

Stockholm den 16 augusti 2021

R-2021/0878

Till Justitiedepartementet

Ju2021/00658

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 27 april 2021 beretts tillfälle att avge yttrande över betänkandet Bolags rörlighet över gränserna (SOU 2021:18).

### **Sammanfattning**

Advokatsamfundet ställer sig positivt till utredningens förslag om införlivande av direktiv (EU) 2019/2121 om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 vad gäller gränsöverskridande ombildningar, fusioner och delningar, i syfte att underlätta bolags rörlighet över nationsgränserna inom unionen.

Med undantag för de synpunkter som följer nedan har Advokatsamfundet ingen erinran mot de lagändringar som föreslås i betänkandet.

Advokatsamfundet har inte något att erinra mot de föreslagna lagändringarna utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv. Förslaget aktualiserar såvitt kan bedömas inga frågor kring förenligheten med svensk grundlag eller europakonventionen om mänskliga rättigheter.

### **Synpunkter**

*Rätten att delta i gränsöverskridande förfaranden*

Av artikel 127.8 i 2019 års direktiv framgår att ett fusionsintyg inte får utfärdas, om det i enlighet med nationell lagstiftning fastställs att fusionen genomförs för otillbörliga,



bedrägliga eller kriminella ändamål. Direktivtexten tar sikte på den behöriga myndighetens, dvs. i Sveriges fall Bolagsverkets, laglighetsprövning av fusionen. Den föreslagna behörighetsregleringen (s. 332) i 23 kap. 36 b § ABL (med motsvarande bestämmelser i 24 samt 24 a kap.), om att ett aktiebolag inte heller får delta i en gränsöverskridande fusion om fusionen genomförs för ett kriminellt eller annars otillbörligt ändamål eller på annat sätt syftar till att kringgå svensk rätt eller unionsrätt framstår emellertid som något säregen, och det torde vara tillfyllest om det enbart anges i 23 kap. 45 a § (som hänvisar tillbaka till 36 b §) att Bolagsverket ska avslå ansökan om fusionen genomförs för ett kriminellt eller annars otillbörligt ändamål eller på annat sätt syftar till att kringgå svensk rätt eller unionsrätt.

Det kan ifrågasättas vilka möjligheter Bolagsverket har att i praktiken identifiera kriminella eller otillbörliga ändamål i samband med en fusion, men detta problem ligger snarare i direktivets utformning än i den svenska lagstiftningens. Vidare är det inte helt tillfredsställande att myndigheter ges möjlighet att hindra fusioner på den vaga grunden att syftet med fusionen är att kringgå nationell rätt eller unionsrätt. Även detta följer dock av direktivet och möjligheterna för den svenska lagstiftaren att tydligare definiera grunderna för att vägra fusionsintyg torde vara begränsade.

#### *Bolagsverkets anlitan av sakkunnig*

Enligt förslaget (se s. 429) får Bolagsverket förordna lämplig person som sakkunnig, om det vid handläggningen av en ansökan om tillstånd att verkställa en fusion, delning eller gränsöverskridande ombildning uppkommer någon fråga som kräver särskild fackkunskap. Den sakkunnige ska vara oberoende av och får inte ha någon intressekonflikt med de fusionerande bolagen och ska agera opartiskt och objektivt. Advokatsamfundet har ingenting att erinra mot dessa bestämmelser i sak; svenska myndigheter har även utan specialreglering möjlighet att köpa in tjänster.

Advokatsamfundet avstyrker dock förslaget att Bolagsverket ska få besluta att sökanden ska ersätta verket för dess kostnader för den sakkunnige. Det är inte svårt att föreställa sig att kostnaderna för att Bolagsverket ska anlita en internationell advokat- eller revisionsbyrå i ett komplicerat gränsöverskridande förfarande kan bli mycket höga. För en sökande blir det dessutom mycket svårt att på förhand bedöma kostnadernas storlek, vilket skapar en betydande oförutsägbarhet. Därtill kommer att beslutet att anlita en sakkunnig, enligt vad som föreslås, inte är överklagbart och ska gälla



omedelbart. Kostnader för myndighetsutövning bör – med undantag för skäligen, allmänt fastställda avgifter – bäras av myndigheten inom ramen för dess anslag och/eller allmänna avgiftsfinansiering. En möjlighet för Bolagsverket att utan reell möjlighet för ett enskilt företag att motsätta sig val av sakkunnig (annat än av jävsskäl) eller kostnaderna innebär en rättsosäkerhet för företagen.

I sammanhanget bör det även förtydligas (vilket framgår av såväl direktivet som författningskommentaren) att de nya bestämmelserna om sakkunnig i 23 kap. 21 a § och 24 kap. 22 a § endast gäller gränsöverskridande förfaranden. Reglerna enligt förslaget bör således flyttas till de delar av respektive kapitel som reglerar gränsöverskridande förfaranden.

#### *Styrelseredogörelser*

Enligt förslaget (s. 262) ska såväl vid fusion som vid delning berörda styrelser upprätta en redogörelse för de omständigheter som kan vara av vikt vid bedömningen av förfarandets lämplighet för berörda bolag (se förslaget till 23 kap. 39 §, 24 kap. 35 § och 24 a kap. 35 §, se även för gränsöverskridande ombildning 24 a kap. 6 § ABL). Om samtliga aktieägare har samtyckt till det, behöver redogörelsen inte innehålla något avsnitt med särskild information till aktieägarna. Om ett bolag inte har några arbetstagare utöver de som ingår i styrelsen, krävs inget avsnitt med särskild information till arbetstagare. Om både avsnittet för aktieägare och avsnittet för arbetstagare kan utgå, behöver styrelsen således över huvud taget inte upprätta någon redogörelse.

Enligt direktivet får medlemsstaterna undanta enmansbolag, dvs. bolag som endast har en aktieägare, från kravet att upprätta en redogörelse. Något sådant undantag föreslås dock inte, vilket Advokatsamfundet anser är olyckligt. I många andra delar av förslaget synes utredningen vägledas av en strävan att underlätta för företagen i möjligaste mån. Här har dock utredningen valt att inte göra det, med hänvisning till att en redogörelse för arbetstagare kan fylla en viktig funktion även i helägda bolag. Advokatsamfundet anser inte att det skälet är tillräckligt starkt för att avstå från en tillgänglig regelförenkling.

I sammanhanget kan också diskuteras om det behövs en uttrycklig regel om att styrelsen kan avstå från redogörelsen för aktieägare med samtliga aktieägares samtycke, vilket – som också utredningen konstaterar – gäller även utan särskilt



stadgande. Utredningens bevekelsegrunder för ett uttryckligt stadgande, dvs. för att det inte ska råda någon oklarhet om direktivet införts på ett korrekt sätt enligt svensk rätt kan emellertid godtas.

#### *Granskning genom revisor eller motsvarande*

Förslaget (s. 268) innebär att en fusionsplan, delningsplan och omvandlingsplan liksom hittills gällt för fusionsplan och delgivningsplan, ska granskas av en revisor eller annan av myndighet utsedd sakkunnig. Om aktieägarna är ense, kan revisorsgranskningen begränsas till en på visst sätt borgenärsinriktad granskning.

Advokatsamfundet noterar, liksom utredningen, att såväl den gällande svenska regleringen som förslaget går längre än vad direktivet kräver när det gäller gränsöverskridande förfaranden. Det är uppenbart att direktivets krav på granskning av sakkunnig endast tillkommit i aktieägarskyddssyfte och det borde därför enligt Advokatsamfundets uppfattning vara tillåtet även enligt svensk rätt att avvika från sådan granskning med samtliga aktieägares samtycke. Såväl den tidigare regleringen som förslaget föreskriver dock en borgenärsskyddsriktad revisorsgranskning. Advokatsamfundet delar visserligen utredningens bedömning att direktivet inte *hindrar* att man i svensk rätt fortsättningsvis kräver en s.k. begränsad revisorsgranskning vid gränsöverskridande förfaranden. Dock anser Advokatsamfundet att övriga skyddsregler i direktivet som implementeras i svensk lag till skydd för borgenärerna torde vara tillfyllest, utan att lägga ytterligare regelbördor på företagen som inte uttryckligen krävs av direktivet.

I sammanhanget kan övervägas om revisorns rätt till information i nuvarande 23 kap. 13 § ABL och motsvarande regler i 24 kap. bör omformuleras i enlighet med de nyligen genomförda ändringarna i 10 kap. avseende lekmannarevisor och särskild granskare och som ålägger *bolaget*, snarare än styrelse och vd, att lämna de upplysningar och den hjälp som lekmannarevisorn respektive den särskilde granskaren begär.

#### *Aktieägares rätt att få sina aktier inlösta vid gränsöverskridande förfaranden*

Förslaget (s. 286) innebär att en aktieägare i ett bolag som deltar i ett gränsöverskridande förfarande under vissa förutsättningar – bl.a. att han eller hon har röstat emot ett godkännande av planen – har rätt att få sina aktier hos bolaget inlösta i utbyte mot ett i den av styrelsen upprättade planen angivet inlösenbelopp. Förslagets



regler förefaller i huvudsak lämpliga; dock ser Advokatsamfundet vissa bevisvärigheter för enskilda aktieägare när det gäller att visa att man röstat emot planen.

Utredningen konstaterar (s. 291) att lagen inte uppställer något krav på att det i protokollet från stämman anges vilka som har röstat för eller emot ett visst förslag, samt att gällande regler därmed typiskt sett inte leder till en dokumentation av vilka aktieägare som har röstat på det ena eller andra sättet i en specifik fråga. Det går endast att få reda på dels om en aktieägare har varit närvarande vid stämman eller ej, dels resultatet av de omröstningar som har skett. Hur en enskild aktieägare har förhållit sig till ett förslag om ett gränsöverskridande förfarande går därför sällan att klargöra med utgångspunkt i röstlängd och protokoll. Vidare anger utredningen att inget hindrar stämman från att inför ett beslut om ett gränsöverskridande förfarande besluta att omröstningen ska dokumenteras på särskilt sätt. Att från detta, som utredningen gör, dra slutsatsen att "[f]rån bolagens perspektiv skulle därför ett mera generellt lagkrav på dokumentation inte tillföra något", missar dock poängen. Det ligger kanske inte alltid i stämmomajoritetens intresse att underlätta för aktieägare att få sina aktier inlösta och det kan därför befaras att majoriteten inte önskar föranstalta om särskild dokumentation. Advokatsamfundet menar att i och med att förslaget uppställer som krav för att en enskild aktieägare ska kunna utnyttja sin rätt till inlösen att denne röstat emot det gränsöverskridande förfarandet måste lagen även kräva att bolaget dokumenterar vilka aktieägare som röstat nej vid stämman.

Advokatsamfundet anser således – till skillnad från utredningen – att en dokumentationsskyldighet för bolaget utgör en förutsättning för att aktieägaren ska kunna fullgöra sin bevisbörda. Att det finns en risk för att ett protokoll ändå skulle kunna förfalskas (s. 292) är knappast ett bärande argument mot en sådan dokumentationsskyldighet.

#### *Borgenärsskyddet vid gränsöverskridande förfaranden*

Advokatsamfundet anser att direktivets och förslagets bestämmelser som syftar till att ta tillvara borgenärernas rättigheter vid gränsöverskridande förfaranden (bl.a. s. 308 f., s. 313 f., s. 413 och s. 477) i allt väsentligt är väl avvägda. Dock anser Advokatsamfundet att det är olyckligt att direktivet – och därmed förslaget – kräver att borgenärerna "på ett trovärdigt sätt visar att [det gränsöverskridande förfarandet] medför att deras



fordringar riskerar att inte tillgodoses och att inga betryggande säkerhetsåtgärder har erhållits från [berörda bolag]”. Detta skiljer sig från nu gällande regler som lägger bevisbördan på bolaget för att en lämnad säkerhet är betryggande för borgenären.

Att lägga bevisbördan på borgenärerna vid ett gränsöverskridande förfarande är ägnat att avsevärt försämra borgenärsskyddet. Direktivtexten förefaller emellertid inte – vilket också konstateras av utredningen – tillåta att bevisbördan läggs på bolaget. Det är därför bra att utredningen väljer att begränsa den nu angivna regleringen till att gälla gränsöverskridande förfaranden.

#### *Vissa värdeöverföringsfrågor*

17 kap. 1 § andra stycket ABL innehåller en erinran om bestämmelserna i 23–25 kap. om fusion, delning och likvidation. Överföring av tillgångar som sker inom ramen för dessa slag av förfaranden ska alltså inte anses som en värdeöverföring i den bemärkelse som avses i förevarande bestämmelse. Bestämmelsen kommer genom sin nuvarande ordalydelse att omfatta nya regler om överföring av tillgångar inom ramen för de förändrade reglerna, inklusive det inlösenbelopp som aktieägare ersätts med om de väljer att utnyttja rätten att lämna bolaget med anledning av det gränsöverskridande förfarandet. Bestämmelsen borde emellertid förtydligas så att den även uttryckligen omfattar gränsöverskridande omvandling.

Vidare noterar Advokatsamfundet att det finns en motsättning mellan aktieägar- och borgenärsskydd såväl i regleringen om inlösen av aktier som i möjligheten att få vederlaget vid det gränsöverskridande förfarandet överprövat. Problemet synes svårösligt med tanke på hur direktivtexten är formulerad, men Advokatsamfundet konstaterar att en borgenär som på givna förutsättningar valt att inte motsätta sig ett gränsöverskridande förfarande eller kräva säkerhet kan befinna sig i en helt annan situation om ett stort antal aktieägare skulle kräva inlösen av aktier respektive överklaga det vederlag som anges i planen.

#### *Särskild fråga avseende revisorsgranskning av delningsplan*

Enligt hittills gällande bestämmelser i 24 kap. 8 § ABL ska det i delningsplanen för varje bolag anges bl.a. en noggrann beskrivning av de tillgångar och skulder som ska överföras till vart och ett av de övertagande bolagen eller behållas av det överlåtande bolaget, med uppgift om tillgångarnas och skuldernas verkliga värde. Enligt 24 kap.



27 § ABL ska revisorerna intyga att det överlåtande bolagets tillgångar har överlämnats till övertagande bolag i enlighet med vad som har angetts i delningsplanen. Problemet är dock att verkställande sker i vart fall 3–4 månader efter att den ursprungliga delningsplanen upprättats. I ett tillverkande bolag ser ofta balansräkningen helt annorlunda ut när delningen väl verkställs. Detta gäller särskilt poster såsom varulager, kortfristiga fordringar samt kassa och bank. Det enda man kan vara säker på är att 3–4 månader efter att planen antagits kommer balansräkningen inte att se ut på samma sätt som när delningsplanen upprättades. En revisor som i enlighet med 24 kap. 27 § ABL intygar att det överlåtande bolagets tillgångar har överlämnats till det övertagande bolaget i enlighet med vad som angetts i delningsplanen torde därför något tillspetsat göra sig skyldig till osant intygande. Den praktiska lösningen på situationen är att revisorerna faktiskt intygar att tillgångarna gått över enligt delningsplanen, även om detta strikt talat inte är riktigt.

Advokatsamfundet anser att lagstiftaren borde ta tillfället i akt och ändra lagen för att motsvara verkliga förhållanden. I exempelvis Frankrike föreskriver reglerna att tillgångsmassan övergår till övertagande bolag i den mängd och skick den befinner sig i vid registreringsdatumet (*"[D]ans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération."*), se Art. L236-3 p. I, Code de commerce. Det innebär att den balansräkning som intas i delningsplanen endast är preliminär. De franska reglerna medger därför att en reviderad balansräkning presenteras för aktieägarna per registreringsdatum så att aktieägarna uttryckligen kan godkänna denna, samt att denna reviderade balansräkning granskas av de revisorer som tidigare uttalat sig om delningsplanen. En liknande lösning bör övervägas för svenskt vidkommande.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander