

Juridiska fakultetsstyrelsen
Docent Eduardo Gill-Pedro
Universitetslektor Niklas Selberg

Justitiedepartementet

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

Ju2021/00658

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet, som anmodats att yttra sig över rubricerat betänkande, får härmed avge följande yttrande, utarbetat av docent Eduardo Gill-Pedro och universitetslektor Niklas Selberg.

Övergripande bedömning

Utöver nedanstående kommentarer har fakultetsstyrelsen ingen erinran mot betänkandets framställning av EU-rätten och gällande svensk rätt, problembeskrivning, ställningstagande till behovet av författningsändringar samt författningsförslagets utformning. Betänkandets analyser är väl underbyggda och slutsatserna följer av den presenterade problembeskrivningen. Betänkandet kan ligga till grund för det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Genomförandet av direktiv (jfr s. 232–234)

I anslutning till betänkandets diskussion om relationerna mellan EU:s sekundärrätt och medlemsstaternas rättsordningar framför fakultetsstyrelsen följande förtydliganden som bör beaktas i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Betänkandet anger (s. 233) om EU-direktiv att ”Inte heller är det avsett att ha någon direkt effekt i förhållandet mellan enskilda, dvs. dess bestämmelser grundar inte några rättigheter eller skyldigheter för enskilda.” Att direktiv inte grundar rättigheter för enskilda är inte korrekt. Den riktiga beskrivningen ges istället av betänkandet i nästföljande mening: ”enskilda rättssubjekt i viss utsträckning kan åberopa direktivets bestämmelser gentemot det allmänna”. Förklaringen till att enskilda i relation till det allmänna kan stödja sig på bestämmelser i direktivet är att direktiv har direkt effekt och därmed grundar rättigheter för enskilda – som EU-domstolen formulerade det i van Duyn-målet: ”Artikel 3.1 i rådets direktiv nr 64/221 av den 25 februari 1964 ger upphov till rättigheter för enskilda som dessa kan göra gällande vid domstol i en medlemsstat och som de nationella domstolarna skall skydda.”¹

¹ Case 41/74 *van Duyn v. Home Office* (para. 15).

Betänkandet framhåller vidare att "[ett direktiv är inte] avsett att ha någon direkt effekt i förhållandet mellan enskilda" och förefaller fokusera på det faktum att enskilda inte kan stödja sig på bestämmelser i direktiv i tvister med andra enskilda. I detta sammanhang pekar fakultetsstyrelsen på att detta påstående inte är inkorrekt men ofullständigt och därför en potentiell källa till felslut. Direktiv har inte direkt effekt i horisontella situationer, dvs. en enskild kan inte åberopa bestämmelser i ett direktiv som inte genomförts i nationell rätt i en tvist med en annan enskild. Men direktiv är förknippade med andra effekter som har inverkan på enskildas rättsliga ställning – också i situationer där enskilda tvistar med andra enskilda och inte med staten. Sammanfattningsvis tre relevanta situationer.

1. Indirekt effekt: ett direktiv kan kräva av en domstol att den när den avgör tvister mellan enskilda parter tolkar nationell rätt på ett sådant sätt att denna överensstämmer med direktivets krav.²
2. *Incidental effect*: bestämmelserna i ett direktiv kan kräva att nationella lagregler som står i strid med direktivet ska åsidosättas, också i en situation där detta innebär en försämrad rättslig ställning för en enskild som åberopat den nationella lagregeln.³
3. Bestämmelser i direktiv som uttrycker en allmän princip inom EU-rätten: enskilda kan åberopa en sådan allmän rättsprincip i tvister mellan enskilda, även om den aktuella direktivbestämmelsen inte skulle vara korrekt genomförd i nationell rätt.⁴

Dessa utgångspunkter tillämpade på det aktuella lagförslagets område innebär följande. Ett bolag som ansöker om ombildningsintyg och som uppfyller alla krav i (t.ex.) artikel 86m har sannolikt en direkt utkrävbar rätt i relation till Bolagsverket – dvs. om verket inte utfärdar något intyg ska den nationella domstolen utverka det på den enskildes begäran. Direktivet föreskriver dessutom rätt till information och samråd till enskilda som dessa kan utkräva även om denna rätt inte skulle vara uttryckligen genomförd i den nationella lagstiftningen.

Förutsättningarna för att indirekt effekt eller *incidental effect* ska uppstå är komplexa och beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, men det är möjligt att förutse om situationer kan uppstå i vilka enskilda kan åberopa direktivbestämmelser i tvister med andra enskilda och därför kan det vara vilseledande att påstå att direktiv inte är avsedda ha någon direkt effekt i förhållandet mellan enskilda.

Förbudet mot rättsmissbruk (varom mer strax nedan) är en allmän princip inom EU-rätten, och de bestämmelser i direktivet som uttrycker denna princip kan åberopas av enskilda även i tvister med enskilda.⁵

"Otillbörlighetsprövning" – rättsmissbruk

Således artikel 86.m.8, artikel 127.8, artikel 160.m.8 samt lagförslaget ABL 23:36b, 23:45a, 24:32, 24:45, 24a:2, 24a:22 (jfr s. 332-345, s. 427 f, s. 488 f, s. 598 f, s. 618-620, s. 650 f, s. 667, s. 686 f, s. 710-712).

² C-106/89 *Marleasing SA v La Comercial Internationale de Aöo.emtacopm SA*.

³ C-194/94 *CIA Security International SA v Signalson SA*.

⁴ C-193/17 *Cresco Investigation GmbH*.

⁵ C-359/16 *Altun and Others* (paras 48-9).

Direktivet föreskriver att medlemsstaterna ska säkerställa att den behöriga myndigheten inte utfärdar intyg om det i enlighet med nationell lagstiftning fastställs att en ett gränsöverskridande förfarande ”genomförs för otillbörliga eller bedrägliga ändamål som leder till att unionsrätten eller nationell rätt undgås eller kringgås eller som syftar till detta, eller för kriminella ändamål”.

Det står enligt fakultetsstyrelsens mening klart att direktivet innehåller två alternativa grunder för att neka intyg: A) ”genomförs för otillbörliga eller bedrägliga ändamål som leder till att unionsrätten eller nationell rätt undgås eller kringgås eller som syftar till detta” eller B) ”genomförs för kriminella ändamål”. Fakultetsstyrelsen återkommer till punkten B strax nedan.

Den engelska språkversionen av direktivet lyder i denna del ”is set up for abusive or fraudulent purposes leading to or aimed at the evasion or circumvention of Union or national law, or for criminal purposes”. De två leden ”abusive or fraudulent” har använts av EU-domstolen för att beskriva rättsfiguren rättsmissbruk. EU-domstolen har således anfört att ”there is, in EU law, a general legal principle that EU law cannot be relied on for abusive or fraudulent ends”.⁶ De två aktuella termerna förekommer i flera olika språkversioner av målet: fraudulenta e abusiva (PT), svig eller misbrug (DA), betrügerisch oder missbräuchlich (DE) frauduleusement ou abusivement (FR) abusiva o fraudulenta (ES), abusivamente o fraudolentamente (IT). Domstolen har vid upprepade tillfällen använt de två aktuella termerna för att karaktärisera rättsmissbruk.⁷

I det förklarande dokumentet i Kommissionens direktivförslag förklaras uttryckligen att medlemsstaternas utrymme att neka det intyg som krävs för att få genomföra det gränsöverskridande förfarandet införs ”I enlighet med den allmänna principen att EU-rätt inte får åberopas för att motivera missbruk av rättigheter som fastställts i domstolens rättspraxis”.⁸

Fakultetsstyrelsen anser mot ovanstående bakgrund att 2019 års direktiv hänvisar till det EU-rättsliga begreppet *rättsmissbruk* (abuse of rights).

Eftersom rättsmissbruk utgör en allmän rättsprincip inom EU-rätten⁹ ska det tolkas autonomt och tolkningen ska ske inom ramen för unionens struktur och mål.¹⁰ EU-domstolen har utvecklat kriterier som ska tillämpas för att avgöra om en individ gjort sig skyldig till rättsmissbruk:

”För att det ska kunna fastställas att det är fråga om sådana missbruksförfaranden krävs dels att vissa objektiva förhållanden föreligger varav det framgår att målsättningen med den berörda unionsbestämmelsen inte har uppnåtts – trots att de villkor som uppställs i unionsbestämmelserna formellt sett har uppfyllts – dels en subjektiv faktor, nämligen en avsikt att erhålla en förmån som

⁶ C-115/16N *Luxembourg 1 and Others v Skatteministeriet*.

⁷ C-212/97 *Centros* (para. 25); C-255/02 *Halifax* (para. 68).

⁸ Förslag till Europaparlamentets och Rådets Direktiv om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 (COM/2018/241 final), s. 23.

⁹ C-115/16N *Luxembourg 1*; C-359/16 *Altun and Others* (para. 48-9); C-251/16 *Cussens*. Se i litteraturen t.ex: Annekatriin Lenaerts ‘The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law’ (2010) *European Review of Private Law*, 1121.

¹⁰ Jfr, mutatis mutandis, Opinion 2/13 of 14 December 2014, (para 170): ”tolkningen av dessa [principer] ska ske inom ramen för unionens struktur och mål”.

följer av unionsbestämmelserna genom att konstruera de omständigheter som krävs för att erhålla den.”¹¹

Mot ovanstående bakgrund anser fakultetsstyrelsen att avslagsgrunderna kräver ytterligare beredning i enlighet med följande utgångspunkter. Det remitterade lagförslaget om avslagsgrunder – ”genomförs för ett kriminellt eller annars otillbörligt ändamål eller på annat sätt syftar till att kringgå svensk rätt eller unionsrätt” – ger tre avslagsgrunder: A) kriminellt ändamål, B) annars otillbörligt ändamål, C) syftar till att kringgå svensk rätt eller unionsrätt. Detta förslag bygger enligt fakultetsstyrelsens mening på en missuppfattning av direktivet som inte beaktar att direktivet föreskriver rättsmissbruk som avslagsgrund.

Direktivets formulering i engelsk version ”is set up for abusive or fraudulent purposes leading to or aimed at the evasion or circumvention of Union or national law, or for criminal purposes” bör enligt fakultetsstyrelsens mening omsättas i nationell lagtext om två avslagsgrunder: A) förfarandet utgör rättsmissbruk enligt EU-rätten, B) förfarandet har kriminella ändamål (varom mer nedan). Till detta kommer att avslagsgrunden om förfaranden i strid med lag ges (i två fall genom hänvisning) på annat ställe i förslaget (dvs. föreslagna 23:45a hänvisar till gällande 23:21, föreslagna 24:31 hänvisar till gällande 24:31, föreslagna 24a:22).

Avslagsgrunderna utgör undantag till en huvudregel om att intyg ska utfärdas under förutsättning att alla relevanta villkor är uppfyllda och alla förfaranden och formaliteter är fullgjorda. Undantagsregler ska tolkas restriktivt. En restriktiv tolkning av regeln om avslagsgrund är befogad också eftersom utfärdande av intyg är en nödvändig förutsättning för att förverkliga etableringsfriheten i unionen.¹² Det liggande förslagets avslagsgrund om otillbörligt ändamål skulle sannolikt utgöra ett hinder för etableringsfriheten och urholka enhetligheten i EU-rätten.

Betänkandets förslag kan inte ligga till grund för det fortsatta lagstiftningsarbetet eftersom det hanterar den aktuella frågan – som betecknas ”otillbörlighetsprövning” – som en angelägenhet framförallt för nationell rätt. Det är som visats ovan istället fråga om tillämpning av ett autonomt EU-rättsligt begrepp som i sista hand uttolkas av EU-domstolen – och det är centralt att de svenska genomförandeåtgärderna återspeglar detta på ett korrekt sätt. Svensk rätt har sedan länge i och för sig innehållit en rättsfigur eller oskriven rättsprincip (jfr diskussionen i Gertrud Lennander, Rättsmissbruk genom att dra fördel av eget illojalt agerande, *Insolvensrättslig tidskrift* 2019 s. 11–37) med liknande innebörd som EU-rättens rättsmissbruk. Inom arbetsrätten talar man vidare om ”otillbörligt kringgående av lag” (AD 1980 nr 54, AD 1986 nr 50, AD 1986 nr 144, AD 1996 nr 56, AD 2003 nr 4, AD 2007 nr 72, jfr SOU 1993:32 s. 246). Den nationella rättsprincipen är *inte lika med* EU-rättens rättsmissbruk. Även om den nationella regeln liknar den EU-rättsliga kan genomförandet av direktivet inte ske med hänvisning till ovanstående principer i bl.a. arbetsrätten. Rättsmissbruk i här diskuterad mening är ett autonomt EU-rättsligt begrepp.

Betänkandets förklaring av otillbörlighetsbedömningen fokuserar på formella och processuella aspekter och är därför som sådan inte heller tillräckligt utförlig för att i och för sig ange grunderna för avslag på materiell grund.

Sammanfattningsvis anser fakultetsstyrelsen att avslagsgrunderna (utöver med förfaranden i strid med lag) för att inte strida mot EU-rättens krav bör vara rättsmissbruk och kriminella ändamål. Frågan om det är möjligt att i här aktuellt

¹¹ C-456/12, *O v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* (para. 58).

¹² Jfr direktivets skäl 33.

sammanhang tillämpa en rättsfigur med ursprung i nationell rätt som motsvarar arbetsrättens otillbörligt kringgående av lag får hanteras i rättstillämpningen inom ramen för EU-rättens krav. I dagsläget är det oklart vilken räckvidd och rättsföljder den äldre nationella principen om rättsmissbruk/otillbörligt kringgående av lag har och därför bör den inte kodifieras genom att nämnas i lagtexten.

”Otillbörlighetsprövning” – kriminella ändamål

Således artikel 86.m.8, artikel 127.8, artikel 160.m.8 samt lagförslaget ABL 23:36b, 23:45a, 24:32, 24:45, 24a:2, 24a:22 (jfr s. 332-345, s. 427 f, s. 488 f, s. 598 f, s. 618-620, s. 650 f, s. 667, s. 686 f, s. 710-712).

Betänkandets förslag att en lagstadgad avslagsgrund ska vara kriminella ändamål bakom gränsöverskridande förfaranden ligger nära direktivets formulering. Inte desto mindre bör det beaktas att ett uttalande från Bolagsverket om att vissa bolag och/eller enskilda fysiska personer med anknytning till dessa bolag har kriminella ändamål bakom sin ansökan om gränsöverskridande förfarande kan komma i strid med oskyldighetspresumtionen. EU-stadgans artikel 48.1 föreskriver således att ”Var och en som har blivit anklagad för en lagöverträdelse ska betraktas som oskyldig till dess att hans eller hennes skuld lagligen fastställts”. Oskyldighetspresumtionen är en grundläggande aspekt av rättsstaten och därför grundläggande för skyddet av mänskliga fri- och rättigheter.¹³

EU-stadgans artikel 48 motsvaras av Europakonventionens artikel 6.2. Därför ska, enligt EU-stadgans artikel 52.3, rättigheten som föreskrivs i EU-stadgan ”ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen”. Europadomstolen har slagit fast att oskyldighetspresumtionen är tillämplig inte endast i straffprocessuella sammanhang i formell mening, utan också på “a statement by a public official concerning a person charged with a criminal offence [that] reflects an opinion that he is guilty before he has been proved guilty according to the law”¹⁴, och att det kan vara fråga om en överträdelse av Europakonventionens artikel 6.2 “even in the absence of any formal finding, to the extent that there is some reasoning suggesting that the official regards the individual as guilty”.¹⁵ Exempelvis har EU-domstolen bekräftat att oskyldighetspresumtionen överträds i den situationen att EU-kommissionen informerar massmedia om att den funnit att ett bolag brutit mot EU:s konkurrensrätt, innan kommissionen har fattat formellt beslut om att sanktionera detta företag.¹⁶

Om Bolagsverket avslår ansökan om intyg med hänvisning till att det gränsöverskridande förfarandet får anses ha ett kriminellt ändamål och offentliggör det motiverade avslagsbeslutet kan detta ha inverkan på efterföljande brottmålsprocesser i vilka prövas anklagelser om brott riktade mot fysiska personer med koppling till bolagen som omfattas av ansökan. FN:s människorättskommitté har uttalat att ”it is the duty for all public authorities to refrain from prejudging the

¹³ Jfr United Nations Human Rights Committee General Comment No. 32 ((UN Doc. CCPR/C/GC/32).

¹⁴ *G.C.P. v Romania* (App. No. 20899/03) (para. 55).

¹⁵ W. Schabas *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press, 2015), s. 303.

¹⁶ Judgment of the General Court in T-62/98 *Volkswagen v Commission* (para 281), confirmed by the Court of Justice on appeal in C-388/00P *Volkswagen v Commission*.

outcome of a trial e.g. by abstaining from making public statements affirming the guilt of the accused.”¹⁷

Även om brottmålsprocess inte skulle komma att inledas mot någon inblandad kan redan en statlig myndighets uttalande om att det gränsöverskridande förfarande som omfattas av ansökan får anses ha ett kriminellt ändamål kränka de inblandades grundläggande rättigheter. EU-domstolen har framhållit att:

”Oskuldspresumtionen utgör således hinder mot ett formellt fastställande av, *och till och med mot en antydning om*, att en anklagad person är skyldig till en bestämd överträdelse i ett beslut som avslutar förfarandet, när personen i fråga inte har kommit i åtnjutande av alla de garantier som normalt beviljas vid utövandet av rätten till försvar inom ramen för ett förfarande som handläggs på sedvanligt sätt och som mynnar ut i ett beslut om huruvida anklagelsen var välgrundad.”¹⁸

Även om skyldigheten att neka intyg i de fall myndigheten anser att kriminella ändamål ligger bakom ansökan uttryckligen föreskrivs av direktivet är staterna (enligt EU-stadgans artikel 51) bärare av skyldigheten att respektera grundläggande rättigheter även när de genomför EU-rätt i den nationella rättsordningen. I de situationer då medlemsstaterna har möjlighet att tillämpa EU-rätten på ett sådant sätt att respekten för grundläggande rättigheter upprätthålls, har medlemsstaternas myndigheter också en skyldighet att göra detta.¹⁹

Betänkandet utvecklar inte heller frågan om vilken persons kriminella ändamål m.m. som ska beaktas vid tillämpning av den aktuella regeln.

Enligt fakultetsstyrelsen krävs ytterligare beredning ifråga om hanteringen av avslagsgrunden om kriminellt ändamål. De ovanstående utgångspunkterna bör beaktas i det fortsatta lagstiftningsarbetet. Bolagsverket måste kunna besluta om avslag på denna grund utan att överträda oskyldighetspresumtionen.

Definitionen av fusion (jfr s. 243)

Betänkandet utgår från att allmänna aktiebolagsrättsliga principer medger att det med samtliga aktieägares samtycke är möjligt att genomföra en fusion utan vederlag till aktieägarna. Mot denna bakgrund gör direktivet bedömningen att genomförandet av artikel 119 a i 2019 års direktiv inte kräver lagändring ifråga om definitionen av fusion. I annat sammanhang (s. 263) anser betänkandet dock att genomförande av direktiv med stöd av allmänna principer kan skapa oklarhet om det nationella genomförandet är korrekt, och att lagändringar är att föredra. Det bör enligt fakultetsstyrelsens mening undvikas att direktiv genomförs med hänvisning till allmänna rättsliga principer. Fakultetsstyrelsen instämmer således i betänkandets beskrivning av gällande svensk rätts definition av fusion, men anser att möjligheten till vederlagsfri fusion med samtliga aktieägares samtycke bör framgå av lagtexten.

¹⁷ Jfr United Nations Human Rights Committee General Comment No. 32 (UN Doc. CCPR/C/GC/32).

¹⁸ T-474/04 *Pergan Hilfsstoffe v Commission* (para 76).

¹⁹ Case 5/88 *Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (para. 22).

Bolags skyldighet upprätta röstprotokoll vid stämma (s. 292, s. 410 f, s. 475, s. 629 f)

Någon skyldighet att föra röstprotokoll föreslås inte. Det förutsätts att beviskravet för omständigheten att aktieägaren röstat emot åtgärden är lågt. Eftersom bevisbördan ligger på aktieägaren kommer denna exempelvis inte att kunna styrka sitt påstående om någon närvarande inte hört aktieägaren yttra att denne avser rösta emot åtgärden (jfr exemplet på s. 630).

Det är i och för sig oklart exakt vilket lågt beviskrav betänkandet anser ska gälla i sammanhanget.

Röstlängd och närvaro på stämman är redan kända för bolaget och protokoll ska föras med noggrannhet och justeras (ABL 7:48, 7:49). En skyldighet att protokollföra också hur de närvarande använt sin rösträtt bör därför inte vara särskilt betungande för bolaget. För aktieägaren kan inlösenrätten utgöra en betydelsefull möjlighet. Uppgifter i stämmoprotokoll kan i och för sig motbevisas. Om röstprotokoll upprättas kan inte den situationen uppstå att fler personer i efterhand gör gällande att de röstat mot ett förfarande och styrker sitt påstående, än det antal nej-röster som framgår av protokollet.

Fakultetsstyrelsen gör en annan samlad bedömning än betänkandet och anser att en skyldighet för bolag att föra röstprotokoll är att föredra framför ett lågt/sänkt beviskrav för aktieägaren att denne röstat mot de föreslagna åtgärderna.

Yttranden till Bolagsverket (jfr s. 336, s. 338, s. 427 f, s. 488 f)

Mot bakgrund av direktivets grundläggande syfte om arbetstagar skydd och att anställda regelmässigt utgör en stor och viktig grupp bolagsborgenärer anser fakultetsstyrelsen att Bolagsverket som standard bör inhämta yttranden från Arbetsmiljöverket och relevanta arbetstagarorganisationer.

Expertmedverkan i Bolagsverkets handläggning (jfr s. 347–349, s. 429, s. 490, s. 591–593)

Följande förslag ges. Vid behov av särskild fackkunskap ska Bolagsverket få förordna lämplig person som sakkunnig. Beslutet får inte överklagas. Bolagsverket får besluta att sökanden ska stå för kostnaderna för den sakkunniges medverkan. Specialmotiveringen (s. 592) förklarar behov av sakkunnigmedverkan i termer av att ”ansökan präglas av särskild komplexitet” och ”innehåller svåra frågor som går utöver vad som är normalt i ärenden av detta slag”. Betalningsskyldighet för sökanden beslutas med stöd av en skälighetsbedömning i ljuset av ”omständigheterna i det enskilda fallet”. Eftersom Bolagsverket är expertmyndighet är det befogat att ställa höga krav på myndighetens förutsättningar att handlägga den aktuella typen av ansökningar, varför expertmedverkan får förutsättas bli ovanligt förekommande. Beslut om sakkunnigmedverkan kan leda till kostnader för sökanden.

Enligt fakultetsstyrelsens mening framstår förutsättningarna för sakkunnigmedverkan och sökandens betalningsskyldighet som oklara, varför frågan bör uppmärksammas i den fortsatta beredningen.

Verksamhetsövergång vid fusion (jfr s. 362)

Mot bakgrund av betänkandets diskussion om det arbetsrättsliga verksamhetsövergångsbegreppet i relation till gränsöverskridande fusioner

framhåller fakultetsstyrelsen att tillämpligheten av direktiv 2001/23/EG och 7 § LAS avgörs autonomt enligt allmänna arbetsrättsliga utgångspunkter. Det särpräglade i sammanhanget är (utöver det gränsöverskridande momentet) att det inte kommer vara möjligt att rikta anspråk mot överlåtarna eftersom de inte existerar. I övrigt är de arbetsrättsliga reglerna om verksamhetsövergång fullt ut tillämpliga.

Verksamhetsövergång vid ombildning (jfr s. 498, s. 722 f)

Termen övergå förekommer i gällande rätt om fusion och delning (ABL 23:26 och 24:28) och i dessa två situationer kan verksamhetsövergång vara förhanden. Betänkandet föreslår att lagregeln om ombildning ska inbegripa termen övergå (ABL 24a:30). Mot denna bakgrund bör det till undvikande av oklarheter anges att ombildning inte ger upphov till verksamhetsövergång i arbetsrättslig mening.

Enligt delegation

Eduardo Gill-Pedro

Niklas Selberg