

2021-08-16

Juridiska fakultetskansliet

Justitiedepartementet

Remissvar: Bolags rörlighet över gränserna (SOU 2021:18)

1. Inledning

Till grund för betänkandet ligger Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2019/2121 av den 27 november 2019 om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 vad gäller gränsöverskridande ombildningar, fusioner och delningar (i det följande ”direktivet”). Juridiska fakultetsnämnden noterar inledningsvis (och återkommer till detta längre fram) att det i direktivets preamble framhålls att syftet är att det harmoniserade regelverket ska dels bidra till att undanröja inskränkningar av etableringsfriheten, dels tillhandahålla ett tillräckligt skydd för arbetstagare, borgenärer och aktieägare (se punkterna 5 och 6).

Överlag ställer sig Juridiska fakultetsnämnden positiv till utredningens förslag, men har ett par synpunkter, vilka utvecklas närmare i det följande. I yttrandet kommenteras endast bestämmelserna i 23 kap. om fusion. I tillämpliga delar gäller kommentarerna dock även för motsvarande bestämmelser i lagförslaget rörande delning och ombildning.

2. Definitionen av fusion (23 kap. 1 §)

Den svenska definitionen av fusion i 23 kap. 1 § aktiebolagslagen (2005:551) förutsätter att fusionsvederlag utgår. Samma definition gäller för gränsöverskridande fusioner (se 23 kap. 36 § andra stycket aktiebolagslagen). Enligt direktivet ändras artikel 119.2 d såtillvida att ett nytt led läggs till som kan uppfattas som en utvidgning av fusionsbegreppet, då det uttryckligen inkluderar ett förfarande där det överlåtande bolagets tillgångar och skulder överförs till det övertagande bolaget utan att några nya aktier utges, dvs. utan att fusionsvederlag utgår. Enligt direktivet kan ett sådant förfarande utgöra fusion om antingen en person direkt eller indirekt innehar samtliga aktier i bolagen, eller aktieägarna i bolagen har samma andel aktier i samtliga fusionerade bolag. I lagförslaget har det nya leDET i artikel 119.2.d avsiktligt utelämnats med hänvisning till att det ändå följer av allmänna aktiebolagsrättsliga principer att det, med samtliga aktieägares samtycke, redan idag är möjligt att besluta om en fusion utan vederlag (se SOU 2021:18 s. 243). Juridiska fakultetsnämnden instämmer i och för sig i utredningens bedömning av rättsläget, men anser att en uttrycklig reglering ändå hade varit önskvärd i syfte att göra lagtexten klar och mer lättillämpad. Det kan härvid noteras att lagförslaget

på andra ställen innehåller en särskild reglering för det fall samtliga aktieägare samtycker (se t.ex. 23 kap. 39 a § sista stycket).

3. Anlitande av sakkunnig (23 kap. 21 a §)

Bestämmelsen i 23 kap. 21 a § i lagförslaget innebär att Bolagsverket under vissa förutsättningar får anlita en sakkunnig. Bestämmelsen har sin grund i direktivets artikel 127 punkt 12. Av den föreslagna bestämmelsen i 23 kap. 21 a § framgår även att kostnaderna för den sakkunnige får övervältras på sökanden. Denna bestämmelse föranleds inte av direktivet. Frågan om kostnadsansvaret motiveras inte närmare, men i specialmotiveringen anges i fråga om förfarandet att det kan ”finnas anledning för Bolagsverket att innan sakkunnig förordnas underrätta sökanden om att verket överväger att anlita en sakkunnig” och att sökanden då kan framföra invändningar. Vidare framhålls att kostnadsbeslutet är överklagbart och att inte enbart kostnadens storlek kan prövas inom ramen för en sådan process, utan även om det överhuvudtaget var nödvändigt att anlita en sakkunnig (se SOU 2021:18 s. 592 f.).

Kostnaderna för anlitande av sakkunnig kan komma att uppgå till förhållandevis höga belopp och i den mån beslutet överklagas kan en tidskrävande och kostsam process följa. Mot bakgrund härav samt med beaktande av det övergripande syftet med harmoniseringen, att underlätta och främja gränsöverskridande fusioner m.m., ifrågasätter fakultetsnämnden om en övervältring av kostnadsansvaret på sökanden verkligen är ändamålsenlig. Härtill kommer att sökanden enligt fakultetsnämndens mening bör ha rätt att utgå ifrån att myndigheten har den expertis (eller i vart fall står kostnaden för den expertis) som krävs för bedömningen av tillståndsansökan.

4. Fusionsplanens innehåll (23 kap. 38 § punkten 8)

Av 23 kap. 38 § punkten 8 framgår att fusionsplanen ska innehålla uppgift om ”arvode och annan särskild förmån som ska lämnas till en styrelseledamot, verkställande direktör eller motsvarande befattningshavare”. Bestämmelsen är oförändrad i förhållande till nu gällande reglering. Såsom bestämmelsen nu är utformad kan det uppstå oklarhet angående vilka befattningshavare som egentligen omfattas av bestämmelsen och om det avser befattningshavare i de båda fusionerande bolagen. Det kan härvid noteras att utländska bolag kan ha tillsynsorgan. Juridiska fakultetsnämnden föreslår därför att bestämmelsen omformuleras så att det, i likhet med vad som framgår av artikel 86t punkten 9 b i direktivet (ändring av artikel 122 i direktiv EU 2017/1132), tydligt framgår att det avser arvode och annan särskild förmån som ska lämnas till ”en ledamot i ett förvaltnings-, lednings-, tillsyns- eller kontrollorgan i de fusionerande bolagen.”

5. Rätt till upplysningar (23 kap. 40 a § andra stycket)

Av 23 kap. 40 a § andra stycket lagförslaget framgår att vad som sägs i 23 kap. 13 § om revisors rätt till upplysningar och biträde även gäller i förhållande till den som har utsetts att utföra granskning enligt 23 kap. 40 a § första stycket. Av 23 kap. 13 § framgår att *styrelsen, den verkställande direktören och revisorn* i ett bolag som ska delta i fusionen ska ge granskande revisorer tillfälle att verkställa granskningen i nödvändig omfattning och lämna de upplysningar och den hjälp som begärs. Av artikel 125 punkt d) i direktivet framgår att de sakkunniga ska ha rätt att *av de fusionerande bolagen* erhålla all nödvändig

information. Mot bakgrund av direktivtexten samt med beaktande av de nyligen ändrade bestämmelserna i 9 kap. 7 § och 10 kap. 7 § aktiebolagslagen av motsvarande innebörd föreslår fakultetsnämnden att regleringen justeras på så sätt att det tydligt framgår att upplysningsskyldigheten m.m. åvilar *de fusionerande bolagen* istället för styrelseledamot och verkställande direktör. Lagtexten stämmer då bättre överens med både direktivet och motsvarande reglering i andra bestämmelser i aktiebolagslagen. I den mån revisorn ska ha motsvarande upplysningsskyldighet kan det dock behöva regleras särskilt t.ex. genom ett tillägg i bestämmelsen i 9 kap. 46 § aktiebolagslagen. (Det ska noteras att direktivet endast reglerar bolagens upplysningsskyldighet.)

6. Handlingar fogade till ansökan om tillstånd att verkställa fusionsplanen (23 kap. 45 § andra stycket)

Av 23 kap. 45 § andra stycket punkten 3 i lagförslaget framgår att till ansökan ska fogas bl.a. ”en kopia av eventuella synpunkter som *bolagets intressenter* har lämnat”. (Vår kursivering.) Mot bakgrund av att uttrycket ”*bolagets intressenter*” rent språkligt tar sikte på en mycket vid krets av intressenter föreslår fakultetsnämnden att ordalydelsen preciseras så att det tydligt framgår att det är fråga om synpunkter lämnade av de intressenter som anges i 23 kap. 41 a § alternativt som en följd av regleringen i 23 kap. 41 a § aktiebolagslagen.

7. Utfärdande av fusionsintyg (23 kap. 46 §)

I 23 kap. 46 § andra stycket anges en tidsfrist om tre månader för utfärdande av fusionsintyg. Vidare anges att fristen kan förlängas om fristen inte kan hållas på grund av ärendets komplexitet eller annars av *särskilda skäl*. Sökanden ska då underrättas. Bestämmelsen har sin grund i direktivets artikel 127 punkterna 7, 10 och 11. Av punkten 7 följer att fusionsintyg som huvudregel ska utfärdas inom tre månader och av punkten 10 att denna tremånadersfrist kan förlängas med ytterligare tre månader om det för bedömningen enligt punkterna 8 och 9 i direktivet (som rör otillbörliga eller bedrägliga förfaranden eller kringgående av nationell rätt eller EU-rätt) är *nödvändigt att beakta ytterligare uppgifter eller göra ytterligare utredningar*. Enligt punkten 11 gäller sedan att om det *på grund av ärendets komplexitet* inte är möjligt att hålla dessa frister ska sökanden underrättas innan fristerna löper ut. Enligt Juridiska fakultetsnämndens mening hade en mer direktivkonform utformning av lagtexten varit att föredra i syfte att undanröja eventuella tvivel kring lagtextens förenlighet med direktivet. Fakultetsnämnden kan inte heller se några nackdelar med en mer direktivkonform reglering.

8. Aktieägares rätt till inlösen (23 kap. 51 §)

Ett viktigt syfte med direktivet är som nämnts att öka skyddet för aktieägare och borgenärer. I syfte att skydda aktieägares rätt ska aktieägare enligt en närmare reglering i direktivets artikel 126 a ges rätt att begära inlösen av sina aktier mot erhållande av den (adekvata) ersättning som anges i fusionsplanen. I lagförslaget regleras rätten till inlösen i 23 kap. 51 §.

Inlösen av aktier innebär en risk för borgenärerna, eftersom det sker en värdeöverföring till en aktieägare. Värdeöverföringar regleras i svensk rätt i 17–20 kap. aktiebolagslagen. I 17 kap. 1 § andra stycket aktiebolagslagen anges att det i 23–25 kap. finns särskilda

bestämmelser om överföring av tillgångar i samband med fusion eller delning av aktiebolag och om utskiftning vid likvidation. Här ska noteras att ombildning inte nämns och att lagförslaget inte innehåller något förslag till justering av den aktuella bestämmelsen. Juridiska fakultetsnämnden föreslår därför att bestämmelsen i 17 kap. 1 § andra stycket aktiebolagslagen justeras så att det framgår att särskilda bestämmelser även finns beträffande ombildning.

Det framgår inte av lagförslaget hur själv inlösen ska gå till. Aktierna måste rimligen antingen dras in, vilket innebär att det sker en minskning av aktiekapitalet, eller återköpas av aktiebolaget. Om det är fråga om ett återköp av egna aktier, vilket synes mest närliggande, bör förfarandet regleras genom ett tillägg i 19 kap. 5 § aktiebolagslagen (jfr motsvarande reglering i den danska selskabsloven, § 286 med hänvisning till § 110) och lagförslaget bör då innehålla en hänvisning till den bestämmelsen. Under alla förhållanden bör det, om än kort, regleras hur, eller enligt vilket regelverk, inlösen ska ske. Det kan slutligen noteras att inlösenbeloppet kan komma att betalas av det övertagande bolaget, eftersom inlösenbeloppet ska betalas senast inom två månader från det datum då fusionen fick verkan.

9. Aktieägars rätt till ytterligare ersättning (23 kap. 52–54 §§)

Av direktivet följer att en aktieägare som är missnöjd med inlösenbeloppet ska ha rätt att begära ytterligare ersättning (se artikel 126 a punkten 4, motsvarande bestämmelser finns för delning och ombildning). Motsvarande rätt till ytterligare ersättning har de aktieägare som inte har begärt att få sina aktier inlösta (se artikel 126 a punkten 6, motsvarande bestämmelser finns för delning). Rätten till ytterligare ersättning har reglerats i 23 kap. 52–54 §§ i lagförslaget.

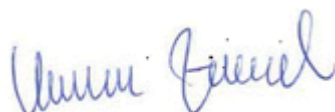
I denna del kan inledningsvis noteras att ersättningen kan komma att betalas från det övertagande bolaget. Beroende på omständigheterna torde beloppet kunna bli omfattande, likaså rättegångskostnaderna i de fall rättegång inleds (se regleringen i 23 kap. 54 §). Det är fråga om en värdeöverföring till aktieägarna. Till skillnad från vad som gäller inlösenbeloppet och fusionsvederlaget, vilka framgår av fusionsplanen, har borgenärerna ingen möjlighet att bevaka sina intressen i fråga om den eventuella ytterligare ersättning som kan komma att betalas ut enligt 23 kap. 52–53 §§. Det ska också noteras att undantaget i 17 kap. 1 § andra stycket aktiebolagslagen rörande bland annat fusion motiveras av att själva fusionsförfarandet (respektive delningsförfarandet) inbegriper en borgenärsskyddande reglering. Som nämnts omfattas dock inte den eventuella ytterligare ersättningen av någon borgenärsskyddsregel. Det ska i sammanhanget beaktas att ett viktigt ändamål med direktivet är att just öka bl.a. borgenärsskyddet. Det förhållandet att eventuell ytterligare ersättning kan tillkomma med åtföljande risk för processer medför typiskt sett en risk för borgenärerna, vilket kan medföra att borgenärerna har skäl att vara extra försiktiga i samband med att de tillvaratar sin rätt vid en gränsöverskridande fusion. En indikation på att fusionsvederlaget eller inlösenbeloppet ligger i det lägre spannet innebär en högre risk för efterföljande kostnader och processer. Även om denna risk ofta kan antas vara försumbar kan den enligt fakultetsnämndens mening inte helt negligeras. Juridiska fakultetsnämnden har inget konkret förslag i denna del, utan vill enbart uppmärksamma att problemet kan behöva en närmare belysning och att regleringen alltså kan behöva ses över inte minst ur ett borgenärsskyddssyfte. Juridiska fakultetsnämnden noterar härvid att talefristen framstår som förhållandevis lång i detta sammanhang (jfr §

285 stk 2 selskabsloven) och att enbart en förkortning av denna frist minskar risken för borgenärerna något.

Remissvaret har på fakultetsnämndens uppdrag beslutats av dekanus, professor Jessika van der Sluijs. Yttrandet har beretts av universitetslektor Jessica Östberg. Föredragande har varit utredare Karolina Alveryd. Yttrandet har expedierats av Juridiska fakultetskansliet.



Jessika van der Sluijs



Karolina Alveryd