LC d 15 okt 1987 om att R.W anmälde att det i mitten av varje kalendermånad inträffade ett ansträngt läge beträffande likviditeten och att han beräknade behovet av en rörelsekredit till 20 miljoner kr. Ytterligare stöd för denna bedömning ger L.L:s vittnesmål. Enligt L.L, vars insikter i bolagets förhållanden icke kan betvivlas, hade LC likvida bekymmer under hela hösten 1987 och räckte tillgängliga medel knappt till driftskostnaderna. Enligt L.L var det uteslutet att LC vid den aktuella tiden skulle kunna prestera 32 miljoner kr. Bolagets fortsatta utveckling såsom den beskrivits av S.S talar entydigt i samma riktning. Även S.S har hållit för uteslutet att LC skulle ha kunnat prestera 32 miljoner kr under hösten 1987. Till detta kommer att banken skriftligen d 31 aug 1987 sagt upp LC:s hela kreditengagemang hos banken till d 31 okt 1987. Oavsett anledningen till uppsägningen betyder det att någon ytterligare kreditgivning från bankens sida inte kunde komma i fråga. Slutligen visar rapporten d 27 juni 1989 att LC:s aktiekapital var förbrukat redan d 30 juni 1987, någonting som dock inte framgick av balansräkningen på grund av felaktig redovisning. Redan på grund av det nu anförda är det styrkt att någon återbetalning till SOMÅ av lånet från LC:s sida inte kunde påräknas.

Det är ostridigt i målet att utbetalningen från SOMÅ till LC med det av konkursboet i första hand yrkade beloppet översteg det i SOMÅ för tillåten vinstutdelning tillgängliga beloppet. Oavsett vem som hos SOMÅ beslutat om utbetalningen är den alltså ogiltig enligt 8 kap 14 § ABL. Det är uppenbart att den som för LC:s räkning tog emot utbetalningen, nämligen H.A, inte hade skäligen anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning. Det är lika uppenbart att H.A haft de båda bolagens ekonomiska ställning fullt klar för sig. Vad H.A anförut därom att han inte kände till eller insåg att han undertecknade ett kontrakt med banken om upptagande av en checkräkningskredit för SOMÅ:s räkning på över 32 miljoner kr förtjänar över huvudtaget ej avseende.

Det anförda innebär att LC är återbetalningsskyldigt enligt 12 kap 5 § 1 st ABL. Det är ostridigt i målet att LC inte kan fullgöra denna återbetalningsskyldighet. Fråga uppkommer då om banken, såsom konkursboet hävdar, har ett så kallat bristtäckningsansvar enligt 12 kap 5 § 2 st ABL.

Helt tydligt är att banken gjort den otillåtna utbetalningen från SOMÅ möjlig genom att ställa medel till förfogande. Vidare har banken möjliggjort apportemissionen i SOMÅ liksom den efterföljande emissionen i LC genom att under några dagar avstå från sin panträtt i leasingkontrakt för 32 miljoner kr. SOMÅ:s upptagande av checkräkningskredit i banken och den omedelbart därpå följande avbetalningen på LC:s checkräkningskredit i banken har i och för sig inte något nödvändigt samband med emissionsåtgärderna. Bankens företrädare, dvs J.S, kan emellertid inte ha undgått att inse, att banken efter genomförandet av de förslag till emissionsåtgärder som A.H samt LC:s och SOMÅ:s företrädare presenterat för banken, inte skulle kunna återfå de temporärt frisläppta leasingkontrakten som säkerhet för LC:s skuld till banken eftersom leasingkontrakten efter genomförd emission skulle ägas av SOMÅ. Det var alltså nödvändigt för banken, om banken inte definitivt ville avstå från den säkerhet som panträtten i leasingkontrakten innebar, något som banken uppenbarligen på goda grunder inte var villig till, att finna något annat sätt att återfå kontrakten som säkerhet för utlånade pengar. Transaktionen har alltså inte skett i någon annans intresse än bankens och har uppenbarligen varit ett villkor från bankens sida för att medverka till det för emissionerna nödvändiga frisläppandet av leasingkontrakten. Ansvar enligt 12 kap 5 § 2 st ABL åvilar bl a

den som medverkat i beslutet om den otillåtna utbetalningen eller som medverkat vid genomförandet. Även om banken således ställt den otillåtna utbetalningen som villkor för sin medverkan i emissionerna, har dock SOMÅ:s företrädare kunnat undvika den otillåtna utbetalningen genom att avstå från att under angivna villkor genomföra apportemissionen. Det kan därför inte sägas att banken utövat ett sådant bestämmande inflytande över bolagets handlande att banken i realiteten framtvingat beslutet om utbetalningen. Vid sådant förhållande och då inte heller någon annan av förutsättningarna för bristtäckningsansvaret i 12 kap 5 § 2 st ABL föreligger, kan banken inte på denna grund åläggas att ersätta konkursboet för utbetalningen.

LC var bankkontorets i Sundsvall i särklass största kund. Det är klarlagt att ansvaret för kontakterna med LC åvilat J.S och att J.S haft skyldighet och möjlighet att hålla sig underrättad om LC:s ekonomiska ställning. J.S:s egna uppgifter liksom L.R:s, B.N:s och L.L:s utsagor ger fullt stöd för denna bedömning. J.S har alltså känt till de omständigheter som gjorde LC:s åtkomst av de medel med vilka LC avbetalade på sin skuld till banken otillåten. Banken skall därför, enligt allmänna regler om skyldighet att återbära vad som orättmätigt uppburits, till konkursboet betala tillbaka den del av beloppet som överstigit vad SOMÅ lagligen kunnat utge som vinstutdelning. Konkursboets i första hand framställda yrkande skall således bifallas på den i andra hand åberopade grunden.

Domslut. --- Sparbanksgruppen-Norrland AB förpliktas att till Leasing Consult SOMÅ AB:s konkursbo utge 30 659 568 kr jämte ränta därå enligt 5 § räntelagen från d 22 okt 1987 till och med d 24 jan 1990 och enligt 6 § räntelagen från sistnämnda dag till dess betalning sker.

Banken överklagade i HovR:n för Övre Norrland.

HovR:n (hovrättspresidenten Skarstedt, f d hovrättslagmannen Andersson, f d lagmannen Hedberg och tf hovrättsassessorn Lundberg, referent) anförde i dom d 1 dec 1994: Parterna i målet m m. Det antecknas att Sparbanksgruppen-Norrland AB numera har uppgått i Sparbanken Sverige AB, som alltså är part i HovR:n och i det följande kommer att benämnas banken. Leasing Consult SOMÅ AB benämns i fortsättningen SOMÅ och dess konkursbo benämns konkursboet. Leasingconsult JOW AB kallas LC.

Yrkanden i HovR:n.

Banken har yrkat att HovR:n ogillar konkursboets talan i huvudsaken till den del denna har prövats av TR:n ---.

Konkursboet har bestritt ändring.

Parternas talan i HovR:n.

Konkursboet har i HovR:n anfört följande. Banken åberopar i HovR:n samma grunder och omständigheter för sin talan som vid TR:n. Med anledning av att TR:n i sin dom - - - gjort ett uttalande om att utbetalningen av lånebeloppet från SOMÅ till LC var ogiltigt enligt 8 kap 14 § ABL vill konkursboet framhålla att boet inte vid TR:n åberopat denna lagbestämmelse utan som förstahandsgrund för förstahandsyrkandet endast åberopat bestämmelserna i 12 kap 1 och 2 §§ samt 5 9 1 st ABL. Av 12 kap 5 § 1 st ABL följer att lånetransaktionen mellan SOMÅ och LC, som skett i strid mot denna bestämmelse, är ogiltig. När det gäller denna utbetalning har företrädarna för LC inte haft skälig anledning antaga att den utgjorde laglig vinstutdelning. Företrädarna för banken medverkade till att SOMÅ lånade ut beloppet på 32 030 000 kr till LC genom att, såsom villkor för att leasingkontrakten skulle överlämnas till LC, kräva att LC:s kredit hos banken skulle amorteras med detta belopp genom medel som skulle erhållas från SOMÅ sedan banken beviljat detta bolag en checkräkningskredit med samma leasingkontrakt som säkerhet. - Vad gäller andrahandsgrunden för förstahandsyrkandet åberopas,

såsom antecknats i TR:ns dom, att bankens betalningsskyldighet följer av att banken - genom dess behöriga ställföreträdare - hade vetskap om att medlen olovligen uttogs från SOMÅ. Såsom konkursboet också anförde vid TR:n förelåg vid sådant förhållande enligt allmänna rättsgrundsatser skyldighet för banken, som efter överföring tillgodogjort sig medlen, att återbetala dessa till konkursboet.

Beträffande förstahandsgrunden för andrahandsyrkandet skall konkursboets påstående att lånet var otillåtet enligt 12 kap 7 § 3 st ABL ses i belysning av att LG, endast en vecka efter lånet från SOMÅ till LG, förvärvade aktierna i SOMÅ och blev ett moderbolag till detta och under beaktande av att de olika transaktionerna inte kan ses var för sig utan har ingått i en helhetslösning för att klara LC:s nyemission. Det har sålunda förelegat kausalsamband mellan SOMÅ:s utlåning till LC och LC:s återfående av leasingkontrakten genom att lånet varit en nödvändig förutsättning för LC:s förvärv av SOMÅ:s aktier, vilket förvärv i sin tur varit en nödvändig förutsättning för emissionen i LC. - Till förtydligande av andrahandsgrunden för andrahandsyrkandet gör konkursboet gällande att SOMÅ:s lån till LC var otillåtet enligt huvudregeln i 12 kap 7 § ABL, oaktat det var fråga om lån mellan bolag i en oäkta koncern och därmed SOMÅ formellt ej ingått i den förbjudna kretsen samt lånet inte var affärsmässigt betingat.

Banken har till bestridande av konkursboets talan i målet åberopat samma grunder och omständigheter som vid TR:n samt anför följande till förtydligande av sin talan. Banken hävdar att LC d 22 okt 1987 haft möjlighet att betala tillbaka lånebeloppet. Banken vill härvid särskilt peka på att LC under hösten 1987 varit ett rörelsedrivande företag under stark expansion och med möjlighet till tillskott av medel från nya intressenter. Det fanns för övrigt inte någon förfallodag för lånet och LC var därför inte skyldig att återbetala lånet d 22 okt 1987. SOMÅ har under inga förhållanden haft skälig anledning antaga att utbetalningen från SOMÅ till LC utgjorde olaglig vinstutdelning. Banken hävdar att det inte förelåg någon vinstutdelning, eftersom LC inte var aktieägare i SOMÅ- 12 kap 1 och 2 §§ samt 5 § 1 st ABL kan ej tillämpas analogt på utbetalningen och man kan alltså inte komma fram till att LC blivit återbetalningsskyldigt mot SOMÅ. Vidare kan 12 kap 5 § 2 st inte tillämpas analogt för att ålägga banken ett bristtäckningsansvar. Bankens företrädare har inte medverkat till utbetalningen av lånet till LC. I samband med diskussionerna om att LC tillfälligt skulle återfå leasingkontrakten och att nyemissioner skulle ske i SOMÅ och LC nämndes över huvud taget inte att SOMÅ skulle bevilja LC ett lån. Om en tredje man som banken skulle kunna åläggas bristtäckningsansvar enligt 12 kap 5 § 2 st ABL måste krävas att bankens företrädare handlat uppsåtligt eller åtminstone grovt oaktsamt i enlighet med bestämmelsen i 15 kap 3 § ABL för aktieägare. - Vad härefter gäller andrahandsgrunden för förstahandsyrkandet bestrider banken, under åberopande av bl a rättsfallet NJA 1992 s 717, att en bank kan åläggas återbetalningsskyldighet enligt allmänna regler om skyldighet att återbära vad som orättmätigt uppburits.

Bevisningen i HovR:n.

Den muntliga bevisningen vid TR:n har i HovR:n upptagits genom uppspelning av bandupptagningar av TR:ns förhör med E.N och H.A samt genom förnyade förhör med övriga vid TR:n åberopade företrädare för banken och vittnen.

Konkursboet har i HovR:n åberopat den i TR:ns dom angivna bevisningen. Den omnämnda skrivelsen av A.H är dagtecknad d 14 okt 1987 och inte såsom angivits d 10 okt. Härutöver har konkursboet vid TR:n och i HovR:n åberopat uppställning över frisläppta leasingavtal, dagtecknad d 19 okt 1987, protokoll fört vid extra bolagsstämma med aktieägarna i SOMÅ d 21 okt 1987, av Patent- och registreringsverket, Bolagsbyrån, utfärdat ändringsbevis avseende bl a beslut om nyemission i LC d 21 okt 1987, odaterat intyg av styrelseledamöter i SOMÅ och av A.H d 21 okt 1987 angående tillskjuten apportegendom vid

emissionen i SOMÅ, protokoll fört vid extra bolagsstämma med aktieägarna i LC d 29 okt 1987 angående beslut om emission, kontrakt d 22 okt 1987 mellan banken och SOMÅ avseende checkräkningskredit, förvaltarberättelse i LC:s konkurs dagtecknad d 5 dec 1988, årsredovisning avseende SOMÅ per d 30 juni 1987 och skrivelse, ställd till styrelsen för LC, av H.H d 25 mars 1988 avseende LC:s ekonomiska ställning d 31 dec 1987. De nu uppräknade handlingarna har åberopats i sin helhet eller i vissa närmare angivna delar.

Banken har åberopat vissa delar av dom d 20 jan 1992 av HovR:n för Nedre Norrland i mål mellan allmän åklagare å ena samt R.W, M.O, H.A, A.H och B.G, å andra sidan, varigenom åtal för grovt svindleri avseende emissionen i LC och vad gäller B.G medhjälp därtill ogillats.

Parterna har i HovR:n även åberopat rättsutlåtanden, konkursboet ett av professor G.G d 18 okt 1994 dagtecknat utlåtande och banken ett av tf professor J.K d 15 sept 1994 avgivet utlåtande.

HovR:ns domskäl.

Förstahandsgrunden för förstahandsyrkandet.

Enligt vad som är ostridigt i målet har ett belopp om 32 030 000 kr tillförts SOMÅ genom en checkräkningskredit från banken och omedelbart därefter överförts till LC:s konto för amortering av LC:s checkräkningskredit hos banken. Transaktionen mellan SOMÅ och LC har av båda parterna betecknats som lån. Vidare är i målet ostridigt att det enligt den vid lånetillfället senast föreliggande fastställda balansräkningen för SOMÅ funnits ett fritt eget kapital att utdela om 1 370 432 kr. Det ifrågavarande lånebeloppet har således överstigit det för tillåten vinstutdelning tillgängliga beloppet med 30 659 568 kr.

Vad först gäller frågan huruvida LC till följd av lånetransaktionen blivit återbäringspliktigt mot SOMÅ har banken gjort gällande att 12 kap 1 och 2 §§ samt 5 §.1 st ABL ej kan ens analogt tillämpas på lånetransaktionen mellan SOMÅ och LC, eftersom fråga inte var om utdelning till aktieägare.

I 12 kap ABL, som har rubriken "Vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom", behandlar 1 § förutsättningarna för utbetalning till aktieägare samt anger 2 § beloppsspärren för vinstutdelning till aktieägare och 5 § 1 st återbäringsansvaret vid utbetalning till aktieägare i strid mot lagen. Nämnade bestämmelser behandlar alltså enligt sin ordalydelse enbart överföringar av bolagets medel till aktieägare, något som inte är aktuellt i detta mål. Fråga uppstår då om lagrummet kan tillämpas analogt.

Härvid kan till en början konstateras att i rättspraxis (NJA 1951 s 6 1 m fl rättsfall) har ansetts att tån till aktieägare är att jämställa med vinstutdelning, att därvid, om aktieägarens ekonomiska situation vid lånetillfället är så svag att återbetalning inte kan påräknas, förtäckt vinstutdelning föreligger samt att den förtäckta vinstutdelningen är olovlig enligt reglerna i 12 kap 1 och 2 §§ ABL, om den inte ryms inom det belopp som enligt fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret utgjort fritt eget kapital för det långivande bolaget.

Beträffande tillämpligheten av nyssnämnda lagbestämmelser på annan än aktieägare upptar HovR:n följande.

I förarbetena till ABL (prop 1975:103 s 475f) uttalas följande:
'Utbetalningsförbudet riktar sig endast mot aktieägare. Det kan emellertid påpekas att en transaktion mellan bolaget och tredje man, som strider mot bolagsverksamhetens föremål eller syfte, t ex en gåva eller en till formen onerös men i verkligheten benefik rättshandling i annat fall än som anges i 6 §, är ogiltig enligt 8 kap 13 och 14 §§'.

I doktrinen har frågan om utbetalning till annan än aktieägare främst behandlats av S.L, bl a i Aktiebolagslagen, 12 och 13 kap, Kapitalskydd och likvidation, 1994, och av Knut Rodhe i Aktiebolagsrätt, 16 uppl, 1993. S.L (a a s 101f) synes hävda att 12 kap 5 § 1 st ABL endast bör tillämpas på bolagsstämmans beslut om vinstutdelning till aktieägare medan utbetalningar till annan än aktieägare bör hänföras till och angripas enligt 8 kap 14 § ABL. Knut Rodhe å sin sida (a a s 125f) anser att skyddet för ett aktiebolags kapital måste taga sikte även på vederlagsfria utbetalningar till tredje man. Rodhe anger därvid som exempel att aktieägare i ett bolag betalar ut medel till sina familjemedlemmar. Han uttalar vidare att det är en vedertagen uppfattning, stödd av uttalanden i motiven till ABL, att vederlagsfria utbetalningar till tredje man är lovliga endast om de håller sig inom ramen för fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret och dessutom skulle kunna utdelas utan hinder av den allmänna försiktighetsregeln i 12 kap 2 § 2 st ABL samt att man på en olovlig utbetalning torde få analogt tillämpa reglerna om påföljd av olovlig vinstutdelning.

Tredje mans återbäringskyldighet har också berörts i rättspraxis. Sålunda har denna fråga behandlats i NJA 1966 s 475, som avsåg utbetalning till en f d aktieägare i ett aktiebolag. Denne befanns icke ha ådragit sig återbetalningsskyldighet, eftersom ej styrkts att han vid beloppets mottagande haft vetskap om att det uttagits från bolaget. - I RH 1992:80, i vilket mål prövningstillstånd söktes men inte meddelades, behandlas också frågan om utbetalning till annan än aktieägare. Svea HovR uttalade att vederlagsfria utbetalningar till tredje man är lovliga endast om de håller sig inom ramen för fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning för senaste räkenskapsåret och dessutom skulle kunna utdelas utan hinder av den allmänna försiktighetsregeln i 12 kap 2 § ABL. Sådana förutsättningar ansågs inte föreligga och HovR:n fann att reglerna i 12 kap 5 § 1 st ABL borde tillämpas analogt på den olovliga utbetalningen, som skett till en bolaget närstående person som inte var aktieägare, vilket medförde att personen i fråga - "med den insikt han hade om förhållandena i bolaget" - ålades betalningsskyldighet.

I det av banken åberopade utlåtandet uttalar J.K att inte varje utbetalning som sker till annan än aktieägare och som träder det bundna kapitalet förnär skall kunna anses som en olovlig kapitalanvändning. Han framhåller dock att ett sådant kringgående av vinstutdelningsreglerna som består i att utbetalningen sker direkt till de intressen som aktieägaren till syvende och sist vill gynna knappast borde kunna godtas utan borde uppfattas som en olovlig transaktion. Han betonar att det inte är rimligt att se ett lån till ett systerbolag på samma sätt som ett lån till ett moderbolag samt för ett resonemang om under vilka förutsättningar Exprim och Trissprim - moderbolag till både SOMÅ och LC - skulle ha kunnat gynnas av lånetransaktionen.

G.G anför i sitt av konkursboet åberopade utlåtande att begreppet utdelning bör omfatta alla vederlagsfria utbetalningar från ett bolag, vilka har sin grund i ett aktieäggande. Detta, menar han, innebär inte att betalningen med nödvändighet skall ha gjorts till en aktieägare, men betalningen skall grunda sig på ett aktieäggande, varmed han avser en aktieäggares faktiska inflytande eller åtgärd och hänvisar till skatterättslig praxis. Därmed bör enligt G.G även en vederlagsfri utbetalning till ett systerbolag rymmas inom vinstutdelningsbegreppet, eftersom en sådan utbetalning har sin grund i moderbolagets aktieäggande. Han betonar vidare att frågan huruvida en utbetalning är utdelning skall bedömas från det utbetalande bolagets förhållanden. Om det utbetalande bolaget frånhånds visst belopp utan motsvarande vederlag och detta frånhållande dikteras av aktieägare, dvs har sin grund i ett aktieäggande, är beloppet en utdelning. Även om en vederlagsfri utdelning till tredje man inte skulle utgöra utdelning i egentlig bemärkelse kan ändå ABL:s skyddsregler för det egna kapitalet bli tillämpliga. I fråga om analogitillämpningen förklarar han sig helt dela Rodhes uppfattning att en utbetalning till tredje man av vederlagsfri natur är lovlig endast om betalningen

med en analog tillämpning av utdelningsreglerna hade kunnat utdelas. G.G:s sammanfattande slutsats blir att det egentligen saknar betydelse om en utbetalning till tredje man är en utdelning eller ej eftersom den, om den är vederlagsfri, ändå omfattas av ABL:s sanktionsregler antingen på grund av att fråga är om utdelning eller också på grund av en analogitillämpning av reglerna i 12 kap 2 § ABL.

Även om rättsläget alltså inte är helt klart finns enligt HovR:ns mening stöd för en analog tillämpning av de aktuella reglerna i 12 kap ABL vid utbetalning till annan än aktieägare i sådana fall då mottagaren antingen är en bolaget närstående fysisk eller juridisk person eller i vart fall har en viss anknytning till bolaget.

I förevarande fall förhåller det sig så att när utbetalningen från SOMÅ till LC skedde d 22 okt 1987 var LC inte aktieägare i SOMÅ. Emellertid hade dåvarande revisorn i LC A.H i skrivelsen d 14 okt 1987 till LC:s styrelse dragit upp riktlinjerna för bl a LC:s emission, genom vilken LC skulle få ett aktieinnehav i SOMÅ. Så blev också fallet genom beslut och transaktioner som slutligen genomfördes d 29 okt 1987. A.H har i sitt vittnesmål uppgett bl a att det närmast var en tillfällighet att den aktuella utbetalningen skedde innan LC fått ett aktieinnehav i SOMÅ.

Av utredningen i målet framgår att R.W och M.O genom sina bolag Trissprim och Exprim haft ett dominerande inflytande i samtliga bolag i den företagsgrupp, vari bl a SOMÅ och LC ingick.

Med hänsyn till anförda omständigheter föreligger enligt HovR:ns mening vid prövningen av om LC ådragit sig återbäringsskyldighet tillräckliga skäl för en analog tillämpning av utbetalningsreglerna i 12 kap ABL.

HovR:n övergår härefter till att pröva frågan om LC haft förmåga att återbetala det tidigare angivna belopp på 30 659 568 kr. Konkursboet har gjort gällande att LC saknade förmåga härtill. Banken har å sin sida hävdade att konkursboet inte förmått styrka detta sitt påstående.

HovR:ns prövning av LC:s återbetalningsförmåga skall ske utifrån förhållandena d 22 okt 1987, då lånet erhöles (jfr NJA 1990 s 343).

Redan vad TR:n anför om LC:s balansräkning d 30 juni 1987, B.H:s rapport d 27 juni 1989 och R.W:s uttalande vid styrelsemötet i LC d 15 okt 1987 talar för att LC inte kunnat återbetala lånet per d 22 okt 1987. Av intresse är också att H.H, som haft bankinspektionens uppdrag att granska LC:s ekonomiska ställning d 31 dec 1987, i sin skrivelse på grundval av vad som framkommit vid granskningen anmodat styrelsen för LC att ofördröjligen upprätta kontrollbalansräkning enligt 13 kap 2 § ABL.

Vidare har kontrollern vid LC L.L också i HovR:n uppgivit att LC hade stora svårigheter att klara sina externa betalningar och att det inte skulle ha varit möjligt att återbetala lånet till LC. S.S, som i mitten av november 1987 börjat arbeta som konsult i LC och som senare under året efterträdde H.A som verkställande direktör för bolaget, har i HovR:n uppgivit att den inblick han fick i LC:s ekonomi gav vid handen att bolaget inte hade "skuggan av en chans" att återbetala lånet i slutet av oktober 1987. LC:s revisor vid tiden för lånet, A.H, har i sitt vittnesmål i HovR:n uppgivit att LC vid lånetillfället inte av egen kraft skulle ha kunnat återbetala lånebeloppet utan att man i så fall måst lita till tillskott utifrån.

Vad gäller bankens påstående att LC hösten 1987 var ett rörelsedrivande bolag under stark expansion med möjlighet till tillskott av medel från nya intressenter har visserligen framkommit, framför allt genom de uppgifter S.S lämnat, att LC under hösten förde diskussioner med vissa bolag, omnämnda som Wasa Kreditförsäkring och Glasmagasinet, om lån och tillskott till bolaget. Bl a överläts, enligt vad S.S uppgivit, leasingkontrakt tillhörande LC till ett belopp av

närmare 100 miljoner kr. Med hänsyn till vad som framgår av nyss redovisade vittnesmål har emellertid kontraktsöverlåtelserna inte tillfört bolaget likvida medel i sådan omfattning att lånet skulle ha kunnat betalas. I detta sammanhang kan antecknas att L.L. uppgivit att överlåtelserna visat sig förödande, eftersom bolaget till följd av dessa blev skyldigt att inleverera mervärdesskatt. I övrigt ledde enligt vad utredningen visar diskussionerna om finansiering över huvud taget inte till några tillskott utan de tilltänkta intressenterna drog sig ur det hela. I detta sammanhang kan för övrigt noteras att LC:s konkurs inträffade redan sommaren 1988.

Utredningen i målet visar enligt HovR:ns uppfattning att LC:s ekonomiska ställning vid lånetillfället d 22 okt 1987 var sådan att någon återbetalning av lånet inte var möjlig. Det förhållande att SOMÅ:s lån till LC inte var förenat med sedvanliga lånevillkor i fråga om amortering, räntebetalning m m tyder närmast på att någon återbetalning över huvud taget inte förutsatts i samband med transaktionen. SOMÅ:s fordran på LC har med hänsyn till det anförda praktiskt taget saknat värde och SOMÅ:s överföring av medel till LC har därmed till ett belopp av 30 659 568 kr utgjort en förtäckt olovlig vinstutdelning.

Vid sådant förhållande blev LC återbäringspliktigt för angivna belopp, såvitt inte företrädarna för detta bolag hade skälig anledning antaga att överföringen av medel till bolaget utgjorde laglig vinstutdelning.

Vid lånetillfället företrädde LC av H.A, som var bolagets marknadschef men som var verkställande direktör från i juni 1987 till dess han i slutet av året efterträdde av S.S. Enligt vad H.A uppgivit i sitt vittnesmål vid TR:n var han endast tillförordnad sådan och hade under sex veckor fullgjort militärtjänst och återkommit till bolaget först d 15 okt 1987. H.A undertecknade med stöd av fullmakt på SOMÅ:s vägnar det mellan SOMÅ och banken upprättade kontraktet rörande checkräkningskredit och en därtill hörande borgensförbindelse. Han har i sitt vittnesmål gjort gällande att han inte känt till eller insett innebörden av kontraktet. TR:n har ansett att denna uppgift ej förtjänade avseende. H.A har inte kunnat höras i HovR:n men det torde vara helt uppenbart att han känt till såväl innehållet i kontraktet mellan SOMÅ och banken som det förhållande att medlen i nästa led skulle tillföras LC och användas till avbetalning på LC:s checkräkningskredit.

Nästa fråga gäller om H.A hade skälig anledning antaga att LC hade möjlighet att betala tillbaka lånet och, om så inte skulle vara fallet, att lånebeloppet låg inom ramen för SOMÅ:s fria egna kapital. Härvid kan konstateras att H.A var närvarande på styrelsesammanträdet d 15 okt 1987, då R.W redovisade det ansträngda läget i mitten av varje månad och behovet av en rörelsekredit på 20 miljoner kr. Med hänsyn härtill och till vad L.L berättat om det ansträngda ekonomiska läget står det helt klart att H.A åtminstone haft skälig anledning antaga att lånet inte kunde återbetalas. Vad gäller frågan om SOMÅ:s fria egna kapital måste beaktas att det, såsom HovR:n förut i denna dom påpekat, förelegat en intressegemenskap mellan de båda bolagen SOMÅ och LC på så sätt att båda dominerats av R.W och M.O. Det förefaller vid sådant förhållande helt orimligt att inte ledningen inom LC skulle ha haft en uppfattning om SOMÅ:s verksamhet och ekonomiska förhållanden i stort. H.A kan därför inte ha haft skälig anledning antaga att överföringen av medel på LC till ett så stort belopp som 32 030 000 kr kunnat ske inom ramen för SOMÅ:s fria egna kapital.

På grund av det anförda har LC enligt grunderna för 12 kap 5 § 1 st ABL ådragit sig återbäringsansvar för ett belopp av 30 659 568 kr. I målet är ostridigt att LC, som försatts i konkurs, inte kan återbetala beloppet.

Vid sådant förhållande har konkursboet gjort gällande att banken - på visst närmare sätt som antecknats under redovisningen av parternas talan i HovR:n - medverkat till lånetransaktionen och att bristtäckningsansvar därför åvilar banken enligt bestämmelsen i 12 kap 5 § 2 st ABL. Banken har bestritt

konkursboets påstående om medverkan till lånetransaktionen och har invänt att den åberopade bestämmelsen inte, vare sig direkt eller analogt, kan tillämpas på banken såsom tredje man. HovR:n behandlar i det följande frågan om bristtäckningsansvar kan åläggas banken enligt den åberopade bestämmelsen.

I 12 kap 5 § 2 st ABL stadgas: "För brist som uppkommer vid återbäringen är de som medverkat till beslutet om utbetalningen eller verkställande därav eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning ansvariga enligt 15 kap 14 §§". Till dem som kan åläggas bristtäckningsansvar enligt nämnda lagrum hör stiftare, styrelseledamot, verkställande direktör, revisor, revisionsbolag och aktieägare. Enligt lagens ordalydelse saknas alltså förutsättningar att ålägga banken bristtäckningsansvar.

Frågan om en analog tillämpning av aktiebolagsrättsliga regler om bristtäckningsansvar har varit aktuell i rättsfallen NJA 1966 s 475 och 1976 s 618.

1966 års fall avsåg tillämpningen av bristtäckningsregeln i 73 § 2 mom 3 st i 1944 års aktiebolagslag, vilken bestämmelse i allt väsentligt överensstämmer med bestämmelsen i 12 kap 5 § 2 st ABL. Fråga var huruvida tidigare aktieägare och ende styrelseledamot i ett bolag, vilken sålt aktierna i bolaget till person som till betalning av viss del av köpeskillingen för aktierna tagit ut medel ur bolaget och befunnits återbäringsskyldig, kunde åläggas bristtäckningsansvar. HD lämnade yrkandet om bristtäckning utan bifall på den grund att den tidigare aktieägaren och styrelseledamoten inte vid mottagandet av köpeskillingslikviden haft vetskap om uttaget från bolaget. Av rättsfallet torde kunna utläsas att person, som ej intar organställning och ej är aktieägare, kan åläggas bristtäckningsansvar.

I 1976 års fall var frågan om ett livsmedelsbolag, som från ett konditoribolag mottagit leveranser av brödvaror, kunde åläggas bristtäckningsansvar på grund av att det i enlighet med mottagen fullmakt erlagt fortlöpande likvider för varorna inte till bolaget utan till en person som vid fullmaktens utfärdande var huvudaktieägare och styrelseledamot i konditoribolaget. Fullmakten hade utfärdats av en person som köpt huvudaktieägarens aktier och fullgjort del av betalningen av dessa genom likviderna från livsmedelsbolaget. Köparen av aktierna blev i samband med aktieöverlåtelsen ensam styrelseledamot i konditoribolaget och ansågs återbäringsskyldig för likviderna, eftersom fråga var om förtäckt olovlig vinstutdelning. HD ansåg, under hänvisning till allmänna civilrättsliga regler om verkan av överlåtelse av fordran, att det ej rimligen kunde bli fråga om att ålägga livsmedelsbolaget bristtäckningsansvar på i målet anförd grund, nämligen att företaget med insikt om att fråga var om olovlig vinstutdelning medverkat i verkställande därav. HD anförde vidare att en skadeståndsskyldighet möjligen skulle kunna komma i fråga vid ett förfarande, som innefattade samverkan i avsikt att tillfoga konditoribolaget skada, men ett sådant förfarande hade inte lagts livsmedelsbolaget till last.

Av dessa båda rättsfall - det ena avseende en tidigare aktieägare och styrelseledamot och det andra berörande allmänna civilrättsliga regler om verkan av överlåtelse av fordran - kan knappast utläsas någon klar gränsdragning för en analog tillämpning av den aktuella lagbestämmelsen. Av intresse är emellertid också rättsfallet NJA 1992 s 717, som gällde överträdelse av låne- och säkerhetsförbuden i 12 kap 7 § 3 st och 5 st ABL. HD uttalade under hänvisning till förarbetena till stadgandena bl a följande.
"Bestämmelserna om låneförbud har till syfte att skydda aktiebolags kapital i borgenärernas intresse. Handlande i strid med låneförbudet kan arrangeras på olika sätt, t ex i flera led med upptagande av krediter och lämnande av säkerheter, varvid den reella innebörden kan framgå mindre tydligt för den som inte deltagit i planeringen. Ett bolag kan t ex ställa säkerhet för en kredit, som en bank eller annan kreditinrättning lämnar en person vilken köper aktier i bolaget. Även om kreditgivaren i det enskilda fallet borde ha förstått vad lånet

skulle användas till, skulle det ofta vara alltför ingripande och leda till otillfredsställande resultat om säkerställande i strid med låneförbudet skulle vara ogiltigt. Syftet med bestämmelserna om låneförbud kan inte heller anses kräva en så långtgående effekt. Det finns emellertid fall, då den rättshandling som strider mot låneförbudet företagits under sådana förhållanden, att den till vars förmån den skett inte har något befogat anspråk på att få åberopa rättshandlingen. Det gäller här närmast fall då någon som har haft ett bestämmande inflytande över ett bolag medverkat i en överträdelse av låneförbudet till sin egen förmån." HD anförde vidare att i den då föreliggande situationen fråga var om en betalningsutfästelse, som riktade sig till säljaren av vissa aktier och för denne utgjorde ett slags säkerhet, samt fortsatte: "Frågan om utfästelsens infriande berör alltså inte någon tredje man, t ex en kreditgivande bank, som har anspråk på att få sin rätt skyddad."

S.L (a a s 1111) framhåller att bristtäckningsansvaret är ett medverkandeansvar och att mot denna bakgrund och i betraktande av hänvisningen till bestämmelserna i 15 kap 1-4 §§ ABL "synes ansvar böra kunna drabba endast aktieägare och personer med organställning", men medger att meningarna härom är delade och praxis inte helt upplysande. - Knut Rodhe synes vara inne på samma tankegångar och anför att prövningen av frågan om ansvar för andra än aktieägare och organföreträdare ligger utanför tillämpningsområdet av reglerna i ABL (a a s 229). - Annan uppfattning uttalas i Elisabet Posselius, G.G, Ulf Gometz och Lennart Hultén, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, 3:e rev uppl, 1993, s 21f. Författarna hävdar, under hänvisning till de i denna dom berörda rättsfallen NJA 1966 s 475 och 1976 s 618, att en motsatsvis tolkning av dessa avgöranden ger vid handen att personer utanför organställning kan åläggas subsidiärt ansvar om det kan styrkas vetskap.

G.G har i förenämnda utlåtande framhållit att man måste skilja mellan medverkansansvar enligt ABL:s regler och sådant ansvar på annan grund, närmast den av Knut Rodhe benämnda civilrättsliga hälerigrunden. I förenämnda hänseende finner han frågan om omfattningen av 12:5 ABL omstridd och framför som sin uppfattning att återbäringsplikt för olovlig vinstutdelning enligt nämnda lagrum kan åläggas även annan än person som innehar organställning i aktiebolag. Han anför bl a "Ordalydelsen av 12:5 ABL öppnar möjlighet för två skilda tolkningar. Den första innebär att ordalydelsen i 12:5 ABL ges tolkningsföreträde och att hänvisningen till 15 kap ABL endast avser principerna för fastställande av återbäringskyldigheten. Den andra metoden innebär att hänvisningen till 15 kap ABL de facto begränsar återbäringsplikten till den i 15 kap ABL omnämnda personkretsen." G.G förordar det första alternativet och fortsätter: "Lagförarbetena lämnar i tolkningsavseende ingen vägledning. Man är därför hänvisad till allmänna tolkningsteorier. En utgångspunkt är därvid lagtextens ordalydelse. 12:5 ABL hänvisar till 'envar som medverkat' (rätteligen 'de som medverkat'; HovR:ns anm.). Denna formulering gör det möjligt att intolka även annan än den som haft organställning. Hänvisningen till 15 kap ABL är dock tydlig och borde bokstavsmässigt uppfattas som en av 15 kap ABL omfattad inskränkning av kretsen av medverkansansvariga. En sådan inskränkning synes emellertid inte ha gjorts i rättspraxis."

HovR:n finner att annat ej framkommit i målet än att bankens medverkan till transaktionerna i nu ifrågavarande hänseenden mellan och med SOMÅ och LC synes ha varit betingad av bankens intresse av att LC, oaktat den skedda uppsägningen av LC:s krediter i banken, skulle kunna uppnå status som finansbolag och fortsätta sin verksamhet i avvaktan på nytt kapital från annat håll än banken. Realiter skedde ett gäldenärsbyte utan att banken utökade kreditmassan och detta byte har uppenbarligen inte varit till vinning för banken i den meningen att SOMÅ varit en säkrare gäldenär än LC i vad gäller återbetalningsförmågan. Det förhållandet att varken rättspraxis eller doktrinen ger någon säker ledning när det gäller möjligheterna att jämlikt grunderna för 12 kap 5 § 2 st ABL ålägga tredje man bristtäckningsansvar utan att det

tvärtom föreligger högst olika åsikter i saken manar till försiktighet vid bedömningen av vilka fall som skall kunna föras in under lagrummet i fråga. I detta fall har inte bankens intresse och vinning av lånetransaktionerna haft sådan karaktär eller omständigheterna i övrigt varit sådana att en analog tillämpning av lagrummet bör ske. Konkursboets talan kan därför inte bifallas på den i första hand åberopade grunden. Andrahandsgrunden för förstahandsyrkandet

Konkursboet har påstått att "bankens betalningsskyldighet följer av att banken - genom dess behöriga ställföreträdare - hade vetskap om att medlen olovligen uttogs från SOMÅ".

Mot bakgrund av vad konkursboet i första hand anför till stöd för sin talan gör konkursboet uppenbarligen gällande att de penningmedel som banken mottagit av LC såsom amortering av detta bolags checkräkningskredit hos banken av LC dessförinnan förvärvats genom ett lån som var olovligt enligt 12 kap 1 och 2 §§ samt 5 § 1 st ABL. Konkursboet har påstått att LC:s fång till följd därav var ogiltigt. Eftersom konkursboet åberopat allmänna rättsgrundsatser kan vid sådant förhållande dess andrahandsgrund inte förstås på annat sätt än att konkursboet för en vindikationstalan mot banken under påstående att banken med vetskap därom förvärvat penningmedel som LC olovligen åtkommit.

HovR:n har i det tidigare avsnittet rörande förstahandsgrunden med tillämpning av grunderna för 12 kap 5 § 1 st ABL gjort bedömningen att SÖMA:s överförande av medel till LC till ett belopp av 30 659 568 kr utgjort en förtäckt olovlig vinstutdelning. Det är vidare klarlagt att det för vindikation nödvändiga identitetskravet är uppfyllt, eftersom de penningmedel som genom SÖMA:s lån till LC tillgodoförts LC använts för att amortera LC:s checkräkningskredit hos banken och sålunda kommit banken tillgodo. Fråga uppkommer då om under dessa omständigheter rättshandlingen mellan SÖMA och LC är ogiltig och rättsliga förutsättningar föreligger för att på vindikationsrättslig grund förplikta banken att - därest banken varit i ond tro på sätt konkursboet påstått - återbetala nämnda belopp. Frågan har belysts både i rättspraxis och i doktrinen.

Det tidigare i samband med behandlingen av förstahandsgrunden redovisade rättsfallet NJA 1976 s 618 är även här av intresse. HD har sålunda uttalat att överenskommelsen om överlåtelsen av konditoribolagets fordran på den person som sålt aktierna och som mottagit likviderna efter försäljningen varit ogiltig jämlikt grunderna för 73 § 2 mom i 1944 års aktiebolagslag (motsvarande 12 kap 5 § ABL; HovR:ns anm), om säljaren förstått att köparen avsåg att finansiera köpet genom uttag från bolaget på sätt skett.

Såsom angivits tidigare anser Knut Rodhe (a a s 229) att prövningen av frågan om betalningsansvar för andra än aktieägare och organföreträdare ligger utanför tillämpningsområdet av reglerna i ABL om medverkan till olovlig utbetalning. Han anser i stället att man i sådana fall kommit i kontakt med allmänna regler om påföljden av att någon tar emot pengar från en annan person som honom vederligen åtkommit pengarna på olovligt sätt. Författaren hänvisar till bestämmelsen i 9 kap 6 § BrB om häleri, bestående i att någon bereder sig otillbörlig vinning av annans brottsliga förvärv.

S.L har när det gäller den nu behandlade frågan anför följande (a a s 99f och 109): "Om den som är återbäringskyldig mot bolaget säljer vad han är skyldig att återbära uppkommer fråga om vindikation. Om rätt till vindikation föreligger är också förvärvaren återbäringspliktig. Denna återbäringsplikt vilar då på andra rättsgrundsatser än återbäringsplikten i första ledet (vare sig denna är att anse som ett utflöde ur 12:5 1 st eller 8:14)". S.L synes med "ett utflöde ur 12:5 1 st" avse att lagbestämmelsen inte varit tillämplig enligt sin ordalydelse. Det förefaller också som om S.L menar att rättshandlingen i fråga blir ogiltig även vid en analog tillämpning av 12 kap 5 § 1 st ABL.

J.K har i sitt rättsutlåtande gjort gällande att frågan om ogiltighet skall anses föreligga beträffande en rättshandling som innebär en överträdelse av ett lagstadgat förbud får besvaras från fall till fall. Under hänvisning till det förut berörda rättsfallet NJA 1992 s 717 anför han, att de dömande organen härvid står tämligen fria och att med den normskyddsbedömning som HD gjort beträffande kreditgivarnas ställning när det gäller låneförbudet i 12 kap 7 § ABL det vore rimligt att ogiltighetsbedömningen utfördes på ett motsvarande sätt vid otillåten vinstutdelning. I detta sammanhang hävdar han att det förhållandet att ogiltigheten är obligatorisk enligt 12 kap 5 § men inte enligt 12 kap 7 § ABL saknar betydelse, eftersom i förstnämnda stadgande är fråga om aktieägare, vilket inte är fallet i målet, samt den på vindikation från tredje man baserade ogiltigheten över huvud taget inte ryms i ABL:s system.

HovR:n anser att av vad sålunda redovisats ur rättspraxis och doktrinen rättsläget får uppfattas så att civilrättslig ogiltighet föreligger även beträffande en rättshandling som är olovlig med tillämpning av grunderna för 12 kap 5 § 1 st ABL. Vad gäller J.K:s åberopande av rättsfallet NJA 1992 s 717 har HovR:n redovisat detta rättsfall i samband med bedömningen av om banken medverkat till det olovliga lånet, eftersom HD:s uttalanden om kreditinrättningar kunde vara av visst intresse för den bedömningen. HovR:n anser emellertid att man inte kan dra så långtgående slutsatser av rättsfallet som J.K gjort. HovR:n finner därför på grund av det anförda att banken, som övertagit penningmedel som LC olovligen bekommit, är återbetalningsskyldig, om banken vid mottagandet av penningmedlen varit i ond tro på det sätt konkursboet påstått, nämligen att banken, genom sina behöriga ställföreträdare, hade vetskap om att medlen olovligen uttagits från SOMÅ.

När det gäller frågan vad företrädare för banken känt till i saken har J.S i HovR:n förnekat att han d 22 okt 1987 över huvud taget hört talas om checkräkningskontraktet med SOMÅ, SOMÅ:s lån till LC och amorteringen av LC:s checkräkningskredit till banken utan att han först en tid senare fått reda på dessa transaktioner och då blivit upprörd. Han har vidare uppgivit att han känt till att leasingkontrakten skulle frisläppas i samband med emissionerna, att kontrakten, som ersatts av annan säkerhet, på något sätt som han inte satt sig in i skulle tillbaka till banken samt att han förankrat beslutet om kontrakten hos den verkställande direktören E.N och hos Sparbankernas bank; beslutet om checkräkningskrediten till SOMÅ hade i efterhand godkänts av styrelsen.

Vad J.S, som var regionchef vid bankens regionkontor i Sundsvall, uppgivit förefaller i sig osannolikt och vederläggs av vad bankkontorets kreditchef L.R och jurist B.N uppgivit om att J.S givit order om att olika handlingar skulle upprättas, bl a checkräkningskontraktet med SOMÅ och två bankallegat, ett avseende uttag från SOMÅ:s checkräkningskonto av ett belopp på 32 030 000 kr och ett avseende insättning på LC:s konto av ett lika stort belopp.

Även om J.S sålunda måste ha haft bättre kunskaper än han medgivit förmedlar förhören med honom och L.R ett intryck av att ingen av dem vid kontakten med LC:s företrädare till fullo förstått hela innebörden av och sammanhanget mellan de olika emissions- och lånetransaktionerna. L.R talar t ex om att det var en enda rundgång och obegripligt för honom. Den i målet förebragta omfattande utredningen ger enligt HovR:ns mening entydigt vid handen att bankens kreditprövning inför transaktionerna med SOMÅ och LC i oktober 1987 synes ha skett på ett överraskande lättvindigt sätt. Om bankledningen tagit del av det i målet åberopade och tidigare i denna dom omnämnda årsbokslutet för SOMÅ d 30 juni 1987 förefaller det föga troligt att krediten skulle ha beviljats. Detta tyder snarast på att bankkontoret i Sundsvall inte skaffat sig erforderlig information om SOMÅ:s betalningsförmåga. Än mindre är det visat att man där vid de aktuella transaktionernas genomförande haft konkret kännedom om storleken av det fria kapital som SOMÅ då förfogade över. En viss betydelse för bankkontorets handlande kan det också ha haft att banken - enligt vad utredningen i målet, bl a förhören median S och L.R, visar -

blivit i viss mån vilseledd av företrädare och representanter för LC genom att relevanta handlingar och uppgifter om räkenskapsmaterial och övervärden i LC:s leasingstock uteblivit eller varit missvisande.

Vad härefter beträffar E.N som var placerad i Umeå, har denne i sitt vittnesmål vid TR:n uppgivit att J.S varit i kontakt med honom per telefon och begärt tillstånd att med anledning av emissionen i LC frisläppa vissa för LC:s checkräkningskredit pantsatta leasingkontrakt. Han har vidare uppgivit att det då inte var på tal att bevilja SOMÅ en checkräkningskredit, att denna kredit kom till hans kännedom först d 18 dec 1987 i samband med ett möte med centralstyrelsen för banken samt att krediten då godkändes, eftersom styrelsen ansåg att det endast var fråga om ett gäldenärsbyte som inte föranledde några problem. Enligt E.N:s egna uppgifter har han alltså inte d 22 okt 1987 haft kännedom om de transaktioner som ägde rum denna dag och ej heller vad i övrigt i målet förekommit tyder på att så skulle ha varit fallet.

Sammanfattningsvis finner HovR:n att det inte är visat att företrädare för banken vid mottagandet av betalningen från LC haft vetskap om att medlen olovligen uttagits från SOMÅ och att till följd därav en civilrättsligt ogiltig rättshandling förelegat. Konkursboets talan kan därför inte heller vinna bifall på den i andra hand åberopade grunden. Andrahandsyrkandet

Konkursboet har åberopat att SOMÅ:s lån till LC var otillåtet, i första hand enligt 12 kap 7 § 3 st ABL och i andra hand enligt huvudregeln i första stycket i nämnda paragraf.

Enligt förstnämnda bestämmelse får aktiebolag inte lämna penninglån i syfte att gäldenären eller honom närstående fysisk eller juridisk person skall förvärva aktier i bolaget eller ett annat bolag i samma koncern. Huvudregeln i 12 kap 7 § ABL anger att aktiebolag ej får lämna penninglån till den som äger aktier i eller är styrelseledamot eller verkställande direktör i bolaget eller ett annat bolag i samma koncern; detsamma gäller i fråga om penninglån till närstående fysiska eller juridiska personer. Från denna regel finns vissa undantag, bl a om gäldenären är ett företag i den koncern i vilken det långivande bolaget ingår eller om gäldenären driver rörelse och lånet betingas av affärsmässiga skäl samt är avsett uteslutande för gäldenärens rörelse.

I målet är klarlagt att LC vid lånetillfället inte var aktieägare i SOMÅ men att dessa bägge bolag ingått i en s k oäkta koncern (jfr koncerndefinitionen i 1 kap 2 § ABL), där R.W och M.O genom sina bolag Trissprim och Exprim ägt vardera 50 % av aktierna i SOMÅ och LC. Lånet från SOMÅ till LC har visserligen ingått i den transaktionskedja som i ett senare skede medförde att LC blev aktieägare i SOMÅ. LC har emellertid inte använt de medel det erhöll såsom lån från SOMÅ till att förvärva aktier utan i stället har LC använt medlen till att amortera sitt checkräkningslån hos banken. Lånet från SOMÅ har därför inte haft en sådan anknytning till ett aktieförvärv att lånet enligt ordalydelsen i 12 kap 7 § 3 st ABL är otillåtet. Eftersom såsom nyss konstaterats LC vid lånetillfället inte var aktieägare i SOMÅ är lånet ej heller otillåtet enligt ordalydelsen i huvudregeln i 12 kap 7 § 1 st ABL.

Knut Rodhe (a a s 124) har mot bakgrund av ett avgörande av HD 1992 - varmed han torde åsyfta det tidigare nämnda rättsfallet NJA 1992 s 717 - tagit upp frågan om låneförbudsreglerna kan tolkas mera fritt. HovR:n vill emellertid framhålla att konkursboets skadeståndstalan mot banken grundar sig på ett påstående om att företrädare för SOMÅ genom att bevilja lånet förfarit brottsligt och att företrädare för banken medverkat därtill. På grund härav måste bestämmelserna i 12 kap 7 § ABL ses tillsammans med straffbestämmelsen i 19 kap 1 § samma lag. Detta medför att det enligt legalitetsprincipen finns föga utrymme för analoga tillämpningar av lagrummet. HovR:n anser att det i nu förevarande fall inte finns tillräckliga skäl att utvidga lagrummet.

På grund av det anförda finner HovR:n att ej heller konkursboets i andra hand förda talan kan vinna bifall.

HovR:ns domslut: --- Med ändring av TR:ns dom i huvudsaken ogillar HovR:n Leasing Consult SOMÅ AB:s konkursbos talan.

HovR:n förpliktade vidare konkursboet att ersätta banken för rättegångskostnader vid TR:n och i HovR:n.

Konkursboet (advokaten K.S såsom konkursförvaltare) överklagade och yrkade att HD skulle bifalla konkursboets i HovR:n förda talan i huvudsaken, befria konkursboet från skyldighet att utge ersättning för rättegångskostnader vid TR:n och i HovR:n samt tillerkänna konkursboet ersättning för rättegångskostnader vid TR:n och i HovR:n.

Sparbanken Sverige AB (banken; ombud advokaten X.X) bestred ändring.

HD meddelade prövningstillstånd beträffande konkursboets förstahandsyrkande och beträffande rättegångskostnaderna vid TR:n och i HovR:n men förklarade frågan om prövningstillstånd i målet i övrigt vilande.

Parterna åberopade i HD redan i HovR:n ingivna och åberopade utlåtanden, nämligen konkursboet utlåtande av professorn G.G, dagtecknat d 3 okt 1994 och banken utlåtande av numera professorn J.K, dagtecknat d 15 sept 1994. Beträffande dessa båda utlåtanden hänvisas till redovisningen i HovR:ns dom.

I HD ingav och åberopade banken ytterligare ett utlåtande av J.K, dagtecknat d 15 nov 1995 och konkursboet ett i januari 1996 daterat utlåtande av advokaten S.L.

J.K sammanfattade sitt utlåtande, som omfattade 53 sidor, enligt följande:

"9. Slutord och slutsatser.

Huvudfrågan i den nu aktuella tvisten gäller hur långt verkan av ogiltighet enligt vinstutdelningsreglerna skall kunna utsträckas. En rimlig utgångspunkt är att denna reglering - vad avser återbäringsansvar- begränsas av de föreskrifter som finns i ABL 12:5 1 st. Lagtextens ordalydelse skulle med detta betraktelsesätt ha betydelse. Även vid förtäckt vinstutdelning skulle ordalydelsen få avgöra den principiella innebörden av vinstutdelningsbegreppet.

Vad därefter gäller föreskriften i ABL 8:14 har denna på ett egendomligt sätt kommit i analysens centrum trots att det är ABL 12:5 1 st som talar om återbäring och därför förutsätter ogiltighet. I likhet med Nerep (Aktiebolagsrättsliga studier s 48) har jag valt att beteckna 8:14 som en godtrosskyddsregel. I likhet med Nerep menar jag att denna bestämmelse rör "ställföreträdarens rätt (icke makt) att binda bolaget". Liksom inom fullmaktsläran kan ett överordnat bolagsorgan begränsa fullmaktigens behörighet genom särskilda befogenhetsinskränkningar. Dessa kan enligt ABL 8:14 emellertid inte åberopas mot godtroende medkontrahent. I ett sådant fall skulle det närmast vara fråga om en befogenhetsbegränsning att rättshandla.

När det däremot gäller de interna bolagsorganens kompetens är det frågan om rätten att fatta vissa typer av beslut som kommer i analysens centrum. För sådana beslut finns det inga uttryckliga ogiltighetsregler i ABL 8:14. Det förefaller således ganska klart att förbudet att låna till närstående, en företeelse som dessutom är straffbelagd, måste vara kompetensbegränsande för styrelsen. Emellertid har aldrig ABL 8:14 ansetts utgöra ett hinder för ondtroende medkontrahent att likväl åberopa sig på en yttre rättshandling under förutsättning att densamma verkställts av ett bolagsorgan som har befogenhet att ingå den rättshandling varigenom försträkningsbeslutet verkställts. Skulle en firmatecknare verkställa ett sådant avtal och insåg eller

borde medkontrahenten ha insett att det saknades ett styrelsebeslut i frågan kan däremot bolaget åberopa ABL 8:14 och därmed åberopa ogiltighet mot medkontrahenten.

Firmatecknaren har visserligen behörighet att ingå avtalet men då medkontrahenten bort inse avsaknaden av ett för försträckningsavtal befogenhetsgrundande styrelsebeslut binder inte firmatecknaren bolaget. Om däremot medkontrahenten bort inse att det befogenhetskompetenta organet (dvs styrelsen) när det nödvändiga beslutet träffades därvid överskred en intern kompetensbegränsande föreskrift dvs förbudet att ge närstående etc försträckning så följer inte därmed att ABL 8:14 kan åberopas till stöd för ogiltighet. Detta har HD klart uttalat i NJA 1992 s 717.

För ogiltighet i ett sådant fall är inte ett åsidosättande av godtrosskyddsregeln i ABL 8:14 en tillräcklig betingelse för ogiltighet. Exemplet visar tydligt att en förklaring till att diskussionen blivit förvirrad är att befogenhetsbegreppet används i flera betydelser enligt ABL. Befogenheten att besluta om försträckning ligger på styrelsen. Om det med hänsyn till bolagets verksamhet inte kan antas att VD har denna befogenhet så kan inte VD besluta om försträckning. Verkställer firmatecknaren detta beslut finns möjlighet för bolaget att åberopa ogiltighet med stöd av ABL 8:14.

Om däremot det beslutskompetenta organet (dvs "befogenhetsorganet") bryter mot den kompetensbegränsande föreskriften i ABL 12:7 så har visserligen ett vederbörligen befogat bolagsorgan fattat beslutet men en ondtroende medkontrahent kan med stöd av lagmotiven och NJA 1992 s 717 likväl under vissa betingelser åberopa sig på rättshandlingen. För interna kompetensföreskrifter av den arten tillämpas inte ABL 8:14.

När det gäller minoritetsskyddsregler (t ex jävsbestämmelserna) har, som Nerep (se Aktiebolagsrättsliga studier s 48ff och särskilt s 52 not 52) tydligt påvisat, ABL 8:14 kommit att tillerkännas relevans. Frågan om dess tillämpning vid kränkningar av det bundna kapitalet i strid mot föreskrifterna i ABL 12:2 har tidigare aldrig varit aktuell därför att det funnits en obligatorisk ogiltighetsregel i 12:5 1 st. Den är däremot begränsad till fall av utdelning "till aktieägare" men har då också kunnat tillämpas när tredje man i ond tro berikat sig genom att erhålla "vinsten" antingen genom kapitalutdelning (t ex lån eller gåva eller köp av objekt till underpris) eller i form av pant (se NJA 1980 s 311).

I sådana fall har tredje man medelbart berikat sig på bolagets borgenärers bekostnad och gjort en slags "obehörig vinst". Det är då knappast fel att tala om tredje man som en slags "hälare". Eftersom åtgärden skett på tillskyndan av aktieägaren har ordalydelsen i ABL 12:5 om krav på utdelning "till aktieägare" iakttagits.

Om däremot aktieägaren eller den tredje man som berikat sig på bolagets bekostnad använder de uttagna medlen i sin tur för att fullgöra en civilrättslig förpliktelse kan mottagaren av dessa medel knappast beskrivas som någon som berikar sig på bolagets bekostnad. Det finns visserligen fortfarande en aktieägare och kanske en tredje man som gjort det men utlånanaren har däremot endast återfått ett kreditbelopp.

Om den utlånande parten är en bank som genom att ställa kreditbeloppet till ägarens förfogande för att denne skall få en möjlighet att förvärva bolaget och därefter tömt bolagets kassa för att lösa sin egen skuld föreligger visserligen en olovlig utdelning "till aktieägare" men ägarens anvisning till bolaget att betala beloppet till banken gör för den sakens skull inte banken till mottagare av vinstutdelning dvs en sådan tredje man som berikar sig på bolagets kapital. Banken är tvärtom inte ett dugg rikare än före den tillfälliga krediten. Banken har endast återfått sitt eget riskkapital. I det läget ger inte ABI.12:5 1 st någon möjlighet att angripa tredje mans förvärv. Denne är ju varken aktieägare eller mottagare av dennes vinstutdelning. Skulle man därvid utsträcka ogiltigheten till denne tredje man kan det knappast längre gå att tala om en med häleri

liknande situation. En hälare blir ju typiskt berikad på "brottet". Nej ett utsträckande av ogiltigheten till en sådan tredje man skulle närmast vara att likställa med ett slags "beslag" eller ett "förverkande".

En bank eller annan kreditgivare har visserligen möjliggjort att någon kunnat förvärva bolagets aktier för att därefter tillgodogöra sig bolagets bundna kapital genom att tillhandahålla ett tillfälligt lån. Till skillnad från en säljare (som i t ex NJA 1976 s 618) eller en panthavare (som i t ex NJA 1980 s 311) har denne tredje man (banken) inte berikats (dvs gjort någon "obehörig vinst") enbart genom att återfå sitt eget riskkapital. Det är just detta speciella förhållande som sätter en kreditgivare som återfått sitt eget riskkapital i ett särförhållande i jämförelse med andra tredje män och som också förklarar varför i ett fall som det föreliggande ett bifallande av "ogiltighetstalan" skulle få så stötande effekter. Tar man tillbaka pengarna från banken återfår man ju inte vinstutdelningen utan man gör närmast ett "beslag".

Frågan om ett sådant "beslag" skall äga rum måste då besvaras utifrån en fristående ogiltighetsbedömning. Utbetalningen av beloppet från bolaget till banken innebär ju en anvisning från en aktieägare och därmed en otillåten vinstutdelning, men mottagaren är inte någon som berikar sig på bolaget. Rättshandlingen är inte ett åsidosättande av någon minoritetsskyddsregel i ABL eller utbetalning till någon som mottager vinstutdelning. Min slutsats är därför att frågan om ogiltighet i ett sådant fall måste prövas utifrån dess egna meriter.

En sådan ogiltighetsprövning borde enligt mitt förmenande innebära en avvägning mellan å den ena sidan bolagsintresset, vilket är ett borgenärsintresse, och å den andra sidan kreditgivarintresset.

Det finns vid en sådan bedömning anledning beakta att den aktuella transaktionen företagits av en tjänsteman på lägre nivå i banken som varken känt till eller rimligen kunnat förstå sambandet mellan hans tillfälliga - om än olämpliga - kreditgivning till en kund i banken och vinstutdelningsreglerna i ABL. Bankens tjänsteman har således saknat förmåga att sätta sig in i ett system där banken skulle kunna komma att genom hans agerande tillfoga mångmiljonförluster utan att banken ens tog någon verklig kreditrisk.

Avsaknaden av ett absolut givet logiskt och rättsligt samband mellan uttagssbeslutets olovlighet, återbetalningsbeslutets giltighet och SOMÅ:s eventuella obundenhet vid den rättshandling varigenom bolaget manifesterade sitt kompetensöverskridande är enligt min uppfattning tydligt. Vid "kapitalanvändningsbeslut" som innefattar ett åsidosättande enligt ABL 12:5 är ogiltigheten absolut liksom när tredje man berikas och får sig vinsten tillställd genom en anvisning från aktieägare. Vid "kapitalanvändningsbeslut" enligt ABL 12:7 är den däremot inte absolut enligt NJA 1992 s 717.

Vid "kapitalanvändningsbeslut" där tredje man inte mottagit vinstutdelning, utan endast återfått eget riskkapital borde frågan om ogiltighet vid kompetensöverskridande enligt min mening lösas enligt en sådan gängse intresseavvägningsmetod som HD brukat tillämpa när sådana problem ställts på sin spets. Att i det läget tillämpa ABL 8:14 som traditionellt åberopats vid åsidosättande av minoritetsskyddsregler vore enligt min uppfattning att tillerkänna detta lagrum en helt ny roll som inte går att sammanfoga med tidigare rådande synsätt. Om det dessutom skulle vara fråga om att göra detta i ett fall där det skulle få till effekt att "bolaget" kunde gynna sådana krafter som reglerna i 12 kap avser att missgynna, föreligger betydande risker för missbruk av vinstutdelningsreglerna. Att ogiltighetspåföljden traditionellt varit ansedd som en flexibel påföljd har bl a sin grund i syftet att motverka stötande resultat. (Se om denna fråga Utlåtande I, s 22ff) (Utlåtande I ingivet i HovR:n; red:s anm.)

I realiteten skulle ett utsträckande av ogiltigheten i en situation som den föreliggande till banker som ställt eget riskkapital till förfogande komma att

fungera som ett slags "straff" med beslags- eller förverkandepåföljd. Införandet av sådana påföljder- särskilt som man 1975 avkriminaliserade olovlig vinstutdelning - borde enligt min mening klargöras genom ny lagstiftning. Frågan om bankernas medverkandeansvar borde därför snarare prövas i samband med en översyn av vinstutdelningsreglerna. Eftersom det enligt vad jag inhämtat f n sker en sådan översyn även av 12 kap ABL inom ramen för en sittande utredning, finns det goda möjligheter att genom rättspolitiska ställningstaganden från lagstiftaren klargöra gränserna för tredjemans medverkandeansvar varför det enligt min mening inte föreligger goda sakliga skäl att nu föregripa den pågående översynen. Även rättssäkerhetsaspekter talar för att lagstiftaren borde klargöra gränserna för sådant ansvar eftersom det i ett fall som det föreliggande knappast via normal lagtolkning gått att förutse den teoribildning som ligger till grund för den nu förda talan."

S.L sammanfattade sitt utlåtande, som omfattade 32 sidor, sålunda: "12. Sammanfattning och avslutande anmärkningar.

Utgångspunkten är att SOMÅ har försträckt LC ett belopp, för vilket LC har saknat erforderlig återbetalningsförmåga. Försträckningen har genomförts av banken genom att banken har överfört medel på ett SÖMA:s konto med banken till ett LC:s konto med banken. Det senare kontot har varit LC till last sålunda att banken har tillgodogjort sig det överförda beloppet.

Genom att försträckningen till följd av LC:s bristande återbetalningsförmåga inte kan anses ha varit affärsmässigt betingad skall dess lovlighet bedömas enligt kapitalskyddsbestämmelserna i 12 kap ABL. Till följd av att SOMÅ inte har haft erforderligt fribelopp enligt ABL 12:2 1 st, har försträckningen varit olovlig. Med utgångspunkt att erforderlig god tro inte har förelegat på LC:s sida - därvid efter min mening godtros regeln i ABL 8:14 är tillämplig - är försträkningsavtalet oförbindande för SOMÅ, som därför inte har varit skyldigt att utbetala försträkningsbeloppet (och naturligtvis ej heller haft rätt att göra så).

Försträkningsbeloppet har utbetalats genom en SOMÅ:s instruktion till banken. Den instruktionen har berörd ställföreträdare inte kunnat förankra i ett verksamt bolagsbeslut, eftersom utbetalningen inte har varit förenlig med beloppsspärren i ABL 12:2 1 st (och försträkningsavtalet inte ändå blivit bindande för SOMÅ på grund av god tro på LC:s sida). Efter mitt förmenande skall ställföreträdaren därigenom anses ha överträtt sin befogenhet sålunda att instruktionen binder bolaget endast om banken inte har insett eller bort inse befogenhetsöverskridandet (dvs de omständigheter som föranleder att försträckningen skall bedömas enligt kapitalskyddsreglerna i 12 kap ABL). Om banken inte har varit i sådan aktsam god tro, har verkställandet av betalningsinstruktionen inte skett med mot SOMÅ befriande verkan.

Skulle transaktionerna mot förmodan ses som ett gäldenärsbyte, förändrar inte detta bedömningen; SOMÅ är i så fall inte bundet av sitt åtagande att stå för LC:s skuld till banken.

SOMÅ:s krav mot LC på återbäring av försträkningsbeloppet kan göras gällande mot den som LC vidarebefordrar beloppet till, under förutsättning att beloppets identitet är bevarad. Banken har genom att beloppet insatts på ett LC:s konto med banken tillgodogjort sig beloppet. Eftersom transfereringen skett direkt från SOMÅ:s konto med banken till LC:s konto med banken har beloppet varit sakrättsligt individualiserat. Därför har SOMÅ (nu konkursboet) rätt att vindicera beloppet från banken, om inte banken kan göra gällande något godtroskydd. Vilka regler som gäller i fråga om godtrosvörvärv av belopp som emottagits genom kontoöverföring är oklart. Sannolikt skall dock situationen bedömas som om fråga hade varit om överföring av fysiska pengar, och sannolikt kan godtrosvörvärv av fysiska pengar ske efter samma principer som gäller enligt GodtrosL.

Det anförda innebär att konkursboets talan mot banken efter min mening kan vinna bifall efter två olika argumenteringslinjer.

J.K:s resonemang om en intresseprövning finner jag såvitt gäller den viktiga borgenärsskyddsregeln i ABL 12:2 1 st inte bärande. Av rättsfallet NJA 1992 s 717 kan i det hänseendet ingen ledning hämtas, dels med hänsyn till den historiska förklaringen till problematiken kring bestämmelserna i ABL 12:7, dels därför att borgenärsskyddsbestämmelserna i ABL 12:2 1 st är av en helt annan karaktär än de i främst fiskalt syfte tillkomna, straffsanktionerande bestämmelserna i ABL 12:7.

J.K:s resonemang om att fråga skulle vara om en svag ogiltighetsgrund vilken inte skulle kunna göras gällande sakrättsligt är heller inte bärande. Dessutom saknar frågan relevans beträffande den första argumenteringslinjen (att banken inte med befriande verkan mot SOMÅ har kunnat efterfölja instruktionen att överföra försträkningsbeloppet till LC)."

Målet avgjordes efter huvudförhandling.

HD (JustR:n Lind, Lars K Beckman, Solerud, referent, Westlander och Thorsson) beslöt följande dom: Domskäl. Konkursboet har - såvitt nu är i fråga - åberopat två grunder för att banken skall förpliktas att till konkursboet betala det i första hand yrkade beloppet (30 659 568 kr).

För båda grunderna gäller att det är ostridigt mellan parterna att det nämnda beloppet beräknats som skillnaden mellan, å ena sidan, en penningssumma (32 030 000 kr) som anses ha lånats ut av SOMÅ till Leasingconsult JOW AB (LC) och, å andra sidan, den summa (1 370 432 kr) som, då lånet lämnades, utgjorde sådant fritt eget kapital hos SOMÅ som vinstutdelning till aktieägare i SOMÅ inte fick överstiga enligt bestämmelsen i 12 kap 2 § 1 st ABL.

Den första grunden innefattar ett påstående om att LC är skyldigt enligt 12 kap 5 § 1 st nämnda lag, eller grunderna för detta lagrum, att till SOMÅ återbära beloppet och att banken ådragit sig s k bristtäckningsansvar enligt paragrafens andra stycke.

Enligt den av konkursboet i andra hand åberopade grunden har banken blivit betalningsskyldig enligt allmänna rättsgrundsatser därför att banken - genom sina behöriga ställföreträdare - hade vetskap om eller hade bort inse att medlen, med vilka lånet lämnades, olovligen uttagits från SOMÅ.

Vad gäller förstahandsgrunden har banken förnekat att LC är återbäringskyldigt och gjort gällande att banken därför inte kan ha blivit bristtäckningsansvarig enligt det andra stycket av den åberopade paragrafen. Vidare har banken hävdat att detta stycke inte är tillämpligt, direkt eller analogiskt, på banken. Om banken skulle anses bristtäckningsansvarig skall enligt banken jämkning äga rum så att banken inte åläggs att betala något belopp.

Beträffande konkursboets andrahandsgrund har banken förnekat att det finns någon sådan rättsgrundsats som avses med denna grund. Banken har vidare förnekat att banken haft vetskap om eller bort inse att LC hade uppburit en olovlig förtäckt vinstutdelning. Dessutom har banken gjort gällande att konkursboets påstående, att banken bort inse att LC mottog en olovlig vinstutdelning, utgör en först i HD åberopad ny omständighet som inte kan komma under domstolens prövning.

Parterna har åberopat utlåtanden som avgetts till stöd för deras ståndpunkter i sak, konkursboet ett utlåtande av professor G.G (i HovR:n) och ett av advokat S.L (i HD) samt banken två utlåtanden av professor J.K (ett i HovR:n och ett i HD).

En förutsättning för att ett sådant bristtäckningsansvar enligt 12 kap 5 § 2 st som avses med förstahandsgrunden skall aktualiseras är att LC enligt paragrafens första stycke, eller möjligen enligt grunderna för detta, är skyldigt att återbära det skillnadsbelopp som LC enligt det tidigare anförda skulle anses ha uppburit som olovlig utdelning. Banken har gjort gällande att det för en analog tillämpning av det andra stycket inte är tillräckligt att paragrafens första stycke är endast analogiskt tillämpligt.

Mot att LC skulle vara återbäringsskyldigt har banken invänt att bestämmelsen om återbäring i förut nämnda 12 kap 5 § 1 st uttryckligen anges avse sådan betalning i strid mot lagen som sker till aktieägare och att LC inte var aktieägare i SOMÅ när detta bolag lämnade lånet. Enligt banken skall bestämmelsen inte tillämpas analogt på LC.

För det fall att HD skulle finna att återbäringsbestämmelsen kan tillämpas analogt, dvs att det saknar angiven betydelse att LC inte var aktieägare, har banken medgett dels, mot bakgrund av HovR:ns bevisbedömning, att LC saknar ekonomisk förmåga att återbära beloppet, dels att ett lån av förevarande slag i och för sig är att betrakta såsom en vinstutdelning på vilken bestämmelsen i det berörda första stycket anses tillämplig. I enlighet härmed har banken också under angiven förutsättning medgett att LC skulle vara återbäringsskyldigt enligt stycket.

HD gör följande bedömning.

Bestämmelsen i 12 kap 5 § 1 st skall läsas mot bakgrund av bestämmelserna i 1 och 2 §§ i samma kapitel, som reglerar vilka utbetalningar till aktieägare som får äga rum och hur stor vinstutdelningen till aktieägare får högst vara. Den omständigheten att också sistnämnda bestämmelser enligt sina lydelse avser utbetalningar till aktieägare har inte ansetts hindra att bestämmelserna, som skall medverka till att skydda aktiebolagets borgenärer, tillämpas analogt även på utbetalningar som görs till annan än aktieägare. Att det vid tillkomsten av aktiebolagslagen förväntades att så skulle komma att ske, framgår av uttalanden i lagens förarbeten (prop 1975:103 s 476).

I första hand kommer här i fråga sådana fall där mottagaren av utbetalningen visserligen inte är en aktieägare, men väl någon denne närstående fysisk eller juridisk person. Vidare får bestämmelserna antas vara analogt tillämpliga på utbetalningar som görs till någon som i ett nära sakligt sammanhang med utbetalningen upphör att vara aktieägare eller blir aktieägare (jfr NJA 1951 s 611 och 1976 s 618). Även andra ägareliknande kopplingar till aktiebolaget skulle måhända kunna aktualisera en dylik analog tillämpning (jfr diskussionen i NJA 1988 s 620 om s k aktieägartillskott från annan än aktieägare).

Att i övrigt med generella kriterier identifiera sådana fall där en analog tillämpning av 12 kap 2 § kan komma i fråga låter sig knappast göra. Av betydelse i sammanhanget synes emellertid vara att det normalt inte ter sig meningsfullt att analogt tillämpa 2 § på en viss transaktion om man inte samtidigt anser att denna också skall kunna föranleda en återbäring enligt 5 § 1 st. Hänsynen till säkerheten i omsättningen och det praktiska ekonomiska livet får därför sätta gränser för hur långt analogierna skall drivas.

I vissa fall när mottagaren av en utbetalning är närstående till aktieägaren kan förhållandena vara sådana att det i själva verket får anses vara aktieägaren som är mottagare och därför kan bli återbäringsskyldig. Utgångspunkten skulle då kunna vara att det inte finns anledning att behandla ett sådant fall på annat sätt än om aktieägaren först tar emot utbetalningen från bolaget och därefter lämnar den vidare till en närstående.

I andra fall, kanske de flesta, kan det inte anses ligga lika nära till hands att behandla aktieägaren som en form av mellanhand. Då får i stället prövas, om det finns skäl att med en analog tillämpning av berört slag ändå anse

utbetalningen som olovlig enligt 12 kap 2 § och den vara återbäringsskyldig som mottagit utbetalningen från bolaget.

I båda nu angivna typfall kan det förl bli aktuellt att pröva om den som inte anses återbäringsskyldig enligt det första stycket i 12 kap 5 § i stället skall med tillämpning av bristtäckningsregeln i andra stycket täcka eventuell brist i återbäringen. Att prövningen av de inblandades ansvar kan växla med omständigheterna framgår redan av rättsfallet NJA 1951 s 61.

Som HovR:n antecknat hade den revisor som i förevarande fall bidrog med förslag till de skilda transaktionerna, av vilka lånet från SOMÅ till LC utgjorde en, samtidigt dragit upp riktlinjerna för den ungefär en vecka efter lånet företagna emissionen i LC genom vilken SOMÅ blev dotterbolag till LC. Redan på grund härav får förhållandet mellan LC och SOMÅ anses utgöra en sådan omständighet som bör föranleda en analogisk tillämpning av bestämmelserna i 12 kap 2 § och 5 § 1 st på lånet till LC. En ytterligare sådan omständighet är också den att SOMÅ och LC ingick i en sk oäkta koncern med två fysiska personer som ytterst hade ett dominerande inflytande över företagsgruppen i fråga. För skyldighet att återbära en från ett aktiebolag mottagen olovlig utdelning fordras enligt 12 kap 5 § 1 st, i den lydelse bestämmelsen hade vid här aktuell tid, att mottagaren inte hade skälig anledning antaga att utbetalningen utgjorde laglig vinstutdelning. Med godtagandet av HovR:ns bevisvärdering har banken medgett att LC inte har haft sådan anledning.

I enlighet med vad HovR:n funnit får LC alltså anses ha varit skyldigt att med analogisk tillämpning av 12 kap 5 § 1 st återbära lånebeloppet till SOMÅ. Eftersom det i HD är ostridigt mellan parterna att LC saknade förmåga att helt eller delvis fullgöra denna skyldighet, uppkommer frågan, om banken är skyldig att täcka denna brist enligt bestämmelsen i andra stycket eller med en analogisk tillämpning av denna.

Innan denna fråga prövas finns det skäl att något se på de skillnader och beröringspunkter som finns mellan konkursboets förstahandsgrund och dess andrahandsgrund. Så som konkursboet preciserat andrahandsgrunden framstår käromålet enligt denna grund som en talan om antingen ett medverkansansvar med skadeståndsrättslig anknytning eller en på ogiltighet av den olovliga utdelningen grundad vindikation.

Det bristtäckningsansvar som regleras i ABL (12 kap 5 § 2 st) kan göras gällande mot dem som medverkat till beslutet om den olovliga utbetalningen eller verkställande därav eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning. Dessa anges vara ansvariga enligt 15 kap 1-4 §§ i samma lag. Inte minst genom hänvisningen till sistnämnda bestämmelser om skadeståndsansvar görs klart att bristtäckningsansvaret vilar på skadeståndsrättslig grund. I den mån konkursboets andrahandsgrund avser ett skadeståndsrättsligt medverkansansvar har således grunderna en gemensam nämnare.

ABL:s utformning och systematik får det att framstå som naturligt att uppfatta lagens bestämmelser, vilka utgör resultatet av ingående överväganden, som en till skydd för bolagets kapital i det närmaste uttömmande reglering av följderna av ett handlande i strid med dessa. (Detsamma kan förl sägas om de bestämmelser i tidigare lagar om aktiebolag som i här aktuella hänseenden innehöll väsentligen likartade regleringar.) I allt fall finns inte några egentliga indikationer i förarbetena på att det varit avsett att följderna av nämnt slag skulle kunna bestämmas av likartade regler hämtade från allmänna rättsgrundsatser.

Det anförda talar mot att frågan, om banken i förevarande fall ådragit sig något betalningsansvar, skall prövas med tillämpning av ett generellt medverkansansvar på skadeståndsrättsliga grunder som må följa av icke kodifierade rättsgrundsatser utan anknytning till ABL.

Att i särskilda fall förhållandena kan vara sådana att vid sidan av ABL:s bestämmelser också andra lagregler kan vara att tillämpa, t ex sådana som finns i BrB och i KL, med följder som kan ha likheter med bristtäckningsansvarets är en helt annan sak.

I rättsfallet NJA 1976 s 60 dömdes t ex för medverkan till olovlig vinstutdelning. Här rörde det sig inte om tillämpningen av allmänna rättsgrundsatser utan av bestämmelser om brott. Olovlig utdelning utgjorde nämligen vid den tiden ett brott enligt 214 § 3 i 1944 års aktiebolagslag.

När ABL infördes ansågs det inte nödvändigt att kriminalisera olovliga vinstutdelningar. Trots detta kan i allvarligare fall fråga än i dag uppkomma om inte den som avhänt ett aktiebolag medel genom olovlig utdelning skall straffas för ett brott (då enligt BrB, t ex ett brott mot borgenärer enligt 11 kap nämnda balk) och om inte annan skulle kunna dömas för medverkan till ett sådant brott. Detta påverkar emellertid inte slutsatsen av det tidigare anförda. Som redan antytts handlar det då om en fråga vid sidan av dem som det enligt konkursboets andrahandsgrund finns anledning att pröva här.

I sammanhanget kan också erinras om att tillämpningen av skuldebrevslagens bestämmelser med verkningar likartade med ABL:s regler om återbärings- eller bristtäckningsskyldighet varit föremål för övervägande i rättsfallet NJA 1976 s 618. I ett speciellt hänseende berördes där också möjligheten av en skadeståndsskyldighet. Det sätt på vilket konkursboet utformat andrahandsgrunden ger emellertid inte anledning att närmare undersöka eventuell tillämplighet av skadeståndslagen på förevarande fall. Någon lagstiftning i övrigt som på liknande sätt skulle kunna tillmätas betydelse i sammanhanget synes inte heller kunna aktualiseras.

Det i andra stycket av 12 kap 5 § reglerade ansvaret gäller brist som uppkommer vid återbärning enligt bestämmelsen i paragrafens första stycke. Ansvaret omfattar således inte nödvändigtvis hela beloppet av den olovliga utbetalningen. Ett sådant på utbetalningens ogiltighet grundat ansvar som enligt det föregående skulle inrymmas under konkursboets andrahandsgrund synes däremot komma att avse hela beloppet. I själva verket skulle bifall till en talan på sådan grund få samma resultat som ett bifall till yrkande om återbärning enligt paragrafens första stycke. En distinktion på denna punkt, sådan som den som ligger i de skilda regleringarna i de båda styckena i paragrafen, skulle således inte upprätthållas.

Om den som mottager något genom olovlig s k sakutdelning (se härom rättsfallet NJA 1995 s 742) från ett aktiebolag sedan överlåter detta till någon annan, skulle fråga kunna uppkomma om inte mottagaren i det senare ledet skulle kunna anses förvärva äganderätt till det som frånhänts bolaget endast enligt de grundsatser som ligger bakom lagen (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre. I den mån en penningssumma skulle kunna identifieras som den som ursprungligen härrörde från bolaget skulle då motsvarande också kunna gälla denna (jfr t ex NJA 1963 s502).

En analogi av nu angivet slag liksom f ö en tillämpning av oskrivna rättsgrundsatser framstår snarare som alternativ till en analogisk tillämpning av bristtäckningsreglerna i ABL än som en parallell tillämpning av annan lagstiftning av sådant slag som berörts i det föregående. Följderna för den som i ett senare led mottagit något som härrör från en olovlig utdelning från ett aktiebolag och som inte faller direkt in under bestämmelserna i 12 kap 5 § bör rimligen också stå i samklang med följderna för dem på vilka bestämmelserna är direkt tillämpliga. Med hänsyn härtill är det närmast till hands att överväga om inte det stöd åt ifrågavarande kapitalskyddsregler som kan bedömas erforderligt beträffande icke direkt reglerade fall bör i första hand sökas i en analogitillämpning av ABL och inte i oskrivna rättsgrundsatser eller analogier av regler helt utanför lagstiftningen om aktiebolag.

Härefter skall nu prövas konkursboets förstahandsgrund, nämligen spørgsmålet huruvida bestämmelsen om bristtäckningsansvar i 12 kap 5 § 2 st skulle kunna vinna analogisk tillämpning på förevarande fall.

En given utgångspunkt får anses vara att bristtäckningsbestämmelsen enligt sin avfattning inte omfattar andra än sådana personer i organställning hos aktiebolaget som anges i de tidigare nämnda bestämmelserna i 15 kap 1-3 §§. Att detta också har varit avsikten vinner stöd av uttalanden i förarbetena (se t ex lagrådets uttalande i prop 1975:103 s 771). Emellertid finns det lika litet här som beträffande 12 kap 5 § 1 st anledning att utesluta möjligheten av en viss analogisk tillämpning, om intresset av att upprätthålla reglerna om motverkande av olovlig vinstutdelning innefattar tillräckliga skäl för det (jfr HD:s uttalande i NJA 1980 s311).

Banken har invänt mot en analogitillämpning av 12 kap 5 § 2 st i förevarande fall att den skulle komma att i sin tur kopplas till en analogitillämpning av paragrafens första stycke. När den analogiska tillämpningen av första stycket hålls inom så snäva ramar som förespråkats i det föregående, kan emellertid en analogisk tillämpning av andra stycket inte i och för sig anses inge några sådana betänkligheter att en dylik tillämpning inte kan godtas. De krav som i subjektivt hänseende ställs på den som skall åläggas bristtäckningsansvar måste dock anpassas efter förhållandena. Bedömningen i ett konkret fall av om det subjektiva rekvisitet är uppfyllt kommer dessutom att påverkas av att det rör sig om utbetalning på vilken 12 kap 2 § och 5 § 1 st tillämpats analogivis.

Som antytts i det föregående beträffande första stycket i 5 § kan fråga i vissa fall uppkomma huruvida den som mottagit något som härrör från en olovlig vinstutdelning i själva verket skall anses vara skyldig att återbära beloppet enligt en analogisk tillämpning av bestämmelsen i stycket. Men som också antytts i det föregående kan det i de flesta fall framstå som riktigare att i stället kräva att bristen täcks enligt paragrafens andra stycke, direkt eller analogiskt tillämpad. I enlighet därmed talar vägande skäl för att, om en person i ett senare led verksamt bidragit till att den olovliga utbetalningen kom till stånd, den som mottagit utdelningen från bolaget åläggs återbäringsskyldighet, medan den medverkande åläggs skyldighet att täcka den brist som uppkommer vid återbäringen. Detta får närmast ses som ett sätt att förhindra mer eller mindre klara kringgåenden av reglerna. Möjligheter för parter att genom vidareföring av olovliga utdelningar till insolventa aktieägare, eller någon därmed jämställd person, omintetgöra ett som centralt ansett skydd för bolagets borgenärer förtjänar inte rättsordningens stöd.

Av samma skäl som anförts mot en vittomfattande analogisk tillämpning av 12 kap 2 § och 5 § 1 st och på grund av det tidigare anförda rörande en kombinerad analogitillämpning av de båda styckena i 5 § bör även med avseende på det andra stycket av 5 § en analogisk tillämpning hållas inom snäva gränser.

Till en början synes klart att den som framstår som den i själva verket bestämmande i bolaget utan att formellt ingå i ett sådant bolagsorgan som avses i 15 kap 1-3 §§ bör jämföras med en person med organställning. På fall där någon för att skada ett intresse som skall skyddas av reglerna i 12 kap ABL medverkar till en olovlig utdelning i samförstånd t ex med den som själv blir återbäringsskyldig bör vidare en analogisk tillämpning av 12 kap 5 § 2 st kunna komma i fråga. Något krav på att den medverkande också erhållit något själv av det som olovligen utbetalats av bolaget bör dock då inte uppställas. Med nu angivna analogiska tillämpningar torde emellertid följa att skyldigheten att täcka bristen kan jämkas med en liknande tillämpning av bestämmelsen i 15 kap 4 §.

För att någorlunda effektivt hindra kringgåenden av kapitalskyddsreglerna finns det skäl att tillämpa grunderna för bristtäckningsbestämmelsen även på den vars medverkan väsentligen består i att han är mottagare, från någon som är

återbäringskyldig, av något som härrör från en olovlig utbetalning. En förutsättning härför bör dock vara att mottagaren hade vetskap om sistnämnda förhållande. Huruvida utbetalningen avsett en penningssumma och om mottagandet gäller t ex en gåva eller betalning av en skuld saknar betydelse.

Blotta mottagandet av en betalning, även om det sker med vetskap om att en olovlig vinstutdelning skett men det är för mottagaren obekant om just utdelningen utnyttjats för betalningen, bör inte vara att anse som tillräcklig medverkan för bristtäckningsskyldighet. Denna ståndpunkt står också i överensstämmelse med rättsfallen NJA 1951 s 6 I och 1966 s 475, även om vidden av HD:s uttalande i NJA 1976 s 618 om 1966 års fall framstår som osäker.

Även på ett bristtäckningsansvar enligt det nu anförda bör jämningsregeln i 15 kap 4 § kunna vinna analogisk tillämpning.

Ett ännu effektivare stöd åt kapitalskyddsreglerna skulle åstadkommas om det för bristtäckningsansvar skulle räcka med att mottagaren varit vårdslös eller åtminstone grovt vårdslös beträffande omständigheten att utbetalningen från aktiebolaget utgjorde en olovlig utbetalning. Detta motsvarar också vad som föreskrivs i 15 kap 1-3 §§. Analogitillämpningen skulle därmed bli i det närmaste fullständig. En alternativ väg att uppnå ett likartat resultat skulle vara att, i linje med vad som gäller i andra sammanhang, lätta beviskravet för den som gör gällande att en medverkande har ådragit sig ett bristtäckningsansvar (jfr professor N. utlåtande i NJA 1951 s 61).

Mot det sistnämnda alternativet kan emellertid anföras att den som medverkat generellt sett inte har så mycket lättare än den andra parten att förebringa bevisningen att en dylik bevislättning framstår som motiverad. I vart fall såvitt avser en situation sådan som den i förevarande fall skulle vidare en bevislättning inte stå i god överensstämmelse med vad HD för en liknande situation uttalat i rättsfallet NJA 1990 s 343.

När det gäller frågan, om bristtäckningsansvar i fall som det förevarande skall kunna utlösas redan vid vårdslöshet eller grov vårdslöshet får de motstående intressena, varmed främst avses tidigare berörd hänsyn till omsättningens säkerhet och det praktiska ekonomiska livet, en om möjligt större relativ tyngd än när det gäller analogisk tillämpning av första stycket i 5 §. För att skydda sig mot eventuella framtida krav på bristtäckning skulle i praktiken betalningsmottagare och andra parter i normala avtalsförhållanden med någon som har intresse i ett aktiebolag anse sig behöva göra långtgående undersökningar. Att frambringa sådana situationer synes gå längre till förmån för intresset av kapitalskyddets upprätthållande än vad som bör åstadkommas genom rättstillämpningen.

För att det skall komma i fråga att i förevarande mål ålägga banken ett bristtäckningsansvar fordras således att banken, i den mening som angetts i det föregående, haft uppsåt med avseende på det olovliga uttag från SOMÅ som LC gjorde. Av detta följer att det saknas anledning att ta ställning till om konkursboets påstående om att banken hade bort inse att LC gjort ett dylikt uttag utgör en sådan i HD ny omständighet som inte kan komma under domstolens prövning.

Vad som förekommit i HD ger inte tillräcklig anledning att frångå HovR:ns bedömning att banken vid mottagandet av betalningen från LC inte haft vetskap om att medlen olovligen uttagits från SOMÅ.

På grund av det anförda skall konkursboets överklagande såvitt avser förstahandsyrkandet inte bifallas.

Domslut. HD fastställer det slut vartill HovR:n kommit beträffande Leasing Consult SOMÅ AB:s konkursbos förstahandsyrkande och rättegångskostnaderna.

HD finner inte skäl att meddela prövningstillstånd i målet i övrigt, i följd varav HovR:ns dom i denna del skall stå fast.

HD:s dom meddelades d 24 juni 1997 (mål nr T 2/95).

Litteratur. Uttalanden av intresse för frågor behandlade i målet finns i åtskilliga av de verk (i förekommande fall en senare upplaga) som uppräknas av HD i rättsfallet NJA 1995 s 742). Härutöver kan nämnas Erik Burling i SvJT 1974, s 139ff.

Sökord: Olovlig utdelning; Återbäringsskyldighet; Bristtäckningsansvar

Litteratur:
