

Handelshögskolan vid Göteborgs universitet

Juridiska Institutionen

Juristprogrammet, HT 2021

Examensarbete HRO800, 30 HP



UNIVERSITY OF GOTHENBURG
SCHOOL OF BUSINESS, ECONOMICS AND LAW

När vi gräver guld i... en annan medlemsstat?

*En analys av minoritetsskyddet för aktieägare vid implementeringen av EU:s
direktiv om bolags rörlighet mellan medlemsstater*

Filip Aminoff

Handledare: Rolf Skog

Examinator: Erik Lidman

Innehållsförteckning

Innehållsförteckning	2
Sammanfattning	3
Förkortningar	4
1 Inledning	5
1.1 En bolagsrätt i förändring.....	5
1.2 Syfte och frågeställningar.....	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och teori.....	7
1.5 Material	9
1.6 Uppsatsens disposition	10
2 EU:s harmonisering av gränsöverskridande ombildningar	11
2.1 Lagstiftning på EU-nivå	11
2.2 Gränsöverskridande ombildningars framväxt genom EU-domstolens praxis	14
2.3 Gränsöverskridande ombildningars framväxt genom EU-direktiv	18
2.4 Gränsöverskridande ombildningar innan ändringsdirektivets ikraftträdande	22
2.5 Sammanfattande reflektion	24
3 Minoritetsskydd i svensk aktiebolagsrätt	28
3.1 Bolagsordning	30
3.2 Bolagsstämman.....	30
3.3 Likhetsprincipen och generalklausulen.....	33
3.4 Inlösen av minoritetsaktier	34
3.5 Skadestånd.....	36
4 Implementering av ändringsdirektivet i svensk rätt	37
4.1 Ombildningsförfarandet	37
4.2 Ombildningsplan	43
4.3 Redogörelse	44
4.4 Beslut vid bolagsstämman	46
4.5 Inlösenrätt.....	51
4.6 Klandertalan.....	58
5 Avslutande diskussion och slutsatser	60
Litteratur- och källförteckning	62

Sammanfattning

EU-rättens grundläggande ändamål är att stimulera den fria rörligheten mellan medlemsstaterna. Den fria rörligheten omfattar bland annat rätten att fritt etablera sig inom gemenskapsområdet. Denna etableringsfrihet har emellertid ansetts begränsats av skillnader i medlemsstaternas bolagsrätt. År 2019 antog därför EU ett direktiv som avser harmonisera medlemsstaters bestämmelser vad gäller gränsöverskridande fusioner, delningar och ombildningar. Detta arbete granskar bakgrunden till direktivet och analyserar konsekvenserna för minoritetsaktieägare vid gränsöverskridande ombildningar av det förslag som på justitiedepartementets uppdrag lagts fram om hur direktivet ska implementeras i svensk rätt. I arbetet diskuteras även hur implementeringen bör genomföras för att stärka minoritetsaktieägares skydd vid gränsöverskridande ombildningar.

Trots medlemsstaternas olika bolagsrättsliga bestämmelser har EU-domstolen gradvis integrerat gränsöverskridande ombildningar i etableringsfriheten, det vill säga när ett bolag flyttar sitt bolagsrättsliga säte från en medlemsstat till en annan. Genom införandet av gränsöverskridande fusioner har EU successivt rört sig mot en gemenskapsrätt där även gränsöverskridande ombildningar utgör en viktig del av etableringsfriheten. Det är även möjligt för bolag inom EU att använda andra sätt för att uppnå motsvarande effekter likt en gränsöverskridande ombildning. Totalt sett har gränsöverskridande ombildningar behövts inkluderas i ett harmoniserande regelverk i syfte att förbättra den fria etableringsrätten och skapa ett mer rättssäkert förfarande utan onödiga olägenheter för bolagen.

I och med att ett bolag genomför en gränsöverskridande ombildning omfattas det ombildade bolaget i fortsättningen av mottagarlandets bolagsrättsliga bestämmelser. Om ett svenskt aktiebolag ombildas till ett aktiebolag i en annan medlemsstat sätts de svenska minoritetsskyddande bestämmelser som aktieägarna är vana vid ur spel och möjligheten till insyn riskerar minska. Samtidigt finns det utrymme att förstärka minoritetsskyddet ytterligare i förhållande till lagförslaget som presenterades i den statliga utredningen. Det avser bland annat ett stärkt skydd vid rätten till inlösen av aktier som tillkommer vid gränsöverskridande ombildningar, att ombildningar kan motverkas genom bolagsordningen och att bolag ska vara skyldiga att föra röstprotokoll på bolagsstämman under omröstningen rörande en ombildning.

Förkortningar

Cartesio	EU-domstolens dom C-210/06 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt
Centros	EU-domstolens dom C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen
Daily Mail	EU-domstolens dom C-81/87 The Queen mot Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Gebhard	EU-domstolens dom C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano
Polbud	EU-domstolens dom C-106/16 Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
Überseering	EU-domstolens dom C-208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH
utredningen	Bolags rörlighet över gränserna, SOU 2021:18
ändringsdirektivet	Direktiv (EU) 2019/2121 om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 vad gäller gränsöverskridande ombildningar, fusioner och delningar

1 Inledning

1.1 En bolagsrätt i förändring

Ända sedan Sverige gick med i EU år 1995 har den svenska bolagsrätten påverkats av EU:s harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning. Harmoniseringen syftar främst till att underlätta bolags rörlighet över medlemsstaternas nationsgränser och därigenom vidareutveckla den etableringsfrihet som regleras i FEUF.¹ Ett av de senaste stegen i att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning presenterades den 25 april 2018 av Europeiska kommissionen i det så kallade *Bolagsrättspaketet*. Bolagsrättspaketet innehöll bland annat ett direktivförslag som sedermera resulterade i antagandet av ändringsdirektivet.²

Ändringsdirektivet syftar till att ytterligare harmonisera medlemsstaternas nationella bestämmelser om bolagens möjligheter att genomföra gränsöverskridande förfaranden. Med gränsöverskridande förfaranden förstås fusioner, delningar och ombildningar över medlemsstaternas nationsgränser.³ Fusioner och delningar är välbekanta förfaranden inom svensk aktiebolagsrätt. Det förstnämnda innebär att ett aktiebolag slås samman med ett eller flera aktiebolag, medan det sistnämnda innebär att ett aktiebolag delas upp i två eller flera aktiebolag. Ombildningar är däremot främmande för svensk aktiebolagsrätt. Förfarandet innebär att ett bolags bolagsrättsliga säte flyttas över nationsgränsen och bolaget konverteras till det andra landets motsvarighet till bolagets tidigare bolagsform. Bolaget måste nödvändigtvis inte flytta sitt huvudkontor eller bedriva någon verksamhet i mottagarlandet, men omfattas fortsättningsvis av mottagarlandets bolagsrättsliga bestämmelser.⁴ Gränsöverskridande ombildningar är förvisso främmande för svensk aktiebolagsrätt, men återfinns redan i andra medlemsstaters rättsordningar, såsom Frankrike, Italien, Portugal och Spanien.⁵

¹ Dotevall, Rolf, *Aktiebolagsrätt: Fördjupning och komparativ belysning*, 1 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik (2015), s. 43.

² Regeringskansliet, *Bolagsrättspaketet*, Faktapromemoria 2017/18:FPM93 (2018), s. 2.

³ Regeringskansliet (2018), s. 2 och 4.

⁴ SOU 2021:18, *Bolags rörlighet över gränserna*, s. 447-448.

⁵ Europeiska kommissionen, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions*, SWD(2018) 141 final, s. 27.

Med anledning av ändringsdirektivet har en av justitiedepartementets tillsatta utredningar publicerat utredningsbetänkandet *Bolags rörlighet över gränserna, SOU 2021:18*, med förslag på hur Sverige bör anpassa sin lagstiftning. Bland annat föreslås ändringar i aktiebolagslagens bestämmelser om gränsöverskridande fusioner och delningar och att ett nytt kapitel om gränsöverskridande ombildningar införs.⁶

Implementeringen av ändringsdirektivet är från flera utgångspunkter intressant. En viktig fråga är hur minoritetsaktieägare i aktiebolag kan komma att bli behandlade vid gränsöverskridande ombildningar och vilket skydd som uppställs för denna intressegrupp. En gränsöverskridande ombildning av ett aktiebolag innebär väsentliga förändringar för en investerare som vid tidpunkten för investeringen utgått från att aktieinnehavet avsåg ett svenskt aktiebolag kontrollerat av den svenska rättsordningen. I denna uppsats ämnar jag utifrån minoritetsaktieägares synvinkel att förklara och problematisera den kommande implementeringen av det regelverk som kommer möjliggöra för svenska bolag att på ett förenklat sätt flytta sitt bolagsrättsliga säte utomlands.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka bakgrunden till att ett harmoniserat regelverk om gränsöverskridande ombildningar ska införas för EU:s medlemsstater. Närmare bestämt avser denna del att redogöra för EU-rättens betydelse för svensk rätt och hur gränsöverskridande ombildningar växt fram som fenomen inom EU. Dessutom syftar uppsatsen till att problematisera den publicerade utredningen utifrån minoritetsaktieägarnas infallsvinkel vid situationer där enbart en majoritet önskar genomföra en gränsöverskridande ombildning. Slutligen analyseras även vilket utrymme som finns för att utöka minoritetsaktieägares skydd vid implementeringen av ändringsdirektivets bestämmelser. Följande frågeställningar ska därmed besvaras i uppsatsen:

- Vad föranledde EU att kräva att det i medlemsstaternas bolagsrätt ska finnas regler om gränsöverskridande ombildning?
- Vilka problem kan uppstå för minoritetsaktieägare vid en gränsöverskridande ombildning om utredningens lagförslag implementeras och på vilket sätt bör implementeringen göras för att minoritetsskyddet ska utökas i förhållande till lagförslaget?

⁶ SOU 2021:18, s. 21.

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar endast förändringar i svensk rätt vad gäller gränsöverskridande ombildningar. Ändringsdirektivets bestämmelser rörande gränsöverskridande fusioner och delningar lämnas till stor del utanför uppsatsen. De berörs endast i den utsträckningen jämförelser görs med gränsöverskridande ombildningar. Vidare värnar ändringsdirektivet om olika intressegrupper. Dessa är aktieägare, arbetstagare och borgenärer. Uppsatsen behandlar endast det aktiebolagsrättsliga minoritetsskyddet. Ändringsdirektivets påverkan på exempelvis svensk arbetsrätt, skatterätt eller straffrätt exkluderas således. Slutligen lägger uppsatsen endast fokus på minoritetsskyddet för utgående gränsöverskridande ombildningar enligt utredningen, det vill säga svenska bolag som flyttar sitt bolagsrättsliga säte till en annan medlemsstat. Minoritetsskyddet vid ingående gränsöverskridande ombildningar, när bolag i stället flyttar sitt säte till Sverige från en annan medlemsstat, berörs således inte.

Värt att belysa är att frågeställningen om hur implementeringen bör formas för att minoritetsskyddet ska utökas inte tar sikte på hur lagstiftningen i slutändan bör se ut. Problemformuleringen är, för tydlighetens skull, avgränsad till det utrymme Sverige har för de fall aktieägareskyddet skulle behöva stärkas och avser inte att besvara *de lege ferenda* vid implementeringen av ändringsdirektivet.

1.4 Metod och teori

Uppsatsen är i huvudsak uppdelad i två delar. Inledningsvis läggs det fokus på att undersöka gränsöverskridande ombildning framväxt med utgångspunkt i EU-rätt. Det motiverar varför en EU-rättslig metod är lämplig. EU-rätten uppträder likt en autonom rättsordning, varigenom EU-rättsliga källor kan delas in i primärrätt, sekundärrätt, allmänna rättsprinciper och ”soft law”. EU-rättslig metod belyser det tillvägagångssätt som används för att hantera dessa EU-rättsliga källor.⁷ Närmare om de olika EU-källorna och dess hantering framkommer i avsnitt 2.1.

Därefter ställs minoritetsskyddet och utredningen i centrum. Således klarläggs både vad som gäller angående det svenska minoritetsskyddet och vad som föreslås gälla senare. För att klarlägga rättsläget används en rättsdogmatisk metod. Beskrivningen av den rättsdogmatiska

⁷ Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Lund: Studentlitteratur (2018), s. 109.

metoden är omstridd, men förklaras ofta på ett enhetligt sätt som att gällande rättsregler behandlas utifrån allmänt accepterade rättskällor. På så sätt tolkas och systematiseras gällande rätt.⁸ Genom rättskällorna kan gällande rätt fastställas och utvärderas i relation till reglernas syfte och ändamål.⁹ Med hjälp av den rättsdogmatiska metoden kan också normativa värderande ståndpunkter framföras. Därigenom kan de normativa ståndpunkterna både rättfärdigas och kritiseras.¹⁰

Med hjälp av en rättsdogmatisk metod anläggs ett externt kritiskt perspektiv i anknytning till analysen av utredningens förslag till implementering. Utifrån den systematisering som framförs genom att använda en rättsdogmatisk metod kan rättsläget kritiseras. Den kritiska analysen tar avstamp i varför rätten är beskaffad på ett visst sätt och vad det innebär för individer, olika samhällsgrupper och samhället i stort. Rätten kritiseras ofta utifrån en extern måttstock kopplat till exempelvis ekonomi, sociologi eller psykologi. Den externa kritiken blir än mer aktuell på grund av den ökande internationaliseringen av juridiken, där den nationella rättsordningen måste samspela med internationella överenskommelser och EU-rätt.¹¹ Det externa kritiska perspektivet kommer särskilt anknytas till uppsatsens syfte om att diskutera problemen som uppstår för minoritetsaktieägare vid gränsöverskridande ombildningar och vad det kan få för konsekvenser. Med anknytning till minoritetsskyddets ändamål om att främja aktiebolags kapitalanskaffning, vilket framhålls i avsnitt 3, är diskussionen i grunden kopplad till en ekonomisk måttstock.

Därtill kommer utredningen analyseras utifrån ett internt kritiskt perspektiv. Det interna kritiska perspektivet kan delas in i en mikronivå och en makronivå. På mikronivå berörs vad som kallas för formell kritik och därmed den logiska semantiken inom juridiken. Mer konkret innebär detta att exempelvis kritiskt granska den språkliga precisionen, logiska giltigheten och juridiska argumentens relevans i olika rättskällor. Den interna kritikens makronivå tar emellertid sikte på rätten som abstrakt system, det vill säga hur juridiska begrepp och rättsprinciper formas och

⁸ Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005, s. 249 och Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 10 uppl., Uppsala: Iusté (2017), s. 208.

⁹ Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Lund: Studentlitteratur (2018), s. 25-26.

¹⁰ Peczenik (2005), s. 250.

¹¹ Schelin, Johan, *Kritiska perspektiv på rätten*, Stockholm: Poseidon Förlag (2018), s. 91.

tolkas. Dessutom analyseras motsättningar i rättssystemet och hur de upplöses för att uppnå rättslig koherens.¹²

1.5 Material

Det material jag använt mig av utgörs främst av svensk lag, förarbeten, doktrin, rättsakter från EU och EU-domstolens praxis. Dessa formar rättskällevärdet, vilken i allmän bemärkelse anger vad som utgör juridiskt hållbara argument.¹³ Angående EU-rättens betydelse för den svenska rättsordningen är normativa utsagor från EU-rätten bindande och tillämpas således av svenska domstolar och andra myndigheter. EU-rätten skapar rättigheter respektive skyldigheter för både enskilda och företag som kan åberopas i den nationella rättsordningen. Med hänsyn till att EU-rätten har företräde framför nationell rätt (vilket redogörs för närmare i avsnitt 2.1.1) får den särskilt genomslag i rättskällevärdet.¹⁴ I enlighet med rättskällevärdet anses lagar och rättspraxis från prejudikatinstanser ha formell auktoritet medan doktrin enbart har egenskapen av att övertyga genom styrkan i de argument som framhålls. Angående förarbeten vilar dess auktoritet på tanken om regeringsmaktens förankring i normgivningen. Somliga menar att förarbeten ska tillmätas formell auktoritet, samtidigt som andra menar att rättskällan i stället ska jämföras med doktrin.¹⁵ I uppsatsen beaktas rättskällevärdets struktur för att väga juridiska argument och för att utröna hur minoritetsskyddet kan utökas vid implementeringen av gränsöverskridande ombildningar.

Uppsatsen kretsar kring ett nytt regelverk som ska implementeras i svensk rätt. Det är av den anledningen uppsatsen i stor utsträckning behandlar utredningen om Sveriges implementering. Hittills finns endast ett begränsat antal framställningar om gränsöverskridande ombildningar och hur det kan aktualiseras med grund i EU-rätten enligt aktiebolagsrättens nuvarande utformning. Utredningen utgör endast ett förarbete till den lag som slutligen ska implementera ändringsdirektivet. Därmed kommer utredningen efter lagens ikraftträdande utgöra en av flera rättskällor som kan användas vid bestämmelsernas tolkning och tillämpning. Mot bakgrund av att utredningen än så länge är den främsta källan till hur gränsöverskridande ombildningar kan

¹² Schelin (2018), s. 45.

¹³ Kleineman (2018), s. 28.

¹⁴ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik (2018), s. 19.

¹⁵ Kleineman (2018), s. 28.

komma att tillämpas i den svenska aktiebolagsrätten motiverar detta till varför den bör ges särskilt utrymme i uppsatsen.

1.6 Uppsatsens disposition

Uppsatsen fokuserar inledningsvis i avsnitt 2 på medlemsstaternas harmonisering av bolagsrättsliga bestämmelser och gränsöverskridande ombildningars framväxt. Bland annat förklaras EU:s normgivningsmakt, etableringsfrihet inom EU samt EU-domstolens praxis på området. Avsnittet avslutas med en reflektion kring gränsöverskridande ombildningars framväxt inom EU. Avsnitt 3 beskriver vad som avses med minoritetsskyddet i svensk aktiebolagsrätt. I avsnittet görs särskilda nedslag i aktiebolagsrättsliga bestämmelser som kan komma att inverka på minoritetsaktieägares ställning vid implementeringen av gränsöverskridande ombildningar. I avsnitt 4 berörs hur utredningen föreslår att ändringsdirektivet ska implementeras. Dessutom diskuteras och analyseras eventuella problem som kan uppstå för minoritetsaktieägare och hur minoritetsskyddet kan utvidgas. Uppsatsen avslutas med en avslutande diskussion och slutsatser i avsnitt 5.

2 EU:s harmonisering av gränsöverskridande ombildningar

År 1968 antogs det första EU-direktivet som rörde harmonisering av medlemsstaternas nationella bestämmelser på bolagsrättens område. Sedan dess har en rad direktiv antagits inom området. Däribland direktiv om skydd för bolagets kapital samt bestämmelser om årsbokslut och förvaltningsberättelse.¹⁶ EU:s grundläggande målsättning är att uppnå fri rörlighet av produktionsfaktorerna varor, tjänster, kapital och arbete inom unionen. Därför har ett stort fokus lagts vid att förse bolag med goda förutsättningar för att välja var inom gemenskapsområdet etablering görs.¹⁷ En tillnärmning av medlemsstaternas bolagsrättsliga lagstiftning har bedömts vara fundamental för den inre marknadens funktionsduglighet.¹⁸ Detta avsnitt belyser EU:s relevans för svensk bolagsrätt och gränsöverskridande ombildningars framväxt. Avsnittet behandlar rättsakter, unionsrättsliga principer och rättsfall från EU-domstolen som i doktrin bedöms ha en stor inverkan på tillnärmningen av medlemsstaternas bolagsrätt.

2.1 Lagstiftning på EU-nivå

2.1.1 EU som rättskälla

EU-rättsliga källor kan delas in i primärrätt och sekundärrätt, där den tidigare kategorin har företräde framför den senare. Primärrätten utgörs av EU:s grundläggande fördrag, Fördraget om Europeiska unionen och FEUF, samt EU-stadgan. I primärrätten finns även allmänna rättsprinciper kodifierade. Sekundärrättsliga källor kan delas upp i två kategorier, bindande och icke-bindande rättsakter. Den förstnämnda kategorin är rättsakter såsom förordningar, direktiv och beslut. Icke-bindande rättsakter är rekommendationer och yttranden, gemensamt kallat ”soft law”. Däri inkluderas även rättsaktens ingress och beaktandesatser. Fastän ”soft law” inte är bindande hänvisar EU-domstolen frekvent till icke-bindande rättskällor i avgöranden.¹⁹

Eftersom EU med bindande verkan kan utfärda förordningar, direktiv och beslut finns det en risk att rättsakterna kommer i konflikt med medlemsstaters nationella lagstiftning. Konflikterna löses genom företrädesprincipen, vilken är en av EU:s mest grundläggande beståndsdelar. Företrädesprincipen innebär att EU-rättens bindande rättsakter har företräde framför

¹⁶ Dejmeck, Paulina, *Den europeiska bolagsrätten — igår, idag och i morgon*, SvJT 2002, s. 588-589.

¹⁷ Dotevall (2015), s. 46-47.

¹⁸ Bernitz & Kjellgren (2018), s. 370.

¹⁹ Bernitz & Kjellgren (2018), s. 184-187.

medlemsstaternas nationella lagstiftning. Detta har utarbetats genom EU-domstolens praxis och kom först till uttryck i EU-domstolens mål *C-6/64 Flaminio Costa mot E.N.E.L.*²⁰

2.1.2 Implementering av EU-direktiv

Direktiv antagna av EU reglerar det resultat som varje medlemsstat ska uppnå i sin nationella rättsordning inom en viss angiven tid. Det är däremot medlemsstaternas ansvar att bestämma formen och tillvägagångssättet för hur direktivet ska införlivas i rättsordningen. Avsikten med att låta direktivets genomförande ligga inom medlemsstaternas diskretion är att länderna ska lagstifta på det sätt som är mest lämpligt utifrån varje nationell rättsordning. Samtidigt krävs att medlemsstatens implementering sker lojalt och korrekt.²¹ Även när ett direktiv väl införlivats ska den nationella implementeringen tolkas direktivkonformt. Nationell rätt ska därigenom, i den utsträckning det är möjligt, tolkas mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte.²²

2.1.3 Etableringsfriheten

En grundläggande EU-rättslig princip är att all diskriminering som grundas på nationalitet är förbjuden inom fördragets tillämpningsområde. Diskrimineringsförbudet underbygger de fyra rörelsefriheterna för varor, tjänster, personer och kapital. I fri rörlighet för personer inkluderas rätten att fritt etablera sig inom unionens gränser, även kallat etableringsfrihet.²³ Det är med avstamp i etableringsfriheten som EU genom åren har utfärdat direktiv på bolagsrättens område.²⁴ Den fria etableringsrätten utgör en väsentlig del i det europeiska handelsutbytet och marknadens fortsatta internationalisering.²⁵

Etableringsfriheten innebär att medborgare ska ha samma förutsättningar att etablera sig i en medlemsstat oavsett om det berör en inhemsk person eller en person från annan medlemsstat. Det innefattar att starta och utöva verksamhet samt bilda och driva företag. Etableringsfriheten innefattar också en rätt att upprätta kontor, filialer och dotterbolag.²⁶ I rätten till fri etablering jämföras fysiska medborgare med bolag som har bildats i enlighet med en medlemsstats

²⁰ Bernitz & Kjellgren (2018), s. 101.

²¹ Bernitz & Kjellgren (2018), s. 58-59.

²² Dotevall (2015), s. 51-52.

²³ Schütze, Robert, *European Union Law*, 1 uppl., Cambridge: Cambridge University Press (2015), s. 471.

²⁴ Dotevall (2015), s. 43-44.

²⁵ Bernitz & Kjellgren (2018), s. 343.

²⁶ Bernitz & Kjellgren (2018), s. 343-344. och FEUF artikel 49.

rättsordning och antingen har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom EU:s gränser. Etableringsfriheten medför således en skyldighet för medlemsstater att behandla bolag från andra medlemsstater på samma sätt som inhemska.²⁷

2.1.4 Tvingande hänsyn

Principen om undantag vid tvingande hänsyn myntades i EU-domstolens mål *C-120/78 Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (vanligen benämmt Cassis de Dijon) och tillämpades inledningsvis på fri rörlighet för varor, men har utvidgats till andra friheter inklusive etableringsfriheten.²⁸ Tvingande hänsyn är ett undantag som kan åberopas av medlemsstater för att legitimera likabehandlande åtgärder som utgör samhandelshinder och som inskränker den fria rörligheten. För att en medlemsstat ska tillåtas åberopa tvingande hänsyn får inte det aktuella området redan vara harmoniserat.²⁹

Tvingande hänsyn kan åberopas beträffande nationell lagstiftning som berör nationellt ömmande områden och uppfyller vissa särskilda kriterier. I EU-domstolens avgörande *Gebhard* skapades det så kallade Gebhard-testet som har tillämpats på nationella åtgärder vilka hämmar etableringsfriheten. Enligt testet måste den nationella åtgärden tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt. Dessutom ska åtgärden vara motiverad med hänsyn till ett trängande allmänintresse och säkerställa att det eftersträvda ändamålet förverkligas genom åtgärden. Slutligen får inte åtgärden gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade ändamålet.³⁰

2.1.5 Anknytningsfaktorer – sätesprincipen och inregistreringsprincipen

Anknytningsfaktor är den grund på vilken ett lands jurisdiktion ska tillämpas. Tillämplig lag för bolag baseras antingen på inregistreringsprincipen eller sätesprincipen. Inom EU-rätten accepteras båda anknytningsfaktorerna. Det härstammar från att bolag som enligt art. 54 FEUF har sitt ”säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet” inom EU likställs med

²⁷ FEUF artikel 54.

²⁸ Storm, Paul, *Cross-border Mergers, the Rule of Reason and Employee Participation*, i *European Company Law Journal*, vol. 3 nr. 3 (2006), s. 131.

²⁹ Bernitz & Kjellgren (2018), s. 333-334.

³⁰ Mål C-55/94 Gebhard, p. 37.

fysiska personer utan att något företräde uttrycks för någon av faktorerna.³¹ Det åligger således medlemsstaterna att bestämma vilken anknytningsteori som ska appliceras inom sin respektive jurisdiktion.³²

I svensk rätt tillämpas inregistreringsprincipen för att avgöra huruvida ett aktiebolag omfattas av den svenska aktiebolagsrätten. Principen innebär att bolaget omfattas av den bolagsrättsliga lagstiftningen i det land där bolaget är inregistrerat. Bland andra medlemsstater som tillämpar inregistreringsprincipen märks Nederländerna, Danmark och Finland. Sättesprincipen tillämpas i bland annat Tyskland, Frankrike, Italien och Spanien. Enligt principen avgör i stället bolagets faktiska säte vilket lands bestämmelser som ska tillämpas på bolaget. Bolaget måste däremot också vara inregistrerat i samma land för att landets bestämmelser ska tillämpas. Vanligen avgörs bolagets faktiska säte av var huvudkontoret är placerat.³³ Upplysningsvis bör det nämnas att uppsatsen ofta nämner att ett bolags bolagsrättsliga säte flyttas. Det innebär att bolaget övergår till att omfattas av en annan jurisdiktions associationsrättsliga lagstiftning. Detta ska inte förväxlas med bolagets faktiska säte.

2.2 Gränsöverskridande ombildningars framväxt genom EU-domstolens praxis

EU-domstolen har en betydande roll i EU-rättens utveckling. Det är till stor del genom domstolens avgöranden som EU:s nuvarande rättsliga struktur har formats. EU-domstolen betraktar ofta EU-rätten som ett sammanhängande rättssystem, där systemets luckor kan fyllas ut genom praxis. Det är EU-domstolen som i sista hand har kompetens att avgöra hur EU-fördragen och andra rättsakter ska tolkas. Däremot har EU-domstolen inte utrymme att utfärda förfaranderegler eller ytterligare bestämmelser.³⁴ Vad gäller den europeiska bolagsrätten har EU-domstolen format och förändrat området under en längre tid.³⁵ Nedan följer några av EU-domstolens viktigaste avgöranden vilka bidragit till hur etableringsfriheten ser ut idag och utvecklingen av gränsöverskridande ombildningar.³⁶

³¹ Fabris (2006), s. 107-108.

³² Ene, Charlotte, *The cross-border conversion – A possible solution for the mobility of companies in European union*, i *Perspectives of Law and Public Administration*, vol. 9 nr. 1 (2020), s. 55.

³³ Dotevall, Rolf, *Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006, s. 885.

³⁴ Bernitz & Kjellgren (2018), s. 62.

³⁵ Dotevall (2006), s. 885.

³⁶ Se även EU-domstolens dom C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabriek voor Amsterdam mot Inspire Art Ltd* och C-378/10 *VALE Építési kft.*

2.2.1 Daily Mail-målet

Ett av de första rättsfallen som rörde gränsöverskridande ombildningar inom EU var målet *Daily Mail*.³⁷ I målet avsåg ett brittiskt bolag att placera sitt faktiska säte i Nederländerna, men samtidigt behålla bolagets status som brittiskt bolag. Den brittiska bolagsrätten tillät förflyttningen förutsatt att tillstånd medgivits av det brittiska finansdepartementet. Bolaget ansåg att tillståndskravet bröt mot den fria etableringsrätten, något som EU-domstolen inte höll med om.³⁸ EU-domstolen konstaterade att det inte förelåg en rätt för bolaget att flytta det faktiska sätet och samtidigt förbli inregistrerad som bolag i ursprungslandet.³⁹ EU-domstolen erinrade att bolag på ”gemenskapsrättens nuvarande stadium”, till skillnad från fysiska medborgare, endast existerar beroende på den lagstiftning som reglerar dess bildande och funktion.⁴⁰ Sammantaget tilläts Storbritannien fortsättningsvis kräva ett tillstånd om bolag vill flytta sitt faktiska säte och behålla sin rättsliga status.⁴¹

2.2.2 Centros-målet

I *Centros*, som avgjordes år 1999, var frågan om ett brittiskt aktiebolag som etablerats av två danska medborgare var tillåtet att bedriva näringsverksamhet i Danmark genom en dansk filial trots att bolaget inte bedrev någon verksamhet i Storbritannien. Den danska registreringsmyndigheten bedömde upplägget som ett försök att kringgå dansk aktiebolagsrätt mot bakgrund av att den brittiska bolagsrätten inte krävde ett lika högt registrerat aktiekapital som den danska lagen. Myndigheten vägrade därför att registrera filialen. Bolaget hävdade att den danska registreringsmyndighetens vägran att registrera filialen stred mot etableringsfriheten.⁴²

EU-domstolen konstaterade att om ett bolag har bildats lagligen i en medlemsstat ska bolaget ha möjlighet att driva den huvudsakliga verksamheten och den ekonomiska verksamheten i en annan medlemsstat. Detta oavsett om registreringen skett i en viss medlemsstat enbart för att

³⁷ Werlauff, Erik, *EU Company law*, 2 uppl., Köpenhamn: DJØF Publishing (2003), s. 13.

³⁸ Mål C-81/87 *Daily Mail*, p. 3-4.

³⁹ Mål C-81/87 *Daily Mail*, p. 25.

⁴⁰ Mål C-81/87 *Daily Mail*, p. 19.

⁴¹ Mål C-81/87 *Daily Mail*, p. 24.

⁴² Mål C-212/97 *Centros*, p. 3-7.

kunna etablera sig genom en filial i en annan medlemsstat.⁴³ EU-domstolen underkände även Danmarks lagstiftning vid en prövning av Gebhard-testet.⁴⁴ EU-domstolen framhöll i domen att medlemsstaterna har ett utrymme att vidta åtgärder som har till ändamål att förhindra otillbörligt kringgående av nationell rätt, samt att medborgare inte har möjlighet att åberopa EU-rättsliga bestämmelser som har bedrägligt syfte eller innebär ett missbruk. Att registrera ett bolag i den medlemsstaten med mindre restriktiva bestämmelser på bolagsrättens område utgör inte sådant missbruk.⁴⁵

2.2.3 Überseering-målet

Målet *Überseering* rörde ett bolag, Überseering BV, registrerat i Nederländerna som bedrev all sin verksamhet i Tyskland där samtliga aktieägare var tyska medborgare. Überseering BV var inblandad i en tvist mot ett tyskt bolag. Med hänsyn till sätesprincipen hävdade den tyska domstolen att Überseering BV inte var en juridisk person enligt tysk rätt. Eftersom Überseering BV var registrerat i Nederländerna, men hade sitt faktiska säte i Tyskland, kunde inte bolaget anses ha partsbehörighet i tvisten.⁴⁶ EU-domstolen konstaterade att ett bolag som bildats i en medlemsstat som tillämpar registreringsprincipen måste bedömas utgöra ett bolag även i länder som tillämpar sätesprincipen.⁴⁷ Medlemsstater kan förvisso begränsa etableringsfriheten med avstamp i tvingande hänsyn till allmänintresset för exempelvis borgenärer och minoritetsägare. Att däremot inte erkänna ett bolags rättskapacitet ansågs omotiverat.⁴⁸ Den tyska domstolen var därför tvungen att betrakta Überseering BV som juridisk person med rätt att vara part i tvisten.⁴⁹

2.2.4 Cartesio-målet

I *Cartesio* behandlade EU-domstolen en situation där ett bolag registrerat i Ungern hade för avsikt att överföra sitt säte till Italien och fortfarande omfattas av ungersk bolagsrätt. Den behöriga myndigheten i Ungern krävde att bolaget skulle upplösas i och med förflyttningen.⁵⁰

⁴³ Mål C-212/97 Centros, p. 39.

⁴⁴ Mål C-212/97 Centros, p. 34.

⁴⁵ Mål C-212/97 Centros, p. 24-27.

⁴⁶ Mål C-208/00 Überseering, p. 6-9.

⁴⁷ Mål C-208/00 Überseering, p. 26.

⁴⁸ Mål C-208/00 Überseering, p. 92-93.

⁴⁹ Mål C-208/00 Überseering, p. 95.

⁵⁰ Mål C-210/06 Cartesio, p. 23-24.

Bolaget hävdade att kravet stred mot etableringsfriheten.⁵¹ EU-domstolen framhöll att det endast är nationella bestämmelser som kan reglera en gränsöverskridande flytt av ett bolags säte utan att bolagets status byts. EU-domstolen återupprepade att medlemsstater enligt gemenskapsrättens ”nuvarande stadium” kan hindra ett bolag från att omfattas av dess nationella rätt när bolaget byter säte.⁵² Samtidigt ansåg EU-domstolen att medlemsstaterna inte tillåts kräva att ett bolag ska likvideras vid byte av säte och status. Detta stred mot etableringsfriheten. Den ursprungliga medlemsstaten är inte tillåten att förhindra en ombildning till en annan medlemsstat, förutsatt att ombildningen omfattas av mottagarlandets bolagsrätt.⁵³

2.2.5 Polbud-målet

Mål *Polbud* omfattade en situation där ett polskt bolag avsåg att registreras i Luxemburg. Varken sätet eller verksamheten skulle dock flyttas. Med anledning av registreringen översände bolaget en ansökan till behörig myndighet i Polen om att avföra bolaget från bolagsregistret. Ansökan avslogs med hänvisning till att bolaget var tvunget att likvideras.⁵⁴ Enligt EU-domstolen stred det mot etableringsfriheten att kräva att bolaget skulle likvideras på grund av registreringen. Återigen hänvisade EU-domstolen till att inskränkningar av etableringsfriheten får inrättas i nationell rätt, förutsatt att det kan motiveras utifrån tvingande hänsyn till allmänintresset. I förevarande fall erinrade EU-domstolen att sådant allmänintresse kan utgöra skydd för borgenärer, minoritetsaktieägare och arbetstagare. Den polska bolagsrättens krav på likvidering gick däremot utöver vad som kan anses nödvändigt för att uppfylla intresset för dessa grupper.⁵⁵ Att bolag förlägger sitt bolagsrättsliga eller faktiska säte i en medlemsstat med gynnsammare lagstiftning utgör inte missbruk.⁵⁶ Bolaget hade följaktligen rätt att ombildas till ett bolag i enlighet med luxemburgsk bolagsrätt utan att varken behöva flytta verksamheten eller likvidera det ursprungliga bolaget.⁵⁷

⁵¹ Mål C-210/06 *Cartesio*, p. 26.

⁵² Mål C-210/06 *Cartesio*, p. 109.

⁵³ Mål C-210/06 *Cartesio*, p. 112-113.

⁵⁴ Mål C-106/16 *Polbud*, p. 8-9.

⁵⁵ Mål C-106/16 *Polbud*, p. 56-58.

⁵⁶ Mål C-106/16 *Polbud*, p. 62.

⁵⁷ Mål C-106/16 *Polbud*, p. 65.

2.3 Gränsöverskridande ombildningars framväxt genom EU-direktiv

Rätten till fri etablering har utgjort en av EU:s grundläggande principer sedan uppkomsten av den inre marknaden. Etableringsfrihetens extensiva tolkning om att bolag ska ha möjlighet att fusionera eller flytta mellan medlemsstaterna har däremot förhindrats av framför allt tre faktorer. För det första har formuleringen av etableringsfriheten lämnat tillräckligt utrymme för en tudelad tolkning. Vissa medlemsstater har ansett att bolagens rätt till rörlighet över nationsgränserna inkluderats, medan andra medlemsstater gjort motsatt tolkning. På grund av tvetydigheten har flera medlemsstater varit motvilliga att förändra redan inrättade begränsningar av ingående och utgående överföringar av bolags bolagsrättsliga säte.⁵⁸

För det andra ligger det inom medlemsstaternas kompetens att välja vilken bolagsrättslig anknytningsfaktor som ska tillämpas. Avsaknaden av harmoniserade regler om vilken anknytningsfaktor som ska tillämpas resulterar i praktiska problem när bolag avser att röra sig mellan medlemsstaterna. Om ett bolag i en medlemsstat som tillämpar inregistreringsprincipen önskar överföra enbart sitt faktiska säte till en medlemsstat som tillämpar sätesprincipen kan bolaget i vissa fall anses omfattas av båda jurisdiktionerna. Vid motsatt förhållande, där ett bolag i en medlemsstat som tillämpar sätesprincipen avser flytta sitt faktiska säte till en medlemsstat som tillämpar inregistreringsprincipen, blir bolaget i teorin statslöst.⁵⁹ Följaktligen har de rättsliga förutsättningarna för att flytta ett bolag från en medlemsstat till en annan varit oklara på grund av diskrepansen i vilken anknytningsteori de olika medlemsstaterna tillämpar.⁶⁰

Slutligen har det vuxit fram en oro hos vissa medlemsstater om att bolags rörlighet över gränserna ofta avses genomföras för andra än legitima ändamål. Som exempel kan ett bolag vilja flytta sitt säte i syfte att skatteplanera eller undgå betungande arbetsrättsliga bestämmelser. Det är av den anledningen det tog tid att förhandla fram vissa bolagsrättsliga rättsakter på EU nivå, främst *förordning (EG) nr 2157/2001 om stadga för europabolag* och *direktiv (EU) 2005/56/EG om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar*.⁶¹

⁵⁸ Binard, Sébastien & Schummer, Laurent, *The Case for Further Flexibility in Matters of Cross-Border Corporate Mobility*, i *European Company Law Journal*, vol. 16 nr. 1 (2019), s. 31.

⁵⁹ Binard & Schummer (2019), s. 31.

⁶⁰ SOU 2021:18, s. 220.

⁶¹ Binard & Schummer (2019), s. 31-32.

2.3.1 Gränsöverskridande fusioner

År 2005 hände flera saker som influerade rätten till fri etablering inom EU, bland annat antogs *direktiv (EU) 2005/56/EG om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar* och domen i mål *C-411/03 SEVIC Systems AG* meddelades.⁶² Det var genom direktivet som gränsöverskridande fusioner harmoniserades inom EU. Gränsöverskridande fusioner innebär fundamentala förändringar i bolagets rättsliga miljö, främst med avseende på bolagsstyrningsfrågor, tvistlösning, klander av bolagsbeslut och företrädarnas roller i bolagen.⁶³ Direktivet ålade medlemsstaterna att senast år 2007 införa regler som möjliggjorde för bolag inom EU att fusioneras med andra bolag i en annan medlemsstat.⁶⁴

Innan år 2007 var det däremot möjligt att, i och med mål *C-411/03 SEVIC Systems AG*, med grund i etableringsfriheten under särskilda förutsättningar genomföra gränsöverskridande fusioner av bolag inom unionen.⁶⁵ Dessa förutsättningar ansågs till viss del vara oklara efter domen. Till följd av direktivet säkerställdes däremot att medlemsstaterna hade likartade och förenliga nationella regler vad gällde gränsöverskridande fusioner.⁶⁶

Direktivet tog även sikte på att särskilt skydda vissa intressenter vid förfarandet, såsom minoritetsaktieägare, borgenärer och framför allt arbetstagare.⁶⁷ För minoritetsaktieägare var skyddet däremot knappt. Direktivet gav medlemsländerna utrymme att lagstifta om att som aktieägare få sina aktier inlösta. Däremot förelåg ofta valet för aktieägarna mellan att antingen behålla aktier i ett bolag styrt i en okänd rättslig miljö eller att acceptera en ersättning för aktierna under marknadspris.⁶⁸

⁶² Storm (2006), s. 130.

⁶³ Bartman, Steff, *10 Years Cross-Border Mergers Directive: Some Observations About EU Border Protection and Minority Exit Rights*, i *European Company Law Journal*, vol. 14 nr. 6 (2017), s. 215-216.

⁶⁴ Direktiv (EU) 2005/56/EG om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar artikel 19.

⁶⁵ Réinfeldt, Thomas & Werlauff, Erik, *Merger as a Method of Establishment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicile and Divisions, Directly Applicable under the EC Treaty's Freedom of Establishment*, i *European Company Law Journal*, vol. 3 nr. 3 (2006), s. 125.

⁶⁶ Adestam, Johan, Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslag (2005:551) 23 kap. 36 §, avsnitt 1*, Lexino lagkommentar, JUNO, hämtat: 2021-09-22.

⁶⁷ Storm (2006), s. 130.

⁶⁸ Bartman (2017), s. 215-216.

2.3.2 Ändringsdirektivet

I samband med att kodifieringsdirektivet *direktiv (EU) 2017/1132 om vissa aspekter av bolagsrätt* antogs, ersättes direktivet om gränsöverskridande fusioner tillsammans med flera andra bolagsrättsliga direktiv. Det gjordes i syfte att skapa en översyn över bolagsrättsliga EU-bestämmelser och på så sätt göra bestämmelserna på område mer lättillgängliga. Direktivet införde däremot inga nya bestämmelser utan sammanförde endast en stor del av EU:s bolagsrätt under ett och samma regelverk.⁶⁹

Ändringsdirektivet syftade å sin sida till att ytterligare harmonisera unionens bolagsrättsliga bestämmelser genom att ändra *direktiv (EU) 2017/1132 om vissa aspekter av bolagsrätt*.⁷⁰ Det antogs år 2019 och ska vara implementerat i medlemsländernas nationella lagstiftning senast 31 januari 2023.⁷¹ Ingen av medlemsstaterna motsatte sig ändringsdirektivets antagande.⁷² Det önskades från flera håll ett harmoniserat regelverk för att underlätta för bolag att genomföra gränsöverskridande ombildningar.⁷³

I ändringsdirektivet framhävs att gränsöverskridande fusioner utgör en betydelsefull milstolpe i utvecklingen av den inre marknadens funktion för bolag verksamma inom unionen. Däremot nödgas en förändring av 2017 års direktiv, dels för att vidare harmonisera skyddet för vissa intressenter, dels för att harmonisera gränsöverskridande delningar för privata bolag samt ombildningar.⁷⁴

Vidare poängteras att EU-domstolens praxis kring etableringsfriheten innebär att bolag som bildats lagenligt i en medlemsstat ska ha utrymme att ombildas till ett bolag inom en annan

⁶⁹ Europeiska kommissionen, *Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om vissa aspekter av bolagsrätt (kodifiering)*, COM(2015) 616 final, s. 2 och direktiv (EU) 2017/1132 om vissa aspekter av bolagsrätt beaktandesats 1.

⁷⁰ Fierbințeanu, Gabriela & Nemeș, Vasile, *EU Facilitates New Rules for Cross-Border Mobility of Companies*, Davies, Paul, i *Challenges of the Knowledge Society*, Bukarest: Nicolae Titulescu University Editorial House (2019), s. 302.

⁷¹ Direktiv (EU) 2019/2121 om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 vad gäller gränsöverskridande ombildningar, fusioner och delningar artikel 3.

⁷² Europeiska unionens råd, *Interinstitutionellt ärende: 2018/0114 (COD)*, 14768/1/19REV 1 (2019).

⁷³ Europeiska kommissionen, SWD(2018) 141 final, s. 27.

⁷⁴ Direktiv (EU) 2019/2121 beaktandesats 1 och 4.

medlemsstats lagstiftning.⁷⁵ Avsaknaden av ett harmoniserat regelverk för gränsöverskridande ombildningar och delningar har resulterat i rättslig fragmentering och ett oklart rättsläge. På grund av rättsläget har inte skyddet för arbetstagare, borgenärer och minoritetsaktieägare varit tillfredsställande. I syfte att undanröja hinder vid utövandet av etableringsfriheten och parallellt inrätta ett tillräckligt skydd för arbetstagare, borgenärer och aktieägare anses det lämpligt att anta ett direktiv som harmoniserar medlemsstaternas lagstiftning på området.⁷⁶

Att sunda och livskraftiga företag med lätthet kan bedriva näringsverksamhet inom den inre marknaden är fundamentalt för EU:s ekonomi. De har en väsentlig roll för att attrahera kapital, stimulera sysselsättningen och bidra till den ekonomiska tillväxten. För att företagen ska kunna vara sunda och livskraftiga krävs att bolagen verkar i en rättslig och administrativ miljö som gynnar tillväxt och samtidigt är formad utefter de ekonomiska och samhällsliga utmaningar som en ökad globalisering medför.⁷⁷ Ett sätt för företag att växa, anpassa sig till förändringar och sondera affärsmöjligheter är att flytta sitt bolagsrättsliga säte till en annan medlemsstat. Att ett bolag önskar flytta sitt säte kan exempelvis bero på språkliga orsaker, större möjlighet till finansiering- eller affärsmöjligheter, närhet till kunder och en alltmer affärsvänlig legal miljö. Ytterligare anledningar kan vara skattemässiga fördelar, andra krav på finansiell upplysning eller en förändring av företagets bolagsstyrning eller kapitalstruktur.⁷⁸

Det krävs dock att den rättsliga och administrativa miljön tar hänsyn till legitima allmänna intressen. Däribland inräknas intressen hos arbetstagare, borgenärer och minoritetsaktieägare. När bolag ges möjligheten att flytta sitt bolagsrättsliga säte mellan medlemsstater är det av vikt att skyddet för dessa intressenter följer med den ökade globaliseringen av näringslivet. Ett avgörande element i skyddet anses utgöras av medlemsstaternas möjlighet att motverka missbruk där bland annat minoritetsaktieägares juridiska och kontraktsenliga rättigheter otillbörligt skadas.⁷⁹

För att skydda nämnda intressenter föreskriver ändringsdirektivet att gränsöverskridande ombildningar ska förhindras av medlemsstaternas utsedda myndigheter om förfarandet

⁷⁵ Direktiv (EU) 2019/2121 beaktandesats 2.

⁷⁶ Direktiv (EU) 2019/2121 beaktandesats 17.

⁷⁷ Europeiska kommissionen, COM(2018) 241 final, s. 1.

⁷⁸ Europeiska kommissionen, SWD(2018) 141 final, s. 26-27.

⁷⁹ Europeiska kommissionen, COM(2018) 241 final, s. 1-4.

utnyttjas för otillbörliga eller kriminella ändamål som leder till att antingen unionsrätt eller nationell rätt kringgås. Om ett bolags faktiska ledning eller ekonomiska förvaltning flyttas till den medlemsstat dit bolaget registrerats är det en indikation på att det inte rör sig om förfarandet görs i otillbörligt eller bedrägligt syfte.⁸⁰ Att motverka gränsöverskridande ombildningar som har inslag av missbruk anses skapa tillit till den inre marknaden och utgör en viktig pelare i förverkligandet av harmoniseringen.⁸¹

Gränsöverskridande ombildningar förändrar på många sätt aktieägarnas rättigheter.⁸² Genom ändringsdirektivet ska aktieägare därför i vart fall erbjudas en minimiskyddsnivå inom samtliga medlemsstaters lagstiftning inför ett sådant förfarande.⁸³ Medlemsstaterna tillåts även införa ytterligare skydd för minoritetsaktieägare.⁸⁴ De har möjlighet att behålla eller införa nya regler som skyddar aktieägare, förutsatt att reglerna inte strider mot direktivet eller etableringsfriheten.⁸⁵ Ändringsdirektivet reglerar de mest väsentliga frågorna vid gränsöverskridande ombildningar. Däremot återfinns fortfarande ett utrymme att forma både materiellt och processuellt komplexa regler vid implementeringen i medlemsstaternas nationella rättsordning. Särskilt med avseende på skyddet för borgenärer och minoritetsaktieägare.⁸⁶

2.4 Gränsöverskridande ombildningar innan ändringsdirektivets ikraftträdande

2.4.1 EU-domstolens praxis

Trots att gränsöverskridande ombildningar inte har funnits kodifierat i svensk aktiebolagsrätt, existerar flera sätt för bolag att uppnå en motsvarande effekt likt ombildningsförfarandet. Ett sätt att genomföra gränsöverskridande ombildning i dagens juridiska miljö är att stödja sig på EU-domstolens praxis som framhävdes i avsnitt 2.2. Detta utgör ett av de mest osäkra

⁸⁰ Direktiv (EU) 2019/2121 beaktandesats 35-36 och artikel 86m.8-9.

⁸¹ Europeiska kommissionen, *Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 vad gäller gränsöverskridande ombildningar, fusioner och delningar av företag*, COM(2018) 241 final, s. 2.

⁸² Direktiv (EU) 2019/2121 beaktandesats 18.

⁸³ Direktiv (EU) 2019/2121 beaktandesats 17.

⁸⁴ Europeiska kommissionen, SWD(2018) 141 final, s. 6.

⁸⁵ Direktiv (EU) 2019/2121 beaktandesats 17.

⁸⁶ Schmidt, Jessica, *Coming Soon: 'Company Law Package Part 2 – Implementation'*, i *European Company Law Journal*, vol. 16 nr. 6 (2019), s. 175.

tillvägagångssätten att förflytta det bolagsrättsliga sätet till en annan medlemsstat.⁸⁷ Att förlita sig på rättsfall från EU-domstolen kan innebära utdragna juridiska sammandrabbningar med myndigheter som inte är vana vid att tillämpa rättsfall vid myndighetsutövningen. Förfarandet riskerar även att resultera i höga kostnader för bolaget. Dessutom kan tillämpningen av EU-domstolens domar hos de olika medlemsstaternas myndigheter resultera i stora olikheter vid ombildningens genomförande.⁸⁸ I Sverige finns från år 2007 till 2019 inga uppmärksammade fall av svenska bolag som genomgått en gränsöverskridande ombildning baserat på EU-domstolens praxis.⁸⁹

2.4.2 Gränsöverskridande fusioner

Effekten av en gränsöverskridande ombildning kan uppnås genom att ett bolag genomför en gränsöverskridande fusion med ett dotterbolag i mottagarlandet. Ett moderbolag kan fusioneras med dotterbolaget, varefter dotterbolaget överlever moderbolaget i mottagarlandet. Därigenom byts bolagets bolagsrättsliga säte till dotterbolagets som därvid erhåller bolagets alla tillgångar och skulder. Gränsöverskridande ombildningar genom fusion är förenade med höga kostnader och stor komplexitet då två eller fler bolag ska hanteras. Ökad kostnad och komplexitet kan kopplas till bland annat att starta nytt bolag i den andra medlemsstaten samt krav på att utfärda två rapporter från två olika sakkunniga för respektive bolag.⁹⁰

2.4.3 Reinkorporering

I avsaknad av tydliga gemensamma regler om ombildningar på EU-nivå kan bolag som önskar förflytta sitt bolagsrättsliga säte till en annan medlemsstat indirekt genomgå ett sådant förfarande. Genom att bilda ett bolag i en medlemsstat och överföra tillgångar och skulder till det nystartade bolaget, samtidigt som det ursprungliga bolaget likvideras, kan ett bolag indirekt ombildas till en annan medlemsstat. Detta förfarande omfattas av etableringsfriheten.⁹¹ Tillvägagångssättet har däremot bedömts skapa onödiga kostnader och belastningar för bolagen

⁸⁷ Rock, Edward, m.fl., *Fundamental Changes*, Kraakman, Reinier (red.), i *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3 uppl., Oxford: Oxford University Press (2017), s. 196-197.

⁸⁸ Europeiska kommissionen, SWD(2018) 141 final, s. 29.

⁸⁹ Biermeyer, Thomas & Meyer, Marcus, *Cross-border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2020*, Maastricht: Universitetet i Maastricht (2020), s. 152.

⁹⁰ Europeiska kommissionen, SWD(2018) 141 final, s. 29-30.

⁹¹ Danelius, Johan, *Aktiebolags rörlighet över gränserna*, SvJT 2010, s. 138.

i ljuset av etableringsfriheten. Bolaget måste bland annat i samband med likvideringen ofta träda ur affärsförbindelser och andra viktiga kontrakt.⁹²

2.5 Sammanfattande reflektion

Inledningsvis kan det konstateras att EU:s bolagsrätt fortfarande befinner sig i ett dynamiskt skede. Etableringsfriheten utvecklas konstant och ändringsdirektivet är ett stort steg i riktningen mot en tillnärmning av medlemsstaternas bolagsrätt. Antagandet av ändringsdirektivet förefaller därmed inte opåkallat. Framför allt med beaktning av EU-domstolens utarbetade praxis. Av den anledningen är det möjligtvis mer vidkommande att ställa frågan varför inte innehållet i ändringsdirektivet implementerats tidigare.

Med hänsyn till EU-domstolens avgöranden kan det anses anmärkningsvärt att ett harmoniserande regelverk som innefattar gränsöverskridande ombildningar inte antagits tidigare. I ljuset av EU-domstolens avgöranden ska samtliga medlemsstater i princip tillåta gränsöverskridande ombildningar. Att EU-domstolen i målet Daily Mail och Cartesio dessutom uttrycker att bolagens rätt att flytta det bolagsrättsliga sätet i ”nuvarande stadium” inte omfattas av etableringsfriheten indikerar att det förelegat en antydning om att i framtiden utvidga friheten. Precis som framgått i avsnitt 2.4.1 ska bolag kunna förlita sig på EU-domstolens praxis i syfte att genomföra en gränsöverskridande ombildning. EU-domstolen är inget organ som kan införa konkreta bestämmelser vid gränsöverskridande ombildningar, utan endast avgöra att förfarandet möjligen innefattas av etableringsfriheten. Eftersom myndigheter som nämnts har haft svårt att samspela utan harmoniserade regler är det förståeligt att inga gränsöverskridande ombildningar i Sverige skett. Särskilt när förfarandet riskerar att vara förknippat med höga kostnader och en stor rättslig osäkerhet.

Gränsöverskridande ombildningar kan underlätta för sunda och livskraftiga företag att anskaffa kapital, upptäcka nya affärsmöjligheter och anpassa den legala miljön utifrån bolagets verksamhet. Trots fördelarna har harmoniseringen av gränsöverskridande ombildningar emellertid motverkats av medlemsstaters farhåga om att förfarandet kan resultera i att den fria rörligheten missbrukas. Eftersom medlemsstaterna kan förhindra ombildningar med hänvisning till otillbörliga eller kriminella ändamål har medlemsstaterna ett utrymme att motverka bolags rörlighet över gränser när det anses utgöra missbruk. I och med att regleringen utgjort en viktig

⁹² Europeiska kommissionen, SWD(2018) 141 final, s. 28-29.

del i förverkligandet verkar det fortfarande finnas en farhåga om att gränsöverskridande ombildningar kommer användas som ett instrument för att missbruka den fria rörligheten. Otillbörliga eller kriminella ändamål som leder till att unionsrätt eller nationell rätt kringgås är till synes en bred formulering och bör därför kunna tolkas olika. Den breda formuleringen kan därför anpassas utefter medlemsstaternas respektive rättsordning vid implementeringen, vilket kan ha utgjort ett betydelsefullt inslag vid antagandet av ändringsdirektivet. Detsamma gäller beträffande medlemsstaters spelrum att införa ytterligare skydd för minoritetsaktieägare. Medlemsstater vilka har en aktiebolagsrätt som präglas av ett högt minoritetsskydd, kommer troligen särskilt värna om aktieägarnas ställning vid gränsöverskridande ombildning eftersom deras rättigheter väsentligen förändras.

Det återfinns andra sätt för bolag att flytta det bolagsrättsliga sätet över nationsgränser, vilket har möjliggjort för bolag att uppnå samma effekt som vid gränsöverskridande ombildningar. De alternativa sätten orsakar däremot betydande nackdelar för bolag som avser att flytta sätet. Som tidigare nämnts innebär gränsöverskridande ombildningar, på grundval av EU-domstolens praxis, rättsliga osäkerheter. Vad gäller ombildning genom fusion innebär förfarandet ofta onödigt stora kostnader. Reinkorporering innefattar likvidering av det ursprungliga bolaget, vilket medför att affärsförbindelser och andra avtal riskerar att gå förlorade. Därmed fyller harmoniseringen av gränsöverskridande ombildningar vad som i dagsläget är ett juridiskt vakuum och undanröjer praktiska problem för bolag inom den inre marknaden.

Trots att gränsöverskridande ombildningar ska harmoniseras i medlemsstaternas nationella lagstiftning torde rättsfallen som utarbetats av EU-domstolen förefalla relevanta för den fortsatta bedömningen av etableringsfriheten. Däribland kan det exemplifieras hur EU-rätt enligt fallet Centros inte ska kunna användas för otillbörligt kringgående av nationell rätt och att det enligt Polbud inte utgör missbruk att etablera sig i en annan medlemsstat på grundval av gynnsammare lagstiftning. EU-domstolens praxis genomsyrar även ändringsdirektivets utformning som bland annat föreskriver att ombildningar med otillbörligt eller kriminellt ändamål inte ska tillåtas. Likt EU-domstolens avgöranden tar ändringsdirektivet särskild hänsyn till bolagets intressenter som borgenärer, arbetstagare och aktieägare. Dessutom går det att utläsa i ändringsdirektivet att ett bolags faktiska ledning eller ekonomiska förvaltning inte nödvändigtvis behöver flyttas för att en gränsöverskridande ombildning ska tillåtas. En uppfattning som också går att utröna i EU-domstolens praxis utifrån bland annat *Überseering* och *Polbud*.

I målen Centros, Überseering och Polbud berörde domstolen tvingande hänsyn av allmänintresset. I somliga mål tillämpades även Gebhard-testet som anknyts till hur åtgärder med tvingande hänsyn ska prövas. Fastän medlemsstaterna i målen åberopat tvingande hänsyn utan framgång har det utgjort en potentiell utväg för att legitimera nationella åtgärder som syftar till att skydda vissa intressenter. På grund av ändringsdirektivet kommer däremot medlemsstaterna troligen ha svårt att åberopa tvingande hänsyn till allmänintresset för att legitimera åtgärder som inskränker etableringsfriheten vid gränsöverskridande ombildningar. Området är numera harmoniserat, vilket utgör ett hinder för att legitimera åtgärder som hämmar etableringsfriheten. Det verkar dock som om ändringsdirektivet tar detta i viss beaktning med tanke på att det konstateras att medlemsstater får inför ytterligare regler om skydd för exempelvis aktieägare. Åtgärderna får däremot varken gå emot ändringsdirektivet eller etableringsfriheten.

I och med antagandet av ändringsdirektivet verkar somliga medlemsstater numera villiga att till viss del frångå sätesprincipen. Medlemsstaterna måste erkänna en gränsöverskridande ombildning även om bolagets verkliga eller ekonomiska verksamhet inte förflyttas. Behöriga myndigheter i en medlemsstat som tillämpar sätesprincipen kan förvisso fortfarande förhindra en gränsöverskridande ombildning genom att bedöma förfarandet som otillbörligt eller bedrägligt. Att bolaget även flyttar den faktiska ledningen eller ekonomiska förvaltningen antyder som tidigare nämnts på att förfarandet inte har otillbörligt eller bedrägligt syfte. Utifrån vad som går att utläsa av denna formulering kan det motsatsvis tolkas som att om bolagets faktiska ledning eller ekonomiska förvaltning inte förflyttas kan omständigheten utgöra en indikation på att ett otillbörligt eller bedrägligt syfte föreligger. För en medlemsstat vilken tillämpar sätesprincipen utgör lydelsen potentiellt en utväg att förhindra ombildningar och bevara principens betydelse.

Å andra sidan kommer inte en behörig myndighet i en medlemsstat ha möjlighet att bedöma ombildningsförfaranden som otillbörligt eller bedrägligt enbart med hänsyn till att inte det faktiska sätet förflyttas. Den uppfattningen skulle strida mot etableringsfriheten. Därav ligger det i farans riktning att sätesprincipen kommer få en synnerligen minskad betydelse. Att medlemsländerna tillämpat olika anknytningsfaktorer har som tidigare nämnts utgjort ett hinder mot gränsöverskridande ombildningar. Eftersom ändringsdirektivet inskränker medlemsstaternas möjlighet att tillämpa sätesprincipen, måste flera medlemsländer rimligen

vara villiga att minska principens betydelse till fördel för en ökad harmonisering av etableringsfriheten. Särskilt när ingen av medlemsstaterna motsatte ändringsdirektivet antagande.

Sammantaget kan harmoniseringen av gränsöverskridande ombildningar motiveras ur en rättssäkerhetsaspekt för bolagets intressenter samt en praktisk aspekt för bolag eftersom myndigheter på ett effektivt sätt kan samspela med varandra. Det är regler som är betydelsefulla för en välfungerande etableringsfrihet. Speciellt när EU-domstolen redan slagit fast att gränsöverskridande ombildningar i viss utsträckning innefattas av friheten. Rimligen har medlemsstaterna en mer tillmötesgående inställning att ta ett stort kliv i den fortsatta harmoniseringen av bolagsrätten, även om det möjligen resulterar i att sätesprincipen får ge vika. Det finns spår av EU-domstolens avgöranden och resonemang vilket påvisar att praxis med stor sannolikhet haft en inverkan på ändringsdirektivets utformning av gränsöverskridande ombildningar. Andra tillvägagångssätt för att flytta det bolagsrättsliga sätet innefattar ofta olägenheter och kostnader för bolaget, vilket föranleder till att ett harmoniserat regelverk som inkluderar gränsöverskridande ombildningar är önskvärt i strävan mot en mer integrerad inre marknad. Sammantaget var det till stor del endast en tidsfråga innan gränsöverskridande ombildningar skulle harmoniseras inom EU.

3 Minoritetsskydd i svensk aktiebolagsrätt

Den svenska aktiebolagslagen är konstruerad främst med hänsyn till aktiebolag som ägs av flera delägare. I syfte att möjliggöra för beslut trots att oenighet råder mellan delägarna ska beslut bifallas enligt aktiebolagslagens huvudregel om förslaget stöds av mer än hälften av rösterna. Detta utgör majoritetsprincipen och är fundamental för en effektiv näringsverksamhet. Majoritetsprincipen blir särskilt avgörande vid val av styrelse, ett organ som till stor del kontinuerligt råder över aktiebolagets organisation och förvaltning.⁹³

Vad som ofta beskrivs som motsatsen till majoritetsprincipen är aktieägares minoritetsskydd. Minoritetsskyddsorienterade regler motverkar att majoritetsaktieägare skor sig på minoritetsaktieägare. En aktiebolagsrätt med väl utformade minoritetsregler som förhindrar maktmissbruk gynnar benägenheten hos investerare att placera kapital i aktiebolag.⁹⁴ Att som investerare inta en minoritetsposition hade varit alltför riskabelt utan minoritetsskyddsregler. När investerare förhåller sig återhållsamma från att investera hämmas näringslivet och samhällsekonomin. Av den anledningen är minoritetsskydd en oundgänglig grundpelare i aktiebolagsrätten för att bolagsformen ska vara fullt användbar.⁹⁵ I och med att riskerna minimeras, minskar även kapitalanskaffningskostnader.⁹⁶ Aktiebolagsrättens olika minoritetsskyddande regler har införts gradvis. Detta i samband med att luckor i lagen upptäckts och täppts igen.⁹⁷

Trots att bolagsrätten i stor utsträckning är harmoniserad mellan medlemsstaterna kan minoritetsskyddet variera stort mellan olika jurisdiktioner.⁹⁸ I princip ger en övervägande del av den svenska aktiebolagslagens bestämmelser uttryck för lagstiftarens strävan om att skydda minoritetsaktieägare. Det kan dock inte uteslutas att minoritetsskyddet stundtals missbrukas,

⁹³ Aktiebolagslagen 7 kap. 40 § och Johansson, Svante, *Bolagsstämma i svenska aktiebolag*, Stockholm: Norstedts Juridik (2018), s. 36-37.

⁹⁴ Bergström, Clas & Samuelsson, Per, *Aktiebolagets grundproblem*, 5 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik (2015), s. 131.

⁹⁵ Skog, Rolf, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, 26 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik (2020), s. 231.

⁹⁶ Skog (2020), s. 23-24.

⁹⁷ Skog (2020), s. 231.

⁹⁸ TGS Baltic, *Study on Minority Shareholders Protection*, Luxemburg: Publications Office of the European Union (2018), s. 15 och Bergström & Samuelsson (2015), s. 142

där missbruket sker på majoritetens bekostnad.⁹⁹ Bestämmelser vilka skyddar majoritetsaktieägare i bolag förutsätter att alla aktieägare agerar rationellt, ekonomiskt förnuftigt och i bolagets bästa intresse. Dock agerar likväl majoritetsägare som minoritetsägare ibland endast för eget bästa och således i strid med bolagets intresse.¹⁰⁰

För att skydda bolagets intresse och minoriteten ska aktiebolag som huvudregel syfta till att generera vinst åt bolagets aktieägare. Beslut eller åtgärder som vidtas och som uppenbart strider mot detta vinstsyfte kan klandras vid domstol.¹⁰¹ Vinstsyftet innefattar däremot olika aspekter där det inte är helt självklart hur syftet ska prövas. Exempelvis kan hänsyn tas till vid vilken tidpunkt vinsten uppkommer eller hur många aktieägare som får ta del av den totala vinsten.¹⁰²

Oenigheter mellan minoriteten och majoriteten i ett aktiebolag kan bero dels på olika uppfattningar om vad som är optimalt för bolagets framtida tillväxt, dels att majoriteten har för avsikt att sko sig på minoritetsägarna.¹⁰³ En avvägning mellan å ena sidan majoritetens rätt att effektivt bestämma över verksamheten och å andra sidan minoritetens skyddsbehov i aktiebolaget måste beaktas vid utformningen av aktiebolagsrättsliga bestämmelser. Denna intresseavvägning är en av aktiebolagsrättens största utmaningar. Avvägningen kan varken betraktas som rätt eller fel. Framgångsrika minoritetsskyddsregler ska verka för en tillräckligt välfungerande kapitalförsörjning, men samtidigt inte hindra bolagets möjlighet att effektivt bedriva sin verksamhet. Balansen skiftar över tid i och med ett dynamiskt samhällsklimat.¹⁰⁴

Nedan följer en redogörelse av relevanta minoritetsskyddsregler som finns på aktiebolagsrättens område och som sedermera kommer vara relevant vid diskussionen om minoritetsskyddet vid gränsöverskridande ombildningar.

⁹⁹ Skog (2020), s. 232.

¹⁰⁰ Beyer, Claes & Båvestam, Urban, *Är minoritetsskyddet befogat – finns det risk för minoritetsmissbruk?*, Svernlöv, Carl (red.), i *Aktiebolagens minoritetsskydd*, 7 uppl. Iustus Förlag AB, Uppsala (2008), s. 12.

¹⁰¹ Beyer & Båvestam (2008), s. 15 samt aktiebolagslagen 3 kap. 3 §.

¹⁰² Bergström & Samuelsson (2015), s. 35

¹⁰³ Skog (2020), s. 23-24.

¹⁰⁴ Johansson (2018), s. 37.

3.1 Bolagsordning

Stadgarna i aktiebolagets bolagsordning är bindande för dess ställföreträdare och organ.¹⁰⁵ Den formar aktieägarnas relation mellan varandra och till aktiebolaget.¹⁰⁶ Bolagsordningen har en konstitutionell innebörd för bolaget och syftar ofta till att skydda aktieägare. Genom utformningen av bolagsordningen kan minoritetsskyddet i regel utvidgas, samtidigt som aktiebolagslagens minoritetsskyddande bestämmelser generellt inte kan inskränkas. Detta gäller både förvaltningsrelaterade och ekonomiska rättigheter i aktiebolaget.¹⁰⁷

Aktiebolagslagen reglerar på ett uttömmande sätt vad bolagsordningen ska och får innehålla. Bolagsordningen måste innehålla vad som framgår av aktiebolagslagen 3 kap. 1 §, såsom bolagets företagsnamn, styrelsens säte, verksamhetsbeskrivning, aktiekapitalet och antalet styrelseledamöter. De fakultativa bolagsordningsstadgarna kan reglera bland annat överlåtelseförbehåll av aktier, fler ordinarie bolagsstämmor, majoritetskrav vid beslut och hur styrelsen ska tillsättas.¹⁰⁸ Bolagsordningen får föreskriva andra röstgränser för beslut än vad som framgår av aktiebolagslagen. Detta gäller vid beslut som inte utgör val. Däremot får bolagsordningen inte innehålla lägre majoritetskrav än vad lagen kräver för särskilda beslut. Det rör exempelvis beslut om nyemission, förvärv av egna aktier samt beslut om att genomföra en fusion eller delning.¹⁰⁹

Om ett beslut innebär en överträdelse mot ett villkor i bolagsordningen kan beslutet klandras vid allmän domstol. Beslutet kan därigenom ändras eller upphävas. Detta kan göras av aktieägare, styrelseledamöter, styrelsen eller verkställande direktören.¹¹⁰

3.2 Bolagsstämman

Bolagsstämman är aktiebolagets högst beslutande organ. Beslut på bolagsstämman antas genom röstning av bolagets aktieägare. I syfte att skydda minoritetsaktieägare finns flera regler

¹⁰⁵ Aktiebolagslag 8 kap. 41 § 2 st.

¹⁰⁶ Dotevall (2015), s. 167.

¹⁰⁷ Sjöman, Erik, *Bolagsordningen, aktieägaravtalet och minoriteten*, i Svernlöv, Carl (red.), *Aktiebolagens minoritetsskydd*, 7 uppl. Uppsala: Iustus Förlag (2008), s. 54-55.

¹⁰⁸ Adestam, Johan, Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslag (2005:551) 3 kap. 1 §*, avsnitt 2.1 och 2.4, Lexino lagkommentar, JUNO, hämtat: 2021-10-02.

¹⁰⁹ Aktiebolagslag 7 kap. 40 §.

¹¹⁰ Aktiebolagslag 7 kap. 50 §.

som dikterar hur bolagsstämman ska genomföras och hur vissa beslut ska antas.¹¹¹ Det är nämligen vid bolagsstämman minoritetsskyddet främst aktualiseras.¹¹²

Inledningsvis tillser kallelsereglerna att samtliga aktieägare har en rätt att bli kallad till bolagsstämman. Kallelsen ska bland annat innehålla tid och plats för stämman samt förslag på dagordning.¹¹³ Beträffande platsen ska stämman som huvudregel hållas i Sverige.¹¹⁴ Bestämmelsen om stämmans ort syftar till att aktieägare inte tillsammans med styrelsen ska förlägga mötet i ett land eller på en plats som av praktiska, ekonomiska eller andra skäl försvårar deltagandet från minoritetens sida.¹¹⁵ Aktieägare har dessutom rätt att utöva sin rösträtt via poströstning.¹¹⁶ I samband med en ökad internationalisering av aktieägandet i svenska bolag har frågan kring språkvalet på bolagsstämman uppstått. En utbredd uppfattning är att svenska språket ska användas på bolagsstämman och i bolagsstämmoprotokollet. Om samtliga aktieägare samtycker kan däremot bolagsstämman genomföras på valfritt språk.¹¹⁷

Aktiebolagslagen kräver kvalificerad majoritet för ett flertal väsentliga stämmobeslut, däribland vid ändring av bolagsordningen, minskning av aktiekapital och beslut om fusion eller delning.¹¹⁸ Särskilda majoritetskrav ställs även på stämmobeslut som behandlar när aktiebolag avser byta bolagskategori. Svenska aktiebolag kan vara antingen privata eller publika. Den största skillnaden mellan de olika aktiebolagskategorierna är att det råder annonseringsförbud för privata aktiebolag, där det är otillåtet att genom annonsering försöka sprida aktier eller andra värdepapper anknutna till bolaget. Att bryta mot annonsförbudet är allvarligt och kan medföra straffansvar.¹¹⁹ Vidare måste ett privat aktiebolag ha ett aktiekapital om minst 25 000 kronor, medan ett publikt aktiebolag måste ha ett aktiekapital om minst 500 000 kronor.¹²⁰ Vid byte av bolagskategori från privat aktiebolag till publikt krävs bifall med två tredjedelars majoritet på

¹¹¹ Bergström & Samuelsson (2015), s. 61.

¹¹² Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, 7 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik (2020), s. 204.

¹¹³ Beyer & Båvestam (2008), s. 15.

¹¹⁴ Aktiebolagslag 3 kap. 1 § och 7 kap. 15 §.

¹¹⁵ Prop. 1997/98:99 *Aktiebolagets organisation*, s. 102.

¹¹⁶ Aktiebolagslag 7 kap. 4 a §.

¹¹⁷ Beyer & Båvestam (2008), s. 15, och Johansson (2018), s. 94-95.

¹¹⁸ Aktiebolagslag 7 kap. 40 §, 20 kap. 5 §, 23 kap. 17 § och 24 kap. 19 §.

¹¹⁹ Adestam, Johan, Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslag (2005:551) 30 kap. 1 §*, avsnitt 2, Lexinfo lagkommentar, JUNO, hämtat: 2021-10-17 och aktiebolagslag 30 kap. 1 § 1 p.

¹²⁰ Aktiebolagslag 1 kap. 5 och 14 § §.

bolagsstämman.¹²¹ Vid den omvända situationen, där ett publikt aktiebolag avser att bli privat, ställs ett synnerligen högt majoritetskrav upp. Beslutet ska i så fall biträdas av samtliga närvarande aktieägare vilka företräder minst nio tiondelar av samtliga aktier i bolaget.¹²² Anledningen till det högt ställda kravet är att aktieägares möjlighet att sälja sina aktier försvåras i samband med ett byte från publikt till privat aktiebolag.¹²³ För att inte kringgå reglerna om majoritetskrav vid byte av bolagskategori har samma majoritetskrav införts för nationella och gränsöverskridande fusioner och delningar när ett publikt bolag övergår till att bli privat.¹²⁴

Vidare har aktieägare med minst en tiondel av samtliga aktier rätt att begära förordnande av särskild granskare och minoritetsrevisor under bolagsstämman.¹²⁵ Aktieägare oavsett ägarstorlek har rätt att initiera ett ärende för behandling på bolagsstämman. Denna initiativrätt ger aktieägaren utrymme att lägga fram ett förslag och sedan kräva omröstning.¹²⁶ Därjämte har varje aktieägare i aktiebolag med färre än tio aktieägare rätt att ta del bolagets räkenskaper och handlingar som rör bolagets verksamhet i syfte att ta ställning till ärenden på bolagsstämman.¹²⁷ Denna insyns rätt har till ändamål att underlätta för minoritetsaktieägare genom att tillhandahålla upplysningar som antingen kan behövas vid förhandlingar på bolagsstämman eller vid en domstolstalan.¹²⁸ Under bolagsstämman har en aktieägare rätt att, såvida det inte orsakar väsentlig skada för bolaget, begära upplysningar om förhållanden som kan påverka bedömningen av ett ärende på dagordningen eller bedömningen av bolagets ekonomiska situation.¹²⁹ Att klandra ett bolagsstämmobeslut enligt aktiebolagslagen 7 kap. 50-52 § § tillkommer också samtliga aktieägare.¹³⁰

¹²¹ Aktiebolagslag 7 kap. 42 § och 26 kap. 1 §.

¹²² Aktiebolagslag 26 kap. 6 §.

¹²³ Skog (2020), s. 243.

¹²⁴ Aktiebolagslag 23 kap. 17 § och 24 kap. 19 §.

¹²⁵ Aktiebolagslag 9 kap. 9 §.

¹²⁶ Aktiebolagslag 7 kap. 16 och 37 § § och Beyer & Båvestam (2008), s. 22-23.

¹²⁷ Aktiebolagslag 7 kap. 36 §.

¹²⁸ Sandström (2020), s. 210.

¹²⁹ Aktiebolagslag 7 kap. 32 §.

¹³⁰ Beyer & Båvestam (2008), s. 24.

3.3 Likhetsprincipen och generalklausulen

Aktiebolagsrättens likhetsprincip och generalklausul utgör några av de viktigaste minoritetsskyddsreglerna. Aktiebolagslagen 4 kap. 1 § ger uttryck för vad som benämns likhetsprincipen. Principen innebär att alla aktier har lika rätt i bolaget. Avvikelse från likhetsprincipen kan göras i bolagsordningen. Detta kan avse dels aktiernas röstfördelning, dels aktiernas ekonomiska rätt i aktiebolaget.¹³¹ Likhetsprincipen tar endast sikte på åtgärder som innebär att aktierna formellt ska likabehandlas, även om aktieägare reellt särbehandlas.¹³²

För det fallet aktieägaren reellt särbehandlas kan generalklausulen vara tillämplig. Generalklausulen i aktiebolagslagen 7 kap. 47 § berör i stället enskilda stämmobeslut för aktieägare. Bolagsstämman är förhindrad att fatta ett beslut som är ägnat att ge en otillbörlig fördel för en aktieägare eller annan som är till nackdel för bolaget eller annan aktieägare. Motsvarande regel för beslut som i stället fattats av styrelsen eller annan ställföreträdare finns också i aktiebolagslagen 8 kap. 41 §.¹³³ Generalklausulen kan tillämpas för att klandra stämmobeslut.¹³⁴

Vad angår rekvisitet ”ägnat att” behöver nödvändigtvis inte stämmobeslutet faktiskt resultera i att otillbörliga effekter uppnås. Det är den innehållsmässiga tendensen som ska bedömas och följaktligen inte utfallet. Därmed kan ett beslut klandras innan det överhuvudtaget genomförts.¹³⁵

Rörande rekvisitet ”otillbörlig” råder meningsskiljaktigheter om vad som faller under den brett formulerade bestämmelse. Framför allt huruvida ett beslut som är företagsekonomiskt riktigt och försvarligt kan uppfylla rekvisitet.¹³⁶ Det har framhävts i förarbeten och i viss doktrin att vad som är företagsekonomiskt gynnsamt för ett aktiebolag inte kan uppfylla vad som avses med otillbörlighet. Att maximera det egna kapitalet ska i samtliga situationer tillmätas avgörande vikt för de fall där en aktieägarmajoritet önskar vidta ett beslut som inte leder till att

¹³¹ Johansson (2018), s. 40.

¹³² Sandström (2020), s. 207.

¹³³ Sandström (2020), s. 207-208.

¹³⁴ Bergström & Samuelsson (2015), s. 147-148.

¹³⁵ Bergström & Samuelsson (2015), s. 150.

¹³⁶ Samuelsson, Per, *Aktiebolagslag (2005:551)*, Karnov lagkommentar till 7 kap. 47 §, JUNO, hämtat: 2021-10-07.

alla aktieägare åtnjuter samma fördelar, men som å andra sidan ökar värdet av samtliga bolagets aktier.¹³⁷ Samtidigt framhävs i annan doktrin att företagsekonomi inte kan vara normgivande och därmed inte ligga till grund för vad som är otillbörligt eller inte.¹³⁸ Denna ståndpunkt har å sin sida kritiserats med hänvisning till vinstsyftet. Eftersom aktiebolagets syfte är att generera vinst åt aktieägarna har det framförts att affärsmässiga och kommersiella skäl ofta ligger till grund för beslutsfattandet. Därmed kan tillämpningen av rekvisitet "otillbörlig" bedömas mot bakgrund av vad som är företagsekonomiskt riktigt.¹³⁹

3.4 Inlösen av minoritetsaktier

Inlösen av aktier föreskrivs på olika sätt i aktiebolagslagen. Exempelvis kan majoritetsaktieägare bli ålagd att lösa in minoritetens aktier på grund av att majoriteten missbrukar sitt inflytande, förutsatt att missbruket innebär överträdelse av lag eller bolagsordning.¹⁴⁰ Aktieägare har även en inlösenkyldighet vid missbruk gentemot andra skadelidande aktieägare om denne eller bolaget tillfogats skada.¹⁴¹ Därtill kan aktier lösas in genom minskning av aktiekapital genom indragning av aktier.¹⁴²

Ytterligare ett tillvägagångssätt är tvångsinlösen. Om en aktieägare innehar mer än nio tiondelar av aktierna i ett aktiebolag, oavsett om aktierna är behäftade med olika rösträtter, kan majoritetsägaren tvångsinlösa resterande aktier i bolaget. Denna tvångsinlösenrätt är däremot ömsesidig, varigenom en aktieägare med mer än nio tiondelar måste lösa in en minoritetsaktieägares aktier på dennes begäran.¹⁴³

Ändamålet med en lagkonstruktion inom aktiebolagsrätten som bär drag av expropriation är att underlätta för fusioner mellan moder- och dotterbolag. Dessutom ska minoriteten ha möjlighet att bli utlöst när de inte kan göra gällande innehavsberoende minoritetsrättigheter som vanligen

¹³⁷ Prop. 1973:93 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om konvertibla skuldebrev m.m.* s. 137 och Bergström & Samuelsson (2015), s. 151.

¹³⁸ Skog (2020), s. 247.

¹³⁹ Andersson, Jan & Pehrson, Lars, *Likhetsprincipen och generalklausulerna*, i Svernlöv, Carl (red.), *Aktiebolagens minoritetsskydd*, 7 uppl. Uppsala: Iustus Förlag (2008), s. 136.

¹⁴⁰ Aktiebolagslag 25 kap. 22 §.

¹⁴¹ Aktiebolagslag 29 kap. 4 §.

¹⁴² Aktiebolagslag 20 kap. 9 §.

¹⁴³ Aktiebolagslagen 22 kap. 1 §.

kräver ett innehav om minst en tiondel av aktierna i ett bolag. Därtill ska aktiebolagslagen inte motverka sunda omstruktureringar och förändringar inom näringslivet, vilket anses uppnås genom att ha en lagstadgad tvångsinlösenrätt.¹⁴⁴

Mot bakgrund av inlösenförfarandets expropriande karaktär innehåller lagen omfattande bestämmelser om lösenbeloppet och processen kring dess fastställande.¹⁴⁵ Lösenbeloppet ska fastslås till vad priset per aktie hade varit vid en försäljning under normala förhållanden. För bolag vars aktier är upptagna till handel på en reglerad marknad eller en motsvarande marknad utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet ska lösenbeloppet utgöra det noterade värdet.¹⁴⁶ Att fastställa en akties värde kan vara både svår och komplex. Fastställandet och eventuella tvister om beloppet blir ofta omfattande och kostsam.¹⁴⁷

Tvister med anledning av inlösenförfarandet eller inlösenbeloppets storlek ska avgöras i skiljedomstol.¹⁴⁸ Är inte samtliga minoritetsaktieägare överens om att utse viss skiljeman ska Bolagsverket utse en god man efter ansökan från styrelsen. Den goda mannen ska utse en gemensam skiljeman och bevaka aktieägares rätt i tvisten.¹⁴⁹ Tvisten ska bekostas av majoritetsägaren. Det inkluderar kostnader för skiljemän, god man och övriga kostnader som orsakat aktieägare.¹⁵⁰

Bestämmelserna om tvångslösenförfarandet är obligatoriska. Bolagsordningen kan således inte med bindande verkan göra avsteg från aktieägares rättighet eller skyldighet att initiera ett inlösenförfarande.¹⁵¹

¹⁴⁴ Adestam, Johan, Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslag (2005:551) 22 kap. 1 §*, avsnitt 1, Lexino lagkommentar, JUNO, hämtat: 2021-10-10.

¹⁴⁵ Adestam, Johan, Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslag (2005:551) 22 kap. 1 §*, avsnitt 1, Lexino lagkommentar, JUNO, hämtat: 2021-10-12.

¹⁴⁶ Aktiebolagslag 22 kap. 2 §.

¹⁴⁷ Adestam, Johan, Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslag (2005:551) 22 kap. 2 §*, avsnitt 1, Lexino lagkommentar, JUNO, hämtat: 2021-12-06 och Skog (2020), s. 261.

¹⁴⁸ Aktiebolagslag 22 kap. 5 §.

¹⁴⁹ Aktiebolagslag 22 kap. 8-10 § §.

¹⁵⁰ Aktiebolagslag 22 kap. 23 §.

¹⁵¹ Adestam, Johan, Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslag (2005:551) 22 kap. 1 §*, avsnitt 2, Lexino lagkommentar, JUNO, hämtat: 2021-10-12.

3.5 Skadestånd

I aktiebolagslagen ges vissa möjligheter att kräva skadestånd. Om en stiftare, styrelseledamot eller verkställande direktör i sitt uppdrag handlar uppsåtligen eller av oaktsamhet på ett sätt som skadar bolaget eller aktieägare ska vederbörande ersätta skadan.¹⁵² På samma sätt kan en aktieägare som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet tillfogar bolaget, en annan aktieägare eller någon annan genom att medverka till överträdelse av lag eller bolagsordning åläggas att ersätta skadan. Aktieägare är förvisso inte skyldig att främja bolagets intressen. I situationer där denne utnyttjar sina rättigheter måste aktieägaren däremot förhålla sig till lagen och bolagsordningen. Aktieägare som i stället röstar i strid med dessa bestämmelser kan bli ersättningsskyldig.¹⁵³ En aktieägarminoritet bestående av minst en tiondel av samtliga aktier i bolaget kan efter förslag på bolagsstämman väcka talan om skadestånd till bolaget från en av bolagets företrädare, revisor eller aktieägare. Aktieägare med minst en tiondel av samtliga aktier kan i eget namn föra talan om skadestånd till bolaget.¹⁵⁴

¹⁵² Aktiebolagslag 29 kap. 1 §.

¹⁵³ Skog (2020), s. 224 och aktiebolagslag 29 kap. 3 §.

¹⁵⁴ Beyer & Båvestam (2008), s. 20 och aktiebolagslag 29 kap. 7-9 § §.

4 Implementering av ändringsdirektivet i svensk rätt

Det är i utredningsbetänkandet *Bolags rörlighet över gränserna*, SOU 2021:18 som ett förslag presenteras om hur den svenska rätten bör implementera ändringsdirektivets innehåll. Detta gjordes efter anmodan från regeringens kommittédirektiv *Bolags gränsöverskridande rörlighet inom EU*. Utredaren har särskilt uppmanats värna om den svenska bolagsrätten och arbetsmarknadsmodellens uppbyggnad. Därtill ska utredningens lagförslag ta särskild hänsyn till skyddet för aktieägare, borgenärer och arbetstagare samt förhindra ekonomisk brottslighet. Därmed avser utredningens lagförslag att så långt som möjligt tangera den systematik och terminologi som annars används i svensk rätt, men samtidigt efterleva ändringsdirektivets krav.¹⁵⁵

Utredningen innehåller flera förslag till författningsändringar för att anpassa den svenska lagstiftningen utifrån ändringsdirektivet. Den största ändringen föreslås ske i aktiebolagslagen.¹⁵⁶ Eftersom ändringsdirektivet endast behandlar bolag med begränsat ansvar är det enbart aktiebolag som ska kunna genomföra gränsöverskridande ombildningar.¹⁵⁷ I aktiebolagslagen föreslås större förändringar i kapitel 23 avseende fusioner, kapitel 24 om delningar och slutligen ett nytt kapitel 24a rörande gränsöverskridande ombildningar.¹⁵⁸ Nedan analyseras det föreslagna kapitlet 24a i förhållande till vad som ovan sagts om EU:s harmonisering på bolagsrättens område (avsnitt 2) och aktiebolagslagens minoritetsskydd (avsnitt 3). Särskilda nedslag görs i föreslagna bestämmelser vilka jag betraktar kommer ha en särskild inverkan på minoritetsaktieägare.

4.1 Ombildningsförfarandet

4.1.1 Rättsverkningar

När ett aktiebolag genomför en gränsöverskridande ombildning flyttas det ombildade bolagets bolagsrättsliga säte till mottagarlandet utan att bolaget upplöses eller likvideras. Bolagets tillgångar och skulder övergår då till det ombildade bolaget och bolagets aktieägare blir ägare i

¹⁵⁵ Regeringens kommittédirektiv, *Bolags gränsöverskridande rörlighet inom EU*, Dir. 2019:95 (2019), s. 3-4 och SOU 2021:18, s. 219.

¹⁵⁶ SOU 2021:18, s. 5.

¹⁵⁷ Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86a.1 och SOU 2021:18, s. 448.

¹⁵⁸ SOU 2021:18, s. 448.

det ombildade bolaget.¹⁵⁹ Efter ombildningen omfattas bolaget av mottagarlandets bolagsrättsliga lagar och bestämmelser.¹⁶⁰

Utifrån vad som framkommit i avsnitt 2.3.2 om fördelarna med en harmonisering av gränsöverskridande ombildningar kan ett bolags flytt av det bolagsrättsliga sätet utgöra ett förnuftigt beslut motiverat av bredare affärs- och kapitalanskaffningsmöjligheter. De rättsverkningarna ombildningsförfarandet medför sätter emellertid det juridiska klimatet som bolagets investerare är vana vid ur spel. Eftersom bolaget efter ombildningen omfattas av mottagarlandets bolagsrätt har exempelvis inte aktieägare längre möjlighet att utifrån aktiebolagslagens bestämmelser kräva skadestånd. I stället måste en bolagsrättslig skadeståndstalan grundas på mottagarlandets lagar och regler.

Även om bolagsrätten harmoniserats inom EU finns det, som tidigare framhävts, diskrepanser mellan svenska aktiebolagsrättsliga bestämmelser och andra EU-länders lagstiftning. En gränsöverskridande ombildning av ett aktiebolag innebär därför väsentliga förändringar för en investerare som vid tidpunkten för investeringen förutsatt att det placerade kapitalet innefattar ett svenskt aktiebolag kontrollerat av den svenska rättsordningen. Mottagarlandet behöver nödvändigtvis inte ha samma regler vad gäller exempelvis majoritetskrav för vissa bolagsstämmobeslut, aktieägares initiativrätt, och bolagsordningens betydelse för minoritetsskyddet.

Ett förändrat juridiskt klimat kan även ha en praktisk inverkan på aktieägarnas ställning i bolaget. Bland annat ska bolagsstämman enligt avsnitt 3.2 hållas på svenska. Detta krav går inte att ställa om det bolagsrättsliga sätet flyttats till en annan medlemsstat. Likaså behöver stämman inte längre hållas på en ort inom Sveriges gränser. Mottagarlandet behöver nödvändigtvis inte heller ha motsvarande regler om aktieägares rätt att ta del av räkenskaper och andra handlingar som rör bolagets verksamhet. Dessutom kan mottagarlandet ha andra regler vad gäller kallelse till bolagsstämman. Därigenom riskerar aktieägares fortsatta möjlighet till medverkan och insyn försvåras i det ombildade bolaget. Problemet är i synnerhet angeläget för minoritetsaktieägare med beaktande av att det i praktiken blir majoritetsägaren eller majoritetsägarna som kan bestämma vilket land bolagets säte ska förflyttas till. Å andra sidan

¹⁵⁹ SOU 2021:18, s. 112.

¹⁶⁰ SOU 2021:18, s. 451.

kan mottagarlandet ha liknande regler vad gäller poströstning, vilket i så fall underlättar minoritetsaktieägares fortsatta medverkan.

I anknytning till gränsöverskridande ombildningars rättsverkningar kan det återigen belysas att det finns andra sätt för bolag att uppnå liknande effekter, däribland genom gränsöverskridande fusioner. Att införa ett brett minoritetsskydd vid gränsöverskridande ombildningar utan att väga det mot hur minoritetsaktieägare är skyddade vid andra förfaranden kommer endast få ytterst begränsat genomslag. Om gränsöverskridande ombildningar är förenade med ett alltför tungt minoritetsskydd i förhållande till andra förfaranden skulle en aktieägarmajoritet, vilken avser att sko sig på minoriteten, söka andra alternativ för att flytta det bolagsrättsliga sätet utomlands. Många av de avvägningar som görs nedan är därför också aktuella vad gäller andra gränsöverskridande förfaranden.

4.1.2 Otillbörligt ändamål

Bolagsverket ska förhindra aktiebolag att genomföra gränsöverskridande ombildningar om förfarandet syftar till att kringgå svensk rätt eller unionsrätt. Dessutom ska ombildningen hindras såtillvida förfarandet bedöms ha ett otillbörligt eller kriminellt ändamål.¹⁶¹ Värt att framföra är att Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet poängterade i sitt remissvar om en potentiell felaktig implementering. Ändringsdirektivet framhäver i stället att ett ombildningsförfarande ska förhindras om det genomförs för otillbörliga eller bedrägliga ändamål vilket *också* syftar till att unionsrätt eller nationell rätt kringgås.¹⁶² Ett av syftena med gränsöverskridande ombildning kan som ovan nämnts utgöras av mer fördelaktiga skattemässiga bestämmelser eller andra bolagsrättsliga regler. En gränsöverskridande ombildning som syftar till att kringgå svensk rätt borde därför i många avseenden vara förenlig med ändringsdirektivet. Nedan utgår diskussionen däremot utifrån utredningens sätt att implementera ändringsdirektivet.

Ändringsdirektivet uppger att bedömningen huruvida en gränsöverskridande ombildning har ett otillbörligt eller kriminellt ändamål ska göras genom ett förfarande i enlighet med medlemsstaternas lagstiftning. Bedömningen ska göras från fall till fall och ta avstamp i

¹⁶¹ SOU 2021:18, s. 488.

¹⁶² Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86m och Gill-Pedro, Eduardo & Selberg, Niklas, *Remiss: Bolags rörlighet över gränserna (SOU 2021:18)*, Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet (2021), s. 3-4.

relevanta sakförhållanden och andra omständigheter. Otillbörliga eller kriminella ändamål kan röra sig om exempelvis kringgående av arbetstagares rättigheter, socialförsäkringsavgifter och skatt.¹⁶³

Härvid öppnar ändringsdirektivet upp för tolkning för medlemsstaterna att förhindra gränsöverskridande ombildningar. Formuleringen ”otillbörligt ändamål” kan innefatta en rad omständigheter som medlemsstaterna kan tolka olika. Således är det beaktansvärt i vilken grad rekvisitet ”otillbörligt” kan appliceras inom ramen för att skydda minoritetsaktieägare. I sammanhanget är det i så fall dessutom relevant i vilken mån rekvisitet kan ha en likartad tillämpning som ”otillbörligt” i generalklausulen för att uppnå en begreppslig koherens.

Ändringsdirektivet exemplifierar endast vad otillbörligt ändamål kan inbegripa. Sålunda är inte de omständigheter som anges uttömmande indikationer på vad som utgör otillbörligt ändamål. Som tidigare nämnts syftar bestämmelserna kring missbruk till att skapa tillit till den inre marknaden samt att aktieägarnas rättigheter på många sätt riskerar väsentligen förändras. Om inte minoritetsaktieägare inkluderas i vad som utgör missbruk vid ombildningar riskerar investerare eventuellt att vara mer försiktiga vid investeringar och mindre benägna att träda in i en minoritetsposition. Förtroendet för aktiebolag som associationsform kan därmed försämrats och tilliten till den inre marknaden skadas. Av den orsaken är det motiverat att koppla rekvisitet otillbörligt ändamål med skyddet för minoritetsaktieägare.

En gränsöverskridande ombildning med ett otillbörligt ändamål skulle möjligtvis kunna kopplas till majoritetsägarens maktmissbruk. Exempelvis genom att flytta det bolagsrättsliga sätet endast med avsikten att hålla bolagsstämman på otillgänglig ort eller undgå skadestånd genom att försvåra för minoriteten att väcka talan med grund i svensk aktiebolagsrätt. Dessutom kan majoritetsaktieägaren ämna att generellt minska minoritetens insyn och medverkan i bolaget enligt diskussionen i avsnitt 4.1.1. Därigenom kan förfarandet ha vad som potentiellt bör betraktas som ett otillbörligt ändamål vilket också syftar till att kringgå svensk lagstiftning som avser skydda minoritetsaktieägare.

Eftersom ändringsdirektivet uttryckligen strävar efter att skydda minoritetsaktieägare och avser att erbjuda en minimiskyddsnivå vore det en rimlig tolkning att kringgående av

¹⁶³ Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86m.9 och beaktandesats 35.

minoritetsskyddsregler omfattas av rekvisitet otillbörligt. Som tidigare nämnts framhåver ändringsdirektivet därjämte att medlemsstaterna är fria att utöka minoritetsskyddet genom nationella bestämmelser. I och med att bedömningen av rekvisitet ska göras enligt ett förfarande i nationell rätt kan därför lagstiftaren uttala huruvida kringgående av minoritetsskydd i vissa fall borde uppfylla rekvisitet otillbörligt ändamål. Följaktligen kan minoritetsskyddet utökas genom att rekvisitet ”otillbörligt ändamål” fastslås även inkludera de situationer där minoritetsaktieägare förfördelas på ett oskäligt sätt.

Samtidigt förhåller sig ändringsdirektivet fortfarande till EU-domstolens utarbetade praxis. Enligt EU-domstolens mål Centros och Polbud ska ett bolag ha utrymme att flytta till det land med förmånligast bolagsrättsliga regler. I det innefattas av praktiska skäl möjligen bolagets rätt att välja en jurisdiktion med färre minoritetsregler. Det har framhävts att ett bolags effektiva tillväxt kan stävjas med anledning av tungrodda minoritetsregler, samtidigt som en gränsöverskridande ombildning kan hjälpa bolag att frodas i en alltmer affärsvänlig miljö. Därför är det inte otänkbart att ett bolags rörlighet över gränserna motiveras med en större chans till effektiv tillväxt genom mottagarlandets lägre minoritetsskydd. Ökad tillväxt på den inre marknaden är syftet med ändringsdirektivet och etableringsfrihetens grundpelare.

Om det dessutom var önskvärt från EU att kringgående av minoritetsskydd utgör ett otillbörligt ändamål borde minoritetsaktieägare framhävts i ändringsdirektivet som en skyddsvärd intressegrupp vid exemplifieringen. Mot bakgrund av vad som framgått i föregående stycket om medlemsstaters uttryckliga utrymme att utöka minoritetsskyddet, bör det däremot sammantaget vara förenligt med ändringsdirektivet och etableringsfriheten att i vissa situationer inkludera minoritetsaktieägare som intressegrupp vid tillämpningen av rekvisitet ”otillbörligt ändamål”. Det finns emellertid skäl till att tillämpa rekvisitet med försiktighet.

Som framhållits i uppsatsens del beträffande aktiebolagsrättens generalklausul är rekvisitet ”otillbörligt” väsentlig vid bedömningen av generalklausulens tillämpbarhet. Förutsatt att ”otillbörligt ändamål” omfattar minoritetsskydd enligt diskursen ovan och rekvisitet ska appliceras vid likartade situationer, torde ledning om hur rekvisitet ska tolkas kunna hämtas ur vad rättskällorna framhåvt om generalklausulens tillämpning.

Det innebär en osäkerhet vid den nationella rättstillämpningen när ändringsdirektivet inte förklarar breda begrepp likt ”otillbörligt”. Det förefaller därför relevant för minoritetsaktieägare

att klargöra huruvida ”otillbörligt ändamål” kan appliceras likt generalklausulen. I syfte att uppnå aktiebolagsrättslig koherens kan det vara påkallat att tillämpa begreppet på ett likartat sätt inom ramen för de olika paragraferna. Begreppslig koherens resulterar i ett mer enhetligt och förutsebart rättsläge.

Det är heller inte otänkbart att generalklausulen dessutom kan komma att tillämpas för att angripa ett bolagsstämmobeslut om att genomföra en gränsöverskridande ombildning. I händelse av att ett beslut om en ombildning är ägnat att ge en otillbörlig fördel åt majoritetsaktieägare som är till nackdel för minoritetsaktieägare, kan de olika reglerna potentiellt överlappa varandra. Detta med hänsyn till om exempelvis beslutet är ägnat att minska vissa aktieägares möjlighet till insyn och medverkan i bolaget. Det motiverar varför rekvisiten bör tolkas lika. Tillämpningen av rekvisitet ”otillbörlig” enligt generalklausulen är samtidigt omstridd, vilket påvisas genom diskursen om vad som gäller för de fall ett beslut är företagsekonomiskt riktigt. Av den anledningen riskerar även tillämpningen av ”otillbörligt ändamål” bli omdiskuterad. Att tydliggöra rekvisitets omfattning genom en enhetlig tillämpning kommer därför skapa ett mer förutsebart rättsläge och kan följaktligen främja minoritetsskyddet. Totalt sett är det således motiverat med en samstämmig tillämpning mellan ”otillbörligt ändamål” och ”otillbörlig” enligt de olika paragraferna.

Sammantaget finns det utrymme att tillämpa ”otillbörligt ändamål” när en gränsöverskridande ombildning syftar till att sko sig på minoritetsaktieägare. Därigenom kan minoritetsskyddet breddas. Det går även att argumentera för att rekvisitets tillämpning ska likna generalklausulens applicering. En sådan samstämmig tillämpning av rekvisitet ”otillbörligt ändamål” skulle öka rättssäkerheten och därigenom minoritetsskyddet.

4.1.3 Bolagsverkets begäran av uppgifter från enskilda aktieägare

Utredningen bedömer att det ankommer Bolagsverket med de befogenheter som redan anges i lagen att granska gränsöverskridande ombildningar. Bolagsverket ska i varje enskilt ärende inhämta uppgifter från andra myndigheter om det bolaget som avser ombildas.¹⁶⁴ Uppgifter får också begäras från andra myndigheter och enskilda.¹⁶⁵

¹⁶⁴ SOU 2021:18, s. 333-334.

¹⁶⁵ SOU 2021:18, s. 195-196.

Mot bakgrund av att ändringsdirektivet anger att bedömningen av otillbörligt och kriminellt ändamål ska göras utifrån ett förfarande som regleras i nationell lagstiftning finns det i förevarande situation utrymme att bredda Bolagsverkets underlag till fördel för minoritetsaktieägarna. Bolagsverket kan inom sitt utredningsansvar begära uppgifter från annan enskild, det vill säga aktieägare. Med avsikt att stärka minoritetsaktieägares position vid gränsöverskridande ombildningar kan sålunda Bolagsverket åläggas att tillfråga aktieägarna i bolaget om deras ståndpunkt till förfarandet. Minoritetsaktieägare skulle härav tillåtas yttra sig om de anser att majoritetsaktieägare missbrukar bolagets rätt att röra sig över gränserna och, utifrån diskursen ovan, att förfarandet har ett otillbörligt ändamål. Sammantaget kan detta vidga minoritetsaktieägares medverkan vid gränsöverskridande ombildningar, vilket på så sätt stärker minoritetsskyddet.

4.2 Ombildningsplan

För att genomföra en gränsöverskridande ombildning krävs att en ombildningsplan upprättas. Det är aktiebolagets styrelse som enligt utredningen ska ha som uppgift att upprätta planen. Ombildningsplanen syftar till att utgöra det primära underlaget vid beslutet om ombildning under bolagsstämman. För att ombildningsplanen ska kunna godkännas måste den beröra vissa angelägenheter. Dessa inkluderar exempelvis tidsplanen för ombildning, rätt till inlösen för aktieägare, inlösensbeloppet och konsekvenser för sysselsättningen inom bolaget. I förekommande fall ska ombildningsplanen även inkludera stiftelseurkunden och bolagsordningen för det ombildade bolaget.¹⁶⁶ Ombildningsplanens innehåll ska åtminstone innehålla vad ändringsdirektivet uppger, där de nämnda angelägenheterna bland annat inkluderas.¹⁶⁷ Bolagsverket ska avslå en ansökan om att verkställa ombildningsplanen för de fall planen inte har godkänts i behörig ordning eller strider mot lag.¹⁶⁸

Ombildningsplanen lär ha en väsentlig inverkan på aktieägares medverkan och insyn vid gränsöverskridande ombildningar. I och med att styrelsen ska tillhandahålla aktieägarna den föreslagna ombildningsplanen minst sex veckor innan bolagsstämman, har aktieägarna god tid att studera förslaget och ta ett välgrundat beslut på bolagsstämman. Följaktligen är det av stor vikt att ombildningsplanen innehåller tillräcklig information för att aktieägarna ska ta ett så

¹⁶⁶ SOU 2021:18, s. 246 och 456.

¹⁶⁷ Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86d.

¹⁶⁸ SOU 2021:18, s. 109.

välgrundat beslut som möjligt. Eftersom ändringsdirektivet endast föreskriver vad medlemsstater åtminstone måste lagstifta om vad gäller ombildningsplanens innehåll återfinns ett spelrum att utvidga kravet på vad ombildningsplanen ska innehålla. För att ytterligare informera aktieägarna om förfarandets konsekvenser kan det i ombildningsplanen exempelvis krävas en sammanfattning av ombildningens kostnad för bolaget och ombildningens skattemässiga konsekvenser för aktieägare. Sammantaget kan ombildningsplanen formas och utöka minoritetsskyddet utifrån lagstiftarens önskemål.

I sammanhanget är det också värt att beakta aktieägares initiativrätt och rätt att begära upplysningar vid bolagsstämman. Eftersom aktieägare under bolagsstämman har rätt att ställa frågor och begära ytterligare information från ledningen kan de på eget bevåg komplettera underlaget inför omröstningen. Följaktligen är inte aktieägarnas insyn vid ombildningsförfarandet helt beroende av den information styrelsen valt att inkludera i ombildningsplanen.

4.3 Redogörelse

Aktiebolagets styrelse ska upprätta en redogörelse som beskriver de omständigheter som kan vara av betydelse vid Bolagsverkets bedömning av ombildningens lämplighet. Den ska särskilt innehålla konsekvenser för bolagets framtida verksamhet och ombildningens sannolika innebörd för borgenärerna.¹⁶⁹ Är inte redogörelsen tillräcklig kan Bolagsverket förelägga bolaget att inkomma med ytterligare uppgifter eller avslå ansökan om ombildning.¹⁷⁰

Redogörelsen ska innehålla en specifik del för information till aktieägare. Informationen ska beröra vilka konsekvenser ombildningen innebär för aktieägare, aktuellt inlösenbeloppet för aktierna och vilken metod som använts för att fastställa beloppets storlek.¹⁷¹ Redogörelsen ska också innehålla information om hur aktieägare ska gå till väga för att utöva sin inlösenrätt. Detta innebär att redogörelsen ska konkretisera närmare hur en aktieägare kan utnyttja sina rättigheter vid ombildningsförfarandet, således ska förfarandets olika rättsliga och praktiska steg beskrivas.¹⁷² Redogörelsen ska finnas tillgänglig för aktieägarna minst sex veckor före

¹⁶⁹ SOU 2021:18, s. 103.

¹⁷⁰ SOU 2021:18, s. 108.

¹⁷¹ SOU 2021:18, s. 103.

¹⁷² SOU 2021:18, s. 103 och 694.

bolagsstämman hålls.¹⁷³ Beträffande ombildningens innebörd för aktieägarna preciserar inte ändringsdirektivet exakt vilka konsekvenser redogörelsen ska innehålla. Utredningen skriver att redogörelsen förslagsvis kan klargöra aktieägares framtida möjlighet att delta i stämmoförfarande eller utövningen av minoritetsrättigheter.¹⁷⁴

Redogörelsen, tillsammans med ombildningsplanen, utgör det väsentliga underlaget för aktieägares beslut. Av den anledningen är det av stor betydelse vilka krav som ska ställas på den information som måste uppges i redogörelsen. Eftersom ändringsdirektivet inte går närmare in på vilka konsekvenser som bör inkluderas i styrelsens redogörelse bör det ligga inom medlemsstaternas diskretion att konkretisera redogörelsens innehåll.

Utredningens slutsats om att konsekvenserna för aktieägare är kopplat till minoritetsrättigheter främjar minoritetsskyddet vid gränsöverskridande ombildningar. Som framhävts ovan riskerar aktieägares rättigheter många gånger förändras vid en gränsöverskridande ombildning. Om aktieägarna presenteras med tydlig information om hur deras framtida rättigheter påverkas i samband med ombildningen kan ett mer välgrundat beslut fattas. Speciellt eftersom det eventuellt kan vara svårt för varje enskild aktieägare att undersöka sina framtida rättigheter som aktieägare i det ombildade bolagets jurisdiktion. Med anledningen av att bereda aktieägarna ett tillfredsställande skydd vid ombildningar är det således relevant att framhäva minoritetsrättigheter i styrelsens redogörelse.

Därav uppstår frågan vilka minoritetsrättigheter som ska inkluderas i styrelsens redogörelse. Som utredningen framhäver är möjligheten att delta i stämmoförfarande ett förslag på sådan rättighet. Inspiration om vad redogörelsen ytterligare ska innehålla kan hämtas från vad som framkommer i uppsatsens avsnitt om minoritetsskyddet i svensk aktiebolagsrätt. Väsentliga bestämmelser som är tänkbara att uppges i redogörelsen kan exempelvis vara röstmajoritetsbestämmelser vid särskilda beslut, möjlighet att utse minoritetsrevisor, utrymme att få sina aktier inlösta och huruvida en enskild aktieägare kan väcka talan mot ett bolagsorgan. I redogörelsen skulle det därigenom nödgas en förklaring hur särskilda minoritetsskyddsreglerna påverkas eller, i somliga fall, bortfaller i sin helhet.

¹⁷³ SOU 2021:18, s. 106.

¹⁷⁴ SOU 2021:18, s. 694.

Dessa framhållna exempel på minoritetsskydd är till stor del tydliga och mätbara. Det avgörande beror vanligen på om minoriteten uppnår ett visst röstantal eller andel av totala utgivna aktierna. Det blir mer problematiskt för minoriteten att värdera och ta ställning till vad som i förekommande fall motsvarar tillämpningen av mer abstrakta aktiebolagsrättsliga bestämmelser. Det kan röra sig om exempelvis likhetsprincipen, generalklausulen och vinstsyftet. Reglerna har en central betydelse för svensk aktiebolagsrätt och dess tillämpning har många gånger formats genom förarbeten, praxis och doktrin.

Fastän vissa investerare möjligen är välbekanta med den svenska tillämpningen av utarbetade minoritetsregler, kan det vara svårt att tillägna sig mottagarlandets tillämpning av svårtolkade minoritetsskyddsregler. I varje fall inom den tidsram om sex veckor som aktieägare ges. Det förefaller inte heller rimligt att styrelsen skulle behöva författa en redogörelse som omfattar hela mottagarlandets motsvarande aktiebolagsrätt och dess applicering för aktieägare. Sådana åtgärder hade möjligtvis oproportionerligt försvårat genomförandet av gränsöverskridande ombildningar.

I syfte att skydda minoritetsaktieägare kan sammanfattningsvis ett förtydligande göras om vad styrelsens redogörelse ska innehålla för att anses vara tillräckligt utförlig med avseende på minoritetsrättigheter. Detta kan antingen göras i lag eller förarbeten. Motsvarande bestämmelser som är av mer abstrakt eller principiell karaktär i mottagarlandets rättsordning riskerar däremot fortfarande vara svåra för aktieägare att tillägna sig under betänketiden.

4.4 Beslut vid bolagsstämman

4.4.1 Omröstning

Ett beslut om att genomföra en gränsöverskridande ombildning måste tas vid aktiebolagets bolagsstämma. Vid bolagsstämman krävs att beslutet biträds av aktieägare med minst två tredjedelar av såväl de avgivna rösterna som de aktier som är företrädda vid stämman. Följaktligen krävs en kvalificerad majoritet för att genomföra en gränsöverskridande ombildning. Förutsatt att det finns aktier av olika slag gäller samma majoritetskrav inom varje enskilt aktieslag. Utredningen framhäver att det av systematiska skäl talar för att majoritetskravet vid gränsöverskridande ombildning ska motsvara vad som generellt gäller för bolagsordningsändringar, fusioner och delningar.¹⁷⁵ Ändringsdirektivet tillåter

¹⁷⁵ SOU 2021:18, s. 472-473.

medlemsstaterna att välja själva att implementera ett krav på kvalificerad majoritet om minst två tredjedelar och högst nio tiondelar. Under alla omständigheter får däremot majoritetskravet inte vara högre än vad som gäller för gränsöverskridande fusioner.¹⁷⁶

Ett effektivt sätt att utöka minoritetsskyddet kan vara att höja kravet på kvalificerad majoritet. Krav på kvalificerad majoritet tillämpas som tidigare nämnts vid särskilt viktiga stämmobeslut. I förhållande till ombildningars väsentliga inverkan på bolagets framtida verksamhet och andra beslut som kräver samma majoritetskrav kan det upplevas motiverat med ett högre majoritetskrav. Därigenom hade det krävts att antingen fler aktieägare är övertygade om att ombildningsförfarandet är gynnsamt för bolagets framtida verksamhet eller att en majoritetsägare har en ännu större andel i bolaget.

Som utredningen beskriver röstgränsen är det av systematiska skäl däremot motiverat med två tredjedelars majoritet. Påståendet kan anses befogat, framför allt när gränsöverskridande fusioner haft samma majoritetskrav under en längre period. Gränsöverskridande fusioner kan som konstaterat användas som ett instrument för att i praktiken åstadkomma en gränsöverskridande ombildning. Gränsöverskridande fusioner verkar ännu inte använts i skadligt hänseende mot minoriteten i någon nämnvärd utsträckning. Trots att ett majoritetskrav om två tredjedelar tillämpats. Det kan motivera varför ett majoritetskrav med samma andelsförhållande vid gränsöverskridande ombildning är rimligt. I enlighet med tidigare rättstradition kan det därför förefalla logiskt med ett krav om två tredjedelars majoritet på bolagsstämman för att bifalla beslut om gränsöverskridande ombildningar.

Det har å andra sidan förklarats hur det föreligger vissa hinder att använda gränsöverskridande fusioner som ett instrument för att uppnå en gränsöverskridande ombildning. Det nya harmoniserade regelverket avser underlätta för aktiebolag att genomföra gränsöverskridande ombildningar för att undanröja dessa hinder. Följaktligen kan det inte uteslutas att gränsöverskridande ombildningar med ett kvalificerat majoritetskrav om två tredjedelar kan komma att förfördela minoritetsaktieägare. Samtidigt finns det skäl att kritisera majoritetskravets förenlighet med aktiebolagsrättens tidigare rättstradition på andra grunder.

¹⁷⁶ Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86h.

Utredningens lagförslag innehåller inget som förhindrar en majoritet från att kringgå det högt uppställda majoritetskravet vid byte av bolagskategori från publikt till privat aktiebolag genom en gränsöverskridande ombildning. I stället kan det upplevas anmärkningsvärt att resultatet av lagförslaget potentiellt leder till att det ställs högre majoritetskrav på att omvandla ett svenskt publikt aktiebolag till ett svenskt privat aktiebolag, än att ombilda ett svenskt publikt aktiebolag till ett motsvarande privat aktiebolag i en annan medlemsstat. Främst med hänsyn till det mycket högt ställda majoritetskravet vid kategoribytet och att aktieägarnas möjlighet till att avyttra aktierna försämras på grund av spridningsförbudet.

Ändringsdirektivet ger ingen ledning för hur den uppstådda problematiken kan åtgärdas. I och med lagförslagets olyckliga resultat tåls det att diskuteras huruvida ett likartat majoritetskrav för gränsöverskridande ombildningar vid byte av bolagskategori strider mot EU-rätt. Initialt uppställs ett hinder i ändringsdirektivet angående vilken majoritetströskel medlemsstaterna överhuvudtaget får lagstifta om. Först och främst måste majoritetskravet utgöra minst två tredjedelar, men högst nio tiondelars majoritet. Att således föreskriva ett krav med samtliga aktieägares samtycke, vilket gäller vid byte av bolagskategori från publikt till privat aktiebolag, för de fall en gränsöverskridande ombildning i praktiken innebär ett kategoribyte strider mot ändringsdirektivet.

Därav övergår diskussionen till huruvida ett majoritetskrav om nio tiondelar vid byte av bolagskategori genom gränsöverskridande delningar eller ombildningar kan införas. Som tidigare nämnts får majoritetskravet under alla omständigheter inte vara högre än vad som föreskrivs för gränsöverskridande fusioner. Med hänsyn till ändringsdirektivets formulering ”under alla omständigheter”, borde det rimligen tolkas som att det aldrig får ställas ett högre majoritetskrav vid gränsöverskridande ombildningar jämfört med vilken gränsöverskridande fusion som helst. Uttrycket lämnar inte mycket rum för medlemsstaternas egen tolkning eller undantag. Eftersom ett majoritetskrav om två tredjedelar gäller vid gränsöverskridande fusioner kan det aldrig föreskrivas ett högre krav vid gränsöverskridande ombildningar, oavsett om förfarandet innebär ett byte av bolagskategori.

I EU-domstolens praxis har tvingande hänsyn till allmänintresset tidigare använts som argument för att motivera nationella åtgärder som begränsat bolags rörlighet över gränserna. Innan ändringsdirektivets ikraftträdande hade det således eventuellt varit möjligt att införa ett högre majoritetskrav vid gränsöverskridande ombildningar som resulterar i ett kategoribyte

med hänsyn till att skydda minoritetsaktieägare. Som framhållits i avsnitt 2.5 kan tvingande hänsyn till allmänintresset svårligen åberopas för att motivera åtgärder som hämmar etableringsfriheten vid gränsöverskridande ombildningar. Området är emellertid numera harmoniserat samt att formuleringen ”under alla omständigheter” gör att ett särskilt högt majoritetskrav vid kategoribyte är direkt oförenligt med ändringsdirektivet. Därmed kan inte tvingande hänsyn till allmänintresset motivera högre majoritetskrav när en gränsöverskridande ombildning resulterar i ett byte av bolagskategori.

Sammantaget är medlemsstaterna förhindrade att införa ett differentierat majoritetskrav när en gränsöverskridande ombildning innebär ett byte av bolagskategori. Den lösningen som står lagstiftaren till förfogande för att utöka minoritetsskyddet är att höja majoritetskravet vid fusionsförfaranden. Lösningen kan dock framstå som oproportionerlig. Det skulle medföra stora konsekvenser för fusionsförfaranden och endast åtgärda den snäva problematik som vissa gränsöverskridande ombildningar kan orsaka. Följaktligen utgör problematiken en rättslig inkohärens som svårligen kan lösas på nationell nivå utan att drastiskt förändra aktiebolagsrättens systematik vad gäller fusioner.

4.4.2 Bolagsordningsföreskrifter om gränsöverskridande ombildningar

Vid bolagsstämmobeslut som berör annat än val krävs mer än hälften av de avgivna rösterna på bolagsstämman. Detta gäller såvida lag eller bolagsordningen inte föreskriver annat.¹⁷⁷ Vid omröstning om nationell fusion eller delning krävs två tredjedelars majoritet. Majoritetskravet för nationella fusioner är densamma som vid gränsöverskridande fusioner, och kommer förslagsvis vara densamma vid gränsöverskridande delningar.¹⁷⁸ Kravet på två tredjedelars majoritet vid omröstning om fusioner och delningar kan ändras i bolagsordningen, däremot enbart genom att majoritetskravet ställs högre än vad som föreskrivs i aktiebolagslagen.¹⁷⁹

Eftersom det är möjligt att endast föreskriva högre krav för gränsöverskridande fusioner, och förslagsvis för gränsöverskridande delningar, borde samma rimligen gälla för gränsöverskridande ombildningar. Dock föreslår inte utredningen att revidera aktiebolagslagens paragraf som reglerar bolagsordningens enkelriktade utrymme att uppställa

¹⁷⁷ Aktiebolagslag 7 kap. 40 §.

¹⁷⁸ Aktiebolagslag 23 kap. 17, 36 § § och SOU 2021:18, s. 80.

¹⁷⁹ Aktiebolagslag 7 kap. 40 § 2 st.

högre röstgränser. Bolagsordningen får som nämnts innehålla andra majoritetskrav vid beslut. I enlighet med aktiebolagslagen föreligger därmed en risk att bolagsordningen efter utredningens lagförslag kan stadga andra majoritetskrav än två tredjedelars majoritet vid gränsöverskridande ombildningar, både högre och lägre.

Med beaktande av hur fusioner och delningar får regleras i bolagsordningen kan paragrafen som reglerar bolagsordningens behörighet att föreskriva andra majoritetskrav ändras för att därigenom utöka minoritetsskyddet. Detta skulle även resultera i en aktiebolagsrättslig likformighet mellan de olika förfarandena. Således kan lagen stipulera att bolagsordningen inte får föreskriva ett lägre krav på majoritet vid beslut om gränsöverskridande ombildningar. Det skulle stärka minoritetsaktieägarnas position och proaktivt utöka skyddet vid gränsöverskridande ombildningar.

4.4.3 Bolagsordningen som avslagsgrund

I anknytning till bolagsordningsföreskrifter som skyddar minoritetsaktieägare är det relevant att diskutera huruvida Bolagsverket kan avslå en ombildningsansökan på grund av bolagsordningens stadgar. En ansökan om att genomföra en nationell fusion eller delning ska avslås av Bolagsverket om förfarandet strider mot lag eller aktiebolagets bolagsordning.¹⁸⁰ Detsamma gäller vid gränsöverskridande fusioner och föreslås också gälla vid gränsöverskridande delningar.¹⁸¹ Ändringsdirektivet ger medlemsstaterna mandatet vid alla gränsöverskridande förfaranden att utse en nationell inrättning som prövar förfarandets lagenlighet och att alla lämpliga formaliteter har fullgjorts.¹⁸² I likhet med vad som gäller för gränsöverskridande fusioner och föreslås gälla för gränsöverskridande delningar finns därmed utrymme utifrån ändringsdirektivet att lagstifta om att bolagsordningens föreskrifter ska utgöra ett hinder även vid gränsöverskridande ombildningar.

Utredningens lagförslag innehåller emellertid inte samma avslagsgrund för gränsöverskridande ombildningar. Eftersom utredningen föreslår att Bolagsverket ska avslå en ansökan vid gränsöverskridande delningar som strider mot bolagsordningen vore det logiskt om detsamma gällde beträffande gränsöverskridande ombildningar. Som framgått tidigare uppställer

¹⁸⁰ Aktiebolagslag 23 kap. 21 § och 24 kap. 23 §.

¹⁸¹ Aktiebolagslag 23 kap. 36 § och SOU 2021:18, s. 80.

¹⁸² Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86m.1, 160m.1 och Direktiv (EU) 2017/1132 artikel 127.1.

bolagsordningen viktiga regler för aktiebolagets verksamhet och relationen med aktieägarna. Med tanke på att bolagsordningen ofta syftar till att skydda aktieägare kan avslagsgrunden också gälla vid gränsöverskridande ombildningar för att utöka minoritetsskyddet. Det hade dessutom varit ett effektivt sätt att förhindra gränsöverskridande ombildningar där investerare, som placerat i bolag med förutsättningen att bestämmelserna i bolagsordningen ska följas, skyddas från att det bolagsrättsliga sätet flyttas utanför Sveriges gränser. I enlighet med gränsöverskridande fusioner som redan finns reglerat i Sverige är det förenligt med rådande rättstradition om Bolagsverket ges utrymme att avslå ansökan med hänsyn till innehållet i bolagsordningen. Sammanfattningsvis kan därmed aktieägarskyddet utökas genom att bolagsordningens stadgar utgör en avslagsgrund vid gränsöverskridande ombildningar.

4.5 Inlösenrätt

4.5.1 Inlösenrättsförfarandet vid gränsöverskridande ombildningar

Det primära skyddet en aktieägare har vid gränsöverskridande ombildningar är en rätt att lösa in sina aktier. Om en aktieägare vid en gränsöverskridande ombildning önskar få sina aktier inlösta i stället för att fortsättningsvis vara aktieägare i det ombildade bolaget har aktieägaren rätt till det.¹⁸³ Inlösenbeloppet ska grundas på allmänt accepterade värderingsmetoder. Om inlösenbeloppet i ombildningsplanen inte utgör ett adekvat vederlag är aktieägaren berättigad till ytterligare ersättning. Aktieägare som avser att väcka talan mot bolaget om förhöjt inlösenbelopp ska göra detta inom en tidsfrist om tre månader från det att bolagsstämman godkände ombildningsplanen. Det är i den situationen endast aktieägarna eller aktieägaren som väckt talan som kan erhålla ytterligare ersättning.¹⁸⁴

Inlösen av aktier är som tidigare nämnts inget främmande element inom aktiebolagsrätten. Utredningen diskuterar särskilt frågan rörande tvister som uppkommer med anledning av inlösenförfarandet och stipulerar att det vid gränsöverskridande ombildningar inte bör utformas likt tvångsinlösen enligt aktiebolagslagen 22 kap.¹⁸⁵ I stället föreslår utredningen att aktiebolagslagen 20 kap. om minskning av aktiekapital rimligen ska appliceras på ett liknande sätt vid inlösenförfarandet för fusion och att detsamma därmed ska gälla beträffande gränsöverskridande ombildningar. Därmed ska inlösenförfarandet innebära indragning av

¹⁸³ SOU 2021:18, s. 113, 284 och direktiv (EU) 2019/2121 beaktandesats 18.

¹⁸⁴ SOU 2021:18, s. 293-294.

¹⁸⁵ SOU 2021:18, s. 297-298.

aktier genom minskning av aktiekapitalet vilket utgör en transaktion mellan aktieägaren och bolaget. Resonemanget tar avstamp i fusionens verkan av att innehavet i det överlåtande bolaget inte representerar något värde i och med att bolaget ska upplösas. I och med att förfarandet ska likna minskning av aktiekapital förklarar utredningen att tvister inom ramen för inlösningsförfarandet således ska prövas i allmän domstol och att allmänna regler om fördelning av rättegångskostnader bör gälla.¹⁸⁶ Utredningen bedömer att inlösenförfarandets tillvägagångssätt inte behöver regleras i lag.¹⁸⁷ Ändringsdirektivet kommenterar i detta avseende endast att det är medlemslandet till det utgående bolaget som har exklusiv behörighet att lösa tvister som rör inlösenförfarandet.¹⁸⁸

Mot bakgrund av att inlösenförfarandet utgör vad som uttrycks i både utredningens lagförslag och ändringsdirektivet som det främsta skyddet för aktieägare framstår det som besynnerligt att inte den föreslagna lagen inkluderar tydliga riktlinjer för hur förfarandet exakt ska genomföras. Eftersom aktiebolagslagen innehåller olika metoder för inlösen kan det förefalla otydligt hur aktieägare ska tillvarata sina rättigheter vid en gränsöverskridande ombildning.

Den argumentationslinje som anförs i utredningen om fusionens verkan kan inte anses lämplig vid gränsöverskridande ombildningar. Bolaget står emellertid inte inför någon upplösning och fortsatt ägande i bolaget är fortfarande förknippat med ett ekonomiskt värde. Trots att orsakerna till varför utredningen anser att minskat aktiekapital är den rimligaste tolkningen inte lämpligen gäller gränsöverskridande ombildningar, har inte utredningen tydliggjort någon annan uppfattning. Vid gränsöverskridande ombildningar torde därför förfarandet genom minskning av aktiekapital vara närmast tillhands för hur inlösen av aktier ska hanteras.

Oavsett vilket förfarande som används är det av betydelse för minoritetsaktieägare att klargöra i lag vilket tillvägagångssätt som bör tillämpas genom att föreskriva det i aktiebolagslagen. Det skulle resultera i en mer rättssäker tillämpning vid inlösenförfarandet inom ramen för gränsöverskridande ombildningar. Följaktligen hade det gynnat aktieägares insikt i hur de kan ta vara på sina rättigheter vid ombildningsförfarandet om inlösenförfarandet fastställdes i lag.

¹⁸⁶ SOU 2021:18, s. 302 och aktiebolagslagen 20 kap. 1-9 § §.

¹⁸⁷ SOU 2021:18, s. 475.

¹⁸⁸ Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86i.5.

4.5.2 Tvångsinlösenförfarandets vägledning vid gränsöverskridande ombildningar

Som nämnts ovan avskriver utredningen att inlösenförfarandet ska efterlikna tvångsinlösen enligt aktiebolagslagen 22 kap. Detta är på grund av att tvångsinlösenförfarandet har expropriativa inslag, vilket framhävs inte existerar vid gränsöverskridande förfaranden. Därav ska inte förmånliga bestämmelser om kostnadsansvar eller utseende av god man gälla för minoritetsaktieägare.¹⁸⁹

Det finns däremot anledning att problematisera utredningens uppfattning om gränsöverskridande förfarandens avsaknad av expropriativa inslag. Som nämnts i avsnitt 2.3.1 resulterade införandet av inlösenrätt vid gränsöverskridande fusioner ofta i att aktieägarna frekvent stod mellan valet att behålla aktier i en okänd rättslig miljö eller acceptera en ersättning under marknadspris. Det går inte att utesluta att minoritetsaktieägare kommer ställas inför samma val vid implementeringen av gränsöverskridande ombildning för de fall det erbjudna inlösenbeloppet är lågt. Återigen kan därför det expropriativa inslaget anses återspeglas vid gränsöverskridande ombildningars inlösenförfarande.

Tvångsinlösen enligt aktiebolagslagen 22 kap. kräver nio tiondelars majoritet, medan en gränsöverskridande ombildning kräver det förhållandevis låga majoritetskravet om två tredjedelars majoritet. Mot bakgrund av att minoritetsägarnas inlösenrätt respektive inlösen skyldighet är obligatoriskt och inte kan bortfalla, framstår det som om lagstiftaren bedömt att nio tiondelars majoritet utgör en balanserad majoritetsgräns vid tvångsinlösen. Det är således lättare för majoritetsaktieägare att utnyttja gränsöverskridande ombildningar som instrument för att tvinga ut minoritetsaktieägare.

Enbart det faktum att aktiebolaget övergår till att regleras av en främmande jurisdiktion kan förmå minoritetsaktieägare med begränsat engagemang i ett bolag att känna sig tvungna att lösa in sina aktier. Dessutom kan inlösenförfarandet skapa en kretsgång där flera aktieägares avsikt att lösa in sina aktier kan medföra en sinande kassa och i värsta fall likviditetsproblem. Eftersom inlösenförfarandet kan innebära stora kostnader, vilket ska ersättas i likvida medel, utgör andra aktieägares utnyttjande av inlösenförfarandet ett skäl att som minoritetsaktieägare också träda ur bolaget. Därtill är det tänkbart att aktier, vilka är anknutna till ett aktiebolag som genomgår ett ombildningsförfarande, inte är särskilt eftertraktade på en marknad eller hos en

¹⁸⁹ SOU 2021:18, s. 297.

potentiell köpare på grund av nyss nämnda anledningar. Detta försvårar för en aktieägare att sälja sina aktier. Följaktligen utgör flytten till en främmande jurisdiktion, stora kostnader för bolaget och försvårande av en aktieförsäljning skäl till att vissa minoritetsaktieägare kan komma att lösa in sina aktier snarare än att fortsättningsvis vara aktieägare i det ombildade bolaget.

Sammantaget finns det anledning till att betrakta gränsöverskridande ombildningar som ett förfarande vilket bär inslag av expropriation. I syfte att stärka minoritetsaktieägars position finns det följaktligen skäl att reglera inlösenförfarandet vid gränsöverskridande ombildning likt tvångsinlösen enligt aktiebolagslagen 22 kap. Det skulle medföra att inlösenförfarandet präglas av gynnsammare regler för aktieägarminoriteten vad gäller exempelvis fördelningen av rättegångskostnader och förordnande av god man.

4.5.3 Adekvat och ytterligare ersättning vid inlösen av aktier

Ändringsdirektivet föreskriver att medlemsstaterna ska säkerställa att aktieägare erhåller adekvat ersättning vid inlösen av aktier. Vidare konstateras att medlemsstaterna kan bestämma att ett slutgiltigt beslut om att ge ytterligare ersättning ska gälla för alla aktieägare som anmält sitt beslut att utöva sin inlösenrätt.¹⁹⁰

Enligt utredningen ska ombildningsplanen innehålla inlösenbeloppet och den metod som använts för att fastställa det aktuella beloppet. En revisor ska granska ombildningsplanen och ge ett utlåtande om inlösenbeloppet är adekvat eller inte.¹⁹¹ Såttillvida inlösenbeloppet i ombildningsplanen inte är adekvat har aktieägare som utnyttjat sin rätt till inlösen också rätt till ytterligare ersättning. I så fall har aktieägare rätt att väcka talan mot bolaget inom tre månader från det att ombildningsplanen godkänts.¹⁹² Utredningen föreslår att endast aktieägare som väckt talan om ytterligare ersättning ska vara berättigade till det. Detta på grund av att motsatta förhållandet skulle strida mot principen om att en doms rättskraft endast gäller mellan rättegångsparterna. Därtill kan bestämmelsen leda till svårlösta processuella komplikationer samt att en mindre förmögen aktieägare för talan i egenskap av processuell målvakt.¹⁹³

¹⁹⁰ Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86i.

¹⁹¹ SOU 2021:18, s. 102-104.

¹⁹² SOU 2021:18, s. 114.

¹⁹³ SOU 2021:18, s. 300.

Ett problem som troligen kommer uppstå frekvent för minoritetsaktieägare vid gränsöverskridande ombildningar är inlösenbeloppets storlek. Utifrån utredningens lagförslag ställs endast krav på att ombildningsplanen innehåller inlösenbeloppet och den metod som använts vid uträkningen, inte att beloppet faktiskt är adekvat. När det åligger aktieägare att väcka talan för att erhålla ytterligare ersättning måste aktieägare stå en risk att betala rättegångskostnader vilket kan utgöra en tröskel för att slutligen erhålla adekvat ersättning. Att utreda vad som utgör adekvat ersättning kan antas, likt fastställande av inlösenbeloppet vid andra inlösenförfaranden, vara omfattande och kostsamt.

Det har framförts i avsnitt 4.2 att Bolagsverket ska avslå en ombildningsansökan om ombildningsplanen strider mot lag. Om lagen konstaterade att beloppet måste vara adekvat hade Bolagsverket haft möjlighet avslå en gränsöverskridande ombildning på den grunden. Att förhindra ett ombildningsförfarande på grund av att inlösenbeloppet inte är adekvat hade kunnat grundas på revisorns utlåtande. Eftersom ändringsdirektivet medger att aktieägare ska ges rätten att erhålla adekvat ersättning bör det finnas utrymme för lagstiftaren att forma implementeringen på det beskrivna sättet. I syfte att utöka minoritetsskyddet kan således storleken på ersättningen i ombildningsplanen utgöra en avslagsgrund förutsatt att lagen stipulerar att inlösenbeloppet ska vara adekvat.

För att stärka minoritetsaktieägars ställning finns det även anledning att nyansera samtliga aktieägare rätt till ytterligare ersättning. Utredningen framför relevanta argument till varför det inte vore skäligt att införa bestämmelsen. Det vore däremot i linje med likhetsprincipen och aktiers lika ekonomiska rätt i bolaget att samtliga aktieägare som avser lösa in sina aktier erhöll samma ersättning. Ett beslut om ytterligare ersättning innebär att det ursprungliga inlösenbeloppet, vilket övriga aktieägare erhåller, inte var adekvat. Det faktum att inlösenbeloppet var inadekvat från första början talar för att samtliga aktieägare ska erhålla ytterligare ersättning. I annat fall kan styrelsen vid ombildningsplanens upprättande ta risken att föreskriva ett medvetet lågt inlösenbelopp. Mot bakgrund av att utredningen föreslår att vanliga rättegångskostnadsregler ska gälla vid inlösen finns det en tröskel för aktieägare att väcka talan i domstol om ytterligare ersättning. Sammantaget riskerar vissa minoritetsaktieägare förfördelas vid gränsöverskridande ombildningar om ytterligare rätt till ersättning endast tillfaller aktieägare vilka väckt talan i domstol.

4.5.4 Vilka aktieägare som ska vara berättigade till inlösen av aktier

Ändringsdirektivet överlämnar möjligheten till medlemsstaterna att lagstifta om att inte enbart aktieägare som röstat mot ombildningsplanen ska kunna få sina aktier inlösta.¹⁹⁴ Utredningen föreslår å andra sidan att denna möjlighet inte ska utnyttjas. Orsaken till detta motiveras av att det skulle innebära alltför oberäkneliga effekter och vara oskäligt gentemot bolaget. Dessutom har aktieägare en rätt att närvara personligen eller genom ombud på bolagsstämman. Därigenom ges aktieägarna tillfälle att tillvarata sina rättigheter.¹⁹⁵ Aktieägare som röstat mot ombildningsplanen ska inom en månad från det att bolagsstämman har godkänt ombildningsplanen anmäla att de avser utöva inlösenrätten.¹⁹⁶

Det är förståeligt att en potentiell gränsöverskridande ombildning skulle vara svår att genomföra i en situation där samtliga aktieägare ges en rätt att efter omröstningen av ombildningsplanen kräva inlösen av aktierna. Att genomföra en gränsöverskridande ombildning är redan förknippad med höga kostnader. Aktieägares utökade inlösenrätt hade resulterat i att kostnaderna för förfarandet skulle vara ännu svårare att uppskatta.

Det föreslagna rättsläget tåls däremot att diskuteras. I somliga situationer kan det vara motiverat att förse aktieägare med en rätt att kräva inlösen, fastän vederbörande inte röstat emot planen. Aktieägare vilka av en tillfällighet inte lyckats närvara under bolagsstämman, och inte utsett något ombud, mister det ytterst viktigaste minoritetsskyddet vid gränsöverskridande ombildningar. I stora aktiebolag med mycket spritt ägande är det heller inte särskilt rimligt att samtliga aktieägare har möjlighet att delta under bolagsstämman.

Vidare kan det efter tidpunkten för omröstningen om ombildningsplanen framkomma information som väsentligt förändrar aktieägares inställning till ombildningen. Utifrån ändringsdirektivet är det tänkbart att andra affärsmöjligheter, annan affärsvänlig legal miljö och skattemässiga fördelar utgör faktorer som kan motivera en gränsöverskridande ombildning. Aktieägares inställning till ombildningen skulle möjligtvis därmed kunna ändras om bolagsrättsliga eller skattemässiga bestämmelser i mottagarlandet förändras och om tidigare

¹⁹⁴ Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86i.1.

¹⁹⁵ SOU 2021:18, s. 288-289.

¹⁹⁶ SOU 2021:18, s. 113.

affärsförbindelser vilka har en inverkan på bolagets ekonomiska framtidsutsikter går förlorade i samband med ombildningen.

Den oskälighet som utredningen beskriver skulle orsaka bolaget kan emellertid förmildras. Det skulle kunna införas en kortare tidsfrist för aktieägare vilka inte röstat mot ombildningsplanen och som i efterhand önskar få sina aktier inlösta. En kortare tidsfrist hade utökat skyddet för aktieägare som inte röstat mot ombildningsplanen eller inte deltagit under bolagsstämman samtidigt som det tillgodoser förutsebarheten av förfarandet för bolaget.

För att utöka minoritetsskyddet kan samtliga aktieägare sammantaget ges rätten att lösa in sina aktier. Trots att det förvisso skulle innebära osäkerheter och oförutsebara kostnader för bolaget finns det skäl som motiverar att även andra aktieägare än de som röstat mot ombildningsplanen ska kunna lösa in sina aktier. Oförutsebarheten kan lindras genom att justera tidsfristen för de aktieägare vilka inte röstat mot ombildningsplanen.

4.5.5 Röstprotokoll

Ändringsdirektivet föreskriver att medlemsstaterna får kräva att aktieägares inställning till ombildningen ska dokumenteras på lämpligt sätt.¹⁹⁷ Enligt utredningen ska det däremot åligga aktieägarna som vill lösa in sina aktier att bevisa hur man röstade under bolagsstämman. Något krav på att protokollföra röstningen om ombildningens genomförande uppställs därmed inte i förslaget.¹⁹⁸

Utredningen framhäver att det enligt aktiebolagslagen 7 kap. 48 § ska föras stämmoprotokoll, där anteckningar om beslut och omröstningars utfall ska antecknas. Det kommenteras dock att det inte finns krav på att anteckna vilka som röstat för eller emot ett förslag. Att inte utredningen föreslår att införa krav på röstprotokoll vid gränsöverskridande förfaranden motiveras genom lågt ställda beviskrav för aktieägare samt att tjänligheten i dokumentationsskyldigheten är begränsad. Det senare exemplifieras med att dokumentationsskyldighet inte på ett helt säkert sätt förhindrar att bolaget agerar illojalt mot aktieägare genom felaktig protokollföring.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86i.1.

¹⁹⁸ SOU 2021:18, s. 292.

¹⁹⁹ SOU 2021:18, s. 291.

I anknytning till att aktieägares röstning vid stämman är av väsentlig betydelse för inlösenförfarandet, är det relevant att utveckla utredningens ståndpunkt till skyldigheten att föra röstprotokoll. Mot bakgrund av röstningens väsentliga inverkan på aktieägarskyddet, riskerar ett förhållandevis lågt beviskrav endast utgöra ett smärre skydd för minoriteten. Eftersom stämmoprotokoll ändå måste föras innebär det inte en alltför stor olägenhet för bolaget att även föra röstprotokoll. Att bolaget felaktigt protokollför är förvisso en risk. Detta går däremot att anföra gällande all protokollföring. Likväl finns det ändå ett krav på att stämmoprotokoll generellt ska upprättas. Medvetet felaktig protokollföring i det enskilda fallet kan utgöra brottet urkundsförfalskning,²⁰⁰ något som motverkar och stävjar att protokollförare förhåller sig illojalt mot aktieägarna.

Avslutningsvis kan lagstiftaren utnyttja det utrymme som ges i ändringsdirektivet om att begära mer utförlig dokumentation i form av röstprotokoll vid stämman i syfte att värna om skyddet för minoritetsaktieägarna. Detta är av vikt på grund av röstningens inverkan under ett eventuellt inlösenförfarande vilket utgör ett av de mest väsentliga skydden som finns tillgängligt för aktieägare vid gränsöverskridande ombildningar.

4.6 Klandertalan

Likt övriga bolagsstämmobeslut ska talan beträffande ogiltighet av stämmobeslut vid godkännande av en gränsöverskridande ombildning föras enligt aktiebolagslagen 7 kap. 50 §. Vid den tidpunkten Bolagsverket alternativt allmän domstol har medgett tillstånd att verkställa ombildningsplanen och beslutet vunnit lagakraft kan ombildningen eller stämmobeslutet inte klandras.²⁰¹ Utredningens förslag rörande ombildningens rättskraft härrör från ändringsdirektivets krav på att medlemsstaterna inför motsvarande bestämmelse.²⁰²

Utredningen föreslår att begränsa talerätten för aktieägare vid gränsöverskridande ombildningar. Talan ska inte få föras om den enbart baseras på att inlösenbeloppet är inkorrekt fastställt eller att uppgifter som uppgetts om inlösenbeloppet inte uppfyller rättsliga krav.²⁰³ Inskränkningen i aktieägares möjlighet att föra talan härrör likt ombildningens rättskraft från

²⁰⁰ Jfr. Brottsbalk (1962:700) 14 kap. 1 §.

²⁰¹ SOU 2021:18, s. 501.

²⁰² Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86t.

²⁰³ SOU 2021:18, s. 113.

ändringsdirektivet, vilket ställer krav på att medlemsstaterna begränsar aktieägares talerätt på det beskriva sättet.²⁰⁴

Angående ombildningens rättskraft är det med anledning av ändringsdirektivets bestämmelser svårt att på ett nationellt plan utöka skyddet för minoritetsaktieägare. Minoritetsaktieägare i ett aktiebolag kan inte upphäva en redan ikraftträd ombildning, fastän det skett i strid med lag. Utifrån vad som ovan nämnts om balansen mellan majoritetsprincipen och ett effektivt minoritetsskydd, talar inskränkningen av ombildningens rättskraft för ett vidsträckt minoritetsskydd. Eftersom ombildningar har en betydelsefull och irreversibel påverkan på ett aktiebolag finns det anledning till att investerare som ska inta en minoritetsposition är mer restriktiva om de inte tillförsäkras ett tillräckligt skydd mot oönskade ombildningar. Det är därmed av vikt att minoriteten har ett fullgott och tillfredsställande skydd vid gränsöverskridande ombildning. I avvägningen av hur omfattande minoritetsskyddet bör vara torde därför ombildningens oåterkalleliga effekt utgöra en väsentlig aspekt.

Värt att belysa är däremot att minoritetsaktieägare på olika sätt både bör ha utrymme att klandra stämmobeslutet om ombildning och begära skadestånd. En klandertalan kan exempelvis grundas på bestämmelserna om ombildningens förfarande eller generalklausulen enligt diskussionen ovan. Om stämmobeslutet flagrant strider mot vinstsyftet bör även minoritetsaktieägare kunna klandra och upphäva beslutet. Rätt att klandra stämmobeslutet tillkommer i så fall samtliga aktieägare. För de fall minoritetsaktieägarna uppnår en andel om minst en tiondel av samtliga aktier i bolaget kan en skadeståndstalan riktas både mot personer i ledningen och aktieägare vid överträdelse av lag eller bolagsordning. Innan ombildningen trätt i kraft återfinns därmed flera angreppssätt för minoritetsaktieägare att förhindra förfarandet eller föra en skadeståndstalan.

Med hänsyn till ändringsdirektivets bestämmelser vad rör aktieägares inskränkta talerätt är det i detta hänseende svårt att utöka minoritetsskyddet. Å andra sidan kan aktieägarna begära ytterligare ersättning i stället för att klandra bolagsstämmans beslut om de upplever att kontantersättningen är inkorrekt fastställt. Detta gör att talerättsinskränkningen endast i begränsad utsträckning försämrar för aktieägare vilka anser att kontantersättningen är felaktig.

²⁰⁴ Direktiv (EU) 2019/2121 artikel 86h.5.

5 Avslutande diskussion och slutsatser

Utifrån vad som framkommit i detta arbete är implementeringen av gränsöverskridande ombildningar ett naturligt steg i harmoniseringen av medlemsstaternas bolagsrätt. Etableringsfriheten har under en längre tid formats av EU-domstolens praxis. På grund av EU-domstolens praxis var det endast en tidsfråga innan ett harmoniserande regelverk som inför gränsöverskridande ombildningar skulle presenteras. Ett harmoniserande regelverk var nödvändigt mot bakgrund av EU-domstolens oförmåga att skapa gemensamma förfaranderegler om gränsöverskridande ombildningar. Bolagens andra sätt för att uppnå samma effekt som vid gränsöverskridande ombildningar har ofta varit förknippat med betydande osäkerheter eller olägenheter för bolagets intressenter. Detta genom bland annat stora kostnader för att genomföra en gränsöverskridande fusion eller att det ursprungliga bolaget tvingats likvideras. Ett direktiv som harmoniserar regler för gränsöverskridande ombildningar ökar rättssäkerheten och förutsebarheten samtidigt som onödiga olägenheter undanröjs. Därtill ges medlemsstater en rättslig ventil genom att förhindra ombildningar som missbrukar förfarandet, vilket också verkar ha möjliggjort ändringsdirektivets antagande.

Utformningen av minoritetsskyddet vid implementeringen är av särskild betydelse med anledning av investerares förväntan av att aktieinnehavet är anknutet till ett svenskt aktiebolag. Fastän ändringsdirektivet utgör ett naturligt steg i utvecklingen av medlemsstaters bolagsrättsliga tillnärmning kan implementeringen potentiellt orsaka problem och komplikationer för minoritetsaktieägare. I samband med en gränsöverskridande ombildning kan investerare som utgör en minoritet förfördelas på grund av att inflytandet och insynen i bolaget eventuellt försvåras eller försämras. Med anledning av hur medlemsstaterna är tvungna att implementera EU-direktivens innehåll och att EU-rätten har företräde framför nationell rätt kan inte samtliga framställda problem åtgärdas på nationell nivå. Detta gäller bland annat kravet på hur stor den kvalificerade majoriteten vid omröstning får vara och kringgående av reglerna om byte av bolagskategori.

Samtidigt finns det utrymme att utöka minoritetsskyddet på ett nationellt plan. Utifrån utredningen och ändringsdirektivets utformning utgör inlösenförfarandet och ombildningsplanen tillsammans med redogörelsen viktiga skydd för minoritetsaktieägare vid gränsöverskridande ombildningar. Det finns ett brett utrymme att forma både ombildningsplanen och redogörelsen i nationell rätt. Härvid kan ombildningsplanen innehålla

ytterligare information som främjar aktieägarnas insikt i förfarandet. I redogörelsen kan det erfordras information om hur minoritetsskyddet förändras i samband med ombildningen. Minoritetsskyddet vid inlösenförfarandet kan bland annat utvidgas till att omfatta aktieägare vilka inte deltagit vid bolagsstämman eller inledningsvis röstat för ombildningsplanen. Eftersom inlösenförfarandet utgör ett av de yttersta skydden för minoritetsaktieägare vid ombildningar finns det skäl till ett krav på röstprotokoll. I syfte att utöka minoritetsaktieägars skydd kan tolkningen av otillbörligt ändamål även inkludera majoritetens avsikt att undvika väsentliga minoritetsskyddande bestämmelser. Dessutom kan bolagsordningens stadgar ges en avgörande betydelse och användas som avslagsgrund för att förhindra gränsöverskridande ombildningar.

Hur minoritetsskyddet vid gränsöverskridande ombildningar ska utformas måste vägas mot bolagets möjlighet att bedrivas effektivt. En gränsöverskridande ombildning kan medföra konkurrensfördelar genom utökade affärsmöjligheter, skattemässiga fördelar eller en förändrad kapitalstruktur. Gränsöverskridande ombildningar kan således komma att utgöra ett viktigt element för bolag inom EU i syfte att maximera tillväxten. De fördelar som en gränsöverskridande ombildning kan medföra för ett bolag måste balanseras mot risken att majoritetsaktieägare skor sig på minoritetsaktieägare. Samtidigt riskerar ett alltför tungrott minoritetsskydd vid gränsöverskridande ombildningar endast få begränsat genomslag på grund av de andra sätten som finns för att flytta det bolagsrättsliga sätet. Detta måste också inkluderas i avvägningen om minoritetsskyddets omfattning.

Uppsatsen har belyst vilka problem som minoritetsaktieägare riskerar utsättas för samt på vilket sätt skyddet kan utökas vid implementeringen av ändringsdirektivet. Uppsatsen avser däremot inte besvara hur lagen faktiskt bör utformas vid den nya lagens implementering. Hur minoritetsskyddet ska utformas utgör som konstaterats en av aktiebolagsrättens största utmaningar. Det behövs således en alltmer omfattande analys för att besvara *de lege ferenda* om hur vidsträckt minoritetsskyddet ska vara vid implementeringen av gränsöverskridande ombildningar. Likt andra minoritetsskyddsregler kommer lagstiftaren ha möjlighet att identifiera luckor och successivt utvidga minoritetsskyddet. Det återstår att se i vilken utsträckning en framtida proposition valt att beakta utredningsbetänkandet och om minoritetsaktieägare fått en förstärkt position i förhållande till det lagförslag som presenterats.

Litteratur- och källförteckning

Offentligt tryck

EU

Direktiv (EU) 2005/56/EG om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar.

Direktiv (EU) 2017/1132 om vissa aspekter av bolagsrätt.

Direktiv (EU) 2019/2121 om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 vad gäller gränsöverskridande ombildningar, fusioner och delningar.

Europeiska kommissionen, *Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om vissa aspekter av bolagsrätt (kodifiering)*, COM(2015) 616 final.

Europeiska kommissionen, *Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 vad gäller gränsöverskridande ombildningar, fusioner och delningar av företag*, COM(2018) 241 final.

Europeiska kommissionen, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions*, SWD(2018) 141 final.

Europeiska unionens råd, *Interinstitutionellt ärende: 2018/0114 (COD)*, 14768/1/19REV 1 (2019).

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Lagar

Aktiebolagslag (2005:551).

Brottsbalk (1962:700).

Förarbeten

Prop. 1973:93 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om konvertibla skuldebrev m.m.*

Prop. 1997/98:99 *Aktiebolagets organisation.*

SOU 2021:18 *Bolags rörlighet över gränserna.*

Övrigt

Gill-Pedro, Eduardo & Selberg, Niklas, *Remiss: Bolags rörlighet över gränserna (SOU 2021:18)*, Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet (2021).

Regeringens kommittédirektiv, *Bolags gränsöverskridande rörlighet inom EU*, Dir. 2019:95 (2019).

Regeringskansliet, *Bolagsrättspaketet*, Faktapromemoria 2017/18:FPM93 (2018).

Litteratur

Publikationer

Adestam, Johan, Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslag (2005:551)*, Lexino lagkommentar, JUNO.

Bergström, Clas & Samuelsson, Per, *Aktiebolagets grundproblem*, 5 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik (2015).

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, upp. 6, Stockholm: Norstedts Juridik (2018).

Biermeyer, Thomas & Meyer, Marcus, *Cross-border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2020*, Maastricht: Universitetet i Maastricht (2020).

Davies, Paul & Worthington, Sarah, *Gower's Principles of Modern Company Law*, London: Thomson Reuters (2016).

Dotevall, Rolf, *Aktiebolagsrätt: Fördjupning och komparativ belysning*, uppl. 1, Stockholm: Norstedts Juridik, (2015).

Johansson, Svante, *Bolagsstämma i svenska aktiebolag*, Stockholm: Norstedts Juridik (2018).

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Lund: Studentlitteratur (2018).

Kraakman, Reinier (red.), m.fl., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3 uppl., Oxford: Oxford University Press (2017).

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 10 uppl., Uppsala: Iusté (2017).

Samuelsson, Per, *Aktiebolagslag (2005:551)*, Karnov lagkommentar till 7 kap. 47 §, JUNO.

Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, 7 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik (2020).

Schelin, Johan, *Kritiska perspektiv på rätten*, Stockholm: Poseidon Förlag (2018).

Schütze, Robert, *European Union Law*, 1 uppl., Cambridge: Cambridge University Press (2015).

Skog, Rolf, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, 26 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik (2020).

Svernlöv, Carl (red.), *Aktiebolagens minoritetsskydd*, 7 uppl. Uppsala: Iustus Förlag (2008).

TGS Baltic, *Study on Minority Shareholders Protection*, Luxemburg: Publications Office of the European Union (2018).

Werlauff, Erik, *EU Company law*, 2 uppl., Köpenhamn: DJØF Publishing (2003).

Tidskrifter

Bartman, Steff, *10 Years Cross-Border Mergers Directive: Some Observations About EU Border Protection and Minority Exit Rights*, i *European Company Law Journal*, vol. 14 nr. 6 (2017), s. 214-216.

Binard, Sébastien & Schummer, Laurent, *The Case for Further Flexibility in Matters of Cross-Border Corporate Mobility*, i *European Company Law Journal*, vol. 16 nr. 1 (2019), s. 31-37.

Fabris, Daniele, *European Companies' 'Mutilated Freedom'. From the Freedom of Establishment to the Right of Cross-Border Conversion*, i *European Company Law Journal*, vol. 16 nr. 4 (2006), s. 106-113.

Danelius, Johan, *Aktiebolags rörlighet över gränserna*, SvJT 2010 s. 120-141.

Dejmek, Paulina, *Den europeiska bolagsrätten — igår, idag och i morgon*, SvJT 2002, s. 588-607.

Dotevall, Rolf, *Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006, s. 885-899.

Ene, Charlotte, *The cross-border conversion – A possible solution for the mobility of companies in European union*, i *Perspectives of Law and Public Administration*, vol. 9 nr. 1 (2020), s. 54-57.

Fierbințeanu, Gabriela & Nemeș, Vasile, *EU Facilitates New Rules for Cross-Border Mobility of Companies*, Davies, Paul, i *Challenges of the Knowledge Society*, Nicolae Titulescu University Editorial House, Bukarest (2019), s. 302-307.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005, s. 249-272.

Rénfeldt, Thomas & Werlauff, Erik, *Merger as a Method of Establishment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicile and Divisions, Directly Applicable under the EC Treaty's Freedom of Establishment*, i *European Company Law Journal*, vol. 3 nr. 3 (2006), s. 125-129.

Storm, Paul, *Cross-border Mergers, the Rule of Reason and Employee Participation*, i *European Company Law Journal*, vol. 3 nr. 3 (2006), s. 130-138.

Schmidt, Jessica, *Coming Soon: 'Company Law Package Part 2 – Implementation'*, i *European Company Law Journal*, vol. 16 nr. 6 (2019), s. 174-175.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål C-81/87, *The Queen mot Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC.*

Mål C-55/94, *Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano.*

Mål C-212/97, *Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.*

Mål C-208/00, *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH.*

Mål C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*

Mål C-106/16, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*