
Omvända fusioner – när moderbolag »går upp» i dotterbolag

Av Viktor Magnell och Karl Sandström

1 Inledande anmärkningar

En omvänd fusion innebär att ett moderbolags samtliga tillgångar och skulder övertas av dess dotterbolag mot vederlag till moderbolagets ägare i form av befintliga aktier i dotterbolaget, varvid moderbolaget upplöses utan likvidation. Dotterbolaget är sålunda övertagande bolag medan moderbolaget är överlåtande bolag. Fusionen sker genom absorption enligt 14 kap. 1 § aktieförelagslagen (1975:1385) (»ABL»). På engelska används ofta uttrycket »downstream mergers» eller emellanåt »reverse mergers».

Karaktäristiskt för omvända fusioner är att fusionsvederlaget inte erlaggs med nyemitterade aktier utan med befintliga (redan utgivna) aktier i dotterbolaget. Även om det inte helt klart framgår av lagtexten synes lagstiftaren ha förutsatt att den del av fusionsvederlaget som skall erläggas med aktier i det övertagande bolaget utgörs av nyemitterade aktier.¹ Det förefaller därför något oklart om fusionsvederlaget kan ut-

1. Jfr. 14 kap. 19 § ABL. Det är tveksamt om denna utgångspunkt även gällde för upphovsmännen till EG:s tredje bolagsdirektiv (78/855/EG) med tanke på att det i vissa medlemsstater sedan länge varit möjligt för aktieförelag att förvärva och inneha egna aktier (s.k. treasury shares). För det fall fusionsvederlaget skall utgöras av nyemitterade aktier uppkommer fråga om detta kräver särskilt beslut av bolagsstämman och om 4 kap. ABL i sådant fall blir tillämpligt (d.v.s. om det är fråga om en apportemission). Nyemission definieras i 4 kap. 1 § ABL som en ökning av aktiekapitalet genom att aktier tecknas mot betalning. Enligt 14 kap. 19 § ersätter emellertid anmälan om registrering av fusion teckning av aktier. Enligt samma lagrum skall vid anmälan styrelsen även för registrering anmäla »aktiekapitalets ökning». Det kan vidare noteras att det enligt 14 kap. 4 § skall anges i fusionsplanen från vilken tidpunkt aktier som lämnas såsom fusionsvederlag medför rätt till utdelning. Även i förarbetena till nu gällande regler om fusion förefaller lagstiftaren ha utgått ifrån att det normalt rör sig om nya aktier som emitterats enligt reglerna i 4 kap ABL. I bl.a. specialmotiveringen till 14 kap. 11 § talas det om »nyemission» samt görs hänvisning till 4 kap. 1 § andra stycket för det fall att bolagsordningen måste ändras. (SOU 1992:83 s. 176.) I propositionen anges: »Vid absorption skall det övertagande bolaget vanligen lämna aktier som vederlag åt aktieägarna i överlåtande bolag. Eftersom ett aktieförelag inte får äga egna aktier annat än i vissa undantagssituationer, måste dessa aktier nyemitteras. Det övertagande bolaget blir därför som regel tvunget att i samband med fusionsbeslutet besluta om ökning av aktiekapitalet genom nyemission enligt bestämmelserna i 4 kap.» (Prop. 1993/94:196 s. 194.) Även i förarbetena till 1975 års lag anges att emission av aktier kräver särskilt beslut av bolagsstämman. (Prop 1975:103 s. 522.) Innan reglerna om fusion EU-anpassades behövde fusionsplanen inte underställas bolagsstämman i det övertagande bolaget. Beslut av stämman om emission av nya aktier fyllde därmed funktionen att skydda aktieägarna i det övertagande bolaget. Numera skall emellertid fusionsplanen underställas bolagsstämman i det övertagande bolaget om ägare till minst fem procent av aktierna begär det. Skyddet för aktieägarna kan därmed sägas vara tillgodosett. Därtill synes många av reglerna i 4 kap. ABL vara såväl svåra att tillämpa som överflödiga vid fusion, t.ex. bestämmelsen i 4 kap. 6 § ABL. Det förefaller därför en smula oklart huruvida det vid fusion med vederlag i form av nya aktier i det övertagande bolaget blir fråga om en regelrätt nyemission eller om det mer rör sig om en särskild form av emission av nya aktier varvid vissa bestämmelser i 4 kap. ABL kan komma att tillämpas analogt.

göras av egna aktier som det övertagande bolaget förvärvat enligt bestämmelserna i 7 kap. ABL. Förmodligen är detta möjligt.² För omvända fusioner gäller emellertid att vederlaget består av befintliga aktier i dotterbolaget vilka före fusionen innehas av moderbolaget. Inga nya aktier kommer sålunda att emitteras.³

Det kan noteras att det övertagande dotterbolaget inte nödvändigtvis behöver vara helägt av det överlåtande moderbolaget. De bolags- och skatterättsliga spörsmål som denna artikel avser att analysera uppkommer i väsentliga delar oavsett vilken ägarandel moderbolaget innehar i dotterbolaget. Det behöver inte ens föreligga ett koncernförhållande. Rent principiellt uppkommer motsvarande problem om det överlåtande bolaget äger en enda aktie i det övertagande bolaget och denna aktie används som fusionsvederlag.⁴ I syfte att renodla och förenkla resonemangen nedan förutsätts emellertid att det är fråga om fusion varigenom moderbolag absorberas av sitt helägda dotterbolag.

2 Fusionsprocessen

Normalt brukar det ta omkring fem månader att genomföra en fusion. Innan vi ger oss i kast med att analysera olika bolags- och skatterättsliga spörsmål vilka aktualiseras i samband med omvända fusioner kan det måhända vara på sin plats att i korthet redogöra för hur en fusion (absorption) genomförs och vilka åtgärder som måste vidtas.

- Till att börja med upprättar styrelserna för moder- och dotterbolagen en gemensam dagtecknad fusionsplan. Planen kan sägas utgöra ett formbundet avtal om att bolagen skall fusioneras på vissa däri angivna villkor.⁵
- För vart och ett av bolagen skall fusionsplanen granskas av minst en auktoriserad eller godkänd revisor eller revisionsbolag. Revisorerna skall för varje bolag avge ett skriftligt yttrande som fogas till planen. Om inte annat framgår av bolagsord-

2. Det finns i vart fall inget uttryckligt hinder i 14 kap. ABL mot att erlægga vederlaget med återköpta egna aktier. Inte heller finns enligt vår uppfattning några ändamålssynpunkter som talar däremot. Bestämmelserna i 7 kap. ABL om förvärv och överlåtelse av egna aktier har tillkommit först efter nu gällande regler om fusion. Om fusionsvederlaget utgörs av egna aktier som det övertagande bolaget innehar uppkommer frågan huruvida 7 kap. 21–22 §§ skall tillämpas. Lagrummen är enligt ordalydelsen i och för sig endast tillämpliga när publika aktiebolag (och sålunda inte privata aktiebolag) överlåter egna aktier. Denna fråga kan sägas vara analog med huruvida 4 kap. ABL och reglerna om apportemission skall tillämpas om fusionsvederlaget utgörs av nya aktier.

3. Det synes i och för sig inte föreligga några hinder för att dotterbolaget utöver de redan utgivna aktierna även såsom fusionsvederlag utger nyemitterade aktier. Mer ovisst är däremot huruvida det skulle vara möjligt att utge endast en del av de befintliga aktierna eller endast nyemitterade aktier som fusionsvederlag. Dotterbolaget skulle därmed behålla aktier i sig själv. Detta strider förmodligen mot förbudet att förvärva egna aktier. Jfr. avsnitt 4.4 nedan.

4. Det bör dock anmärkas att vi i denna artikel i huvudsak bortser ifrån eventuella minoritetsskyddsaspekter.

5. Fusionsplanen skall tjäna som beslutsunderlag för de bolagsstämmor som skall ta ställning till fusionen. Därför skall planen ha ett visst innehåll och vissa handlingar skall fogas till den. Det får antas att samtliga de villkor som skall gälla för fusionen måste tas med i fusionsplanen. Villkor som inte tagits med utgör följaktligen inte avtalsinnehåll.

ningen, skall revisorn utses av bolagsstämman i respektive bolag. Om någon sådan särskild revisor inte är utsedd, skall granskningen i stället utföras av bolagets revisor.

- Inom en månad från upprättande av fusionsplanen skall det övertagande bolaget (dotterbolaget) ge in planen jämte bilagor till Patent- och registreringsverket (»PRV») för registrering.
- Fusionsplanen registreras av PRV varefter registreringen kungörs i Post- och Inrikes Tidningar med uppgift om var planen finns tillgänglig. Kungörelse sker normalt två veckor efter att planen registrerats hos PRV.
- Fusionsplanen skall därefter underställas bolagsstämman i det överlåtande bolaget (moderbolaget) för dess godkännande. Om ägare till minst fem procent av aktierna i det övertagande bolaget (dotterbolaget) begär det, skall fusionsplanens godkännande även prövas på bolagsstämman i detta bolag. Eftersom det övertagande bolaget i vårt exempel är helägt av det överlåtande bolaget synes det vara mindre troligt att fusionsplanen kommer att behöva godkännas av stämman i det övertagande bolaget. I praktiken kommer sålunda fusionsplanen endast underställas bolagsstämman i moderbolaget.⁶ För giltigt godkännande krävs att beslutet biträds av aktieägare med två tredjedelar av såväl de avgivna rösterna som de vid stämman företrädde aktierna.⁷ Stämman får hållas tidigast en månad, eller om de bägge fusionerande bolagen är privata aktiebolag tidigast två veckor, efter det att fusionsplanens registrering kungjorts.
- När fusionsplanen har godkänts skall vart och ett av bolagen skriftligen underrätta sina kända borgenärer om beslutet. Underrättelsen skall innehålla uppgift om att bolaget avser att ansöka om tillstånd att verkställa fusionsplanen samt om borgenärernas rätt att motsätta sig att denna verkställs. Borgenärerna i det övertagande bolaget (dotterbolaget) behöver inte underrättas om revisorerna i yttrande över fusionsplanen uttalat att de inte funnit att fusionen medför någon fara för att dessa

6. Även om ingen aktieägare i det övertagande bolaget begär att fusionsplanen skall underställas bolagsstämman kan en fusion ändå ofta kräva bolagsstämmobeslut i det övertagande bolaget. (Se prop. 1993/94:196 s. 95; SOU 1971:15 s. 342.) Om det övertagande bolaget skall lämna nya aktier som fusionsvederlag, måste normalt bolagsstämman besluta om att emittera dessa såvitt inte styrelsen givits bemyndigande. (Jfr. not 1 ovan.) Vidare kanske de nya aktierna inte rymms inom bolagsordningens bestämmelser om gränsen för aktiekapitalets storlek eller antal aktier av ett visst aktieslag. Emissionen av de nya aktierna förutsätter därvid även ändring av bolagsordningen. Vid omvända fusioner utgörs emellertid fusionsvederlaget inte av nya aktier utan av redan utgivna aktier, varför någon bolagsstämma av denna anledning inte behöver sammankallas. Däremot kan förvisso en fusion förutsätta att det övertagande bolagets verksamhetsföremål enligt bolagsordningen måste justeras. Fusionen kan även på annat sätt utgöra en så pass väsentlig angelägenhet att bolagsstämmans godkännande bör inhämtas. Det kan härvid noteras att PRV rekommenderar att man inte sammanblandar ärenden avseende fusionsplan med andra registreringsärenden (som t.ex. ändring av bolagsordning). Vad avser ärenden om tillstånd att verkställa fusion kan dessa behandlas i samma ärende som andra anmälningar.

7. Enligt 14 kap. 11 § ABL krävs särskild kvalificerad majoritet om det överlåtande bolaget är ett publikt aktiebolag och det övertagande bolaget är ett privat aktiebolag eller om fusionsplanen innebär att rättsförhållandet mellan redan utgivna aktier rubbas. Det senare torde normalt inte vara aktuellt i samband med omvända fusioner eftersom inga nya aktier utges som fusionsvederlag.

borgenärer inte skall få sina fordringar betalda. Inte heller behöver förmånsberättigade löne- och pensionsborgenärer underrättas.⁸

- Efter att borgenärerna underrättats skall det övertagande bolaget (dotterbolaget) ansöka hos PRV om tillstånd att verkställa fusionsplanen. Ansökan skall ges in inom en månad efter att fusionsplanen godkänts och senast två år efter att fusionsplanen kungjorts.
- Om det inte finns något hinder mot ansökan enligt konkurrensrättsliga regler skall PRV kalla bolagens borgenärer.⁹ Borgenärskretsen är identisk med dem som skall underrättas av bolaget, dock att PRV skall kalla såväl kända som okända borgenärer.¹⁰ Kallelsen som kungörs i Post- och Inrikes Tidningar skall innehålla föreläggande för den som vill bestrida ansökan att senast viss dag skriftligen anmäla detta. Vanligtvis tillämpas en tvåmånadersfrist från kungörelsen.¹¹
- Om borgenär som blivit kallad bestrider ansökan inom förelagd tid, skall PRV överlämna ärendet till rätten i den ort där styrelsen i det övertagande bolaget (dotterbolaget) har sitt säte. Har något bestridande inte gjorts skall PRV lämna bolaget tillstånd att verkställa fusionsplanen. Om ärende har överlämnats till rätten, skall tillstånd lämnas om det visas att borgenär som har bestritt ansökan har fått full betalning eller betryggande säkerhet.¹²
- Efter att tillstånd har givits skall styrelsen för det övertagande bolaget (dotterbolaget) anmäla fusionen för registrering hos PRV. Anmälan måste göras inom två månader från PRV:s beslut eller i förekommande fall rättens lagakraftvunna av-

8. Se 14 kap. 13 § ABL. Skyldighet att underrätta borgenärerna inträder så snart fusionsplanen godkänts. Inte sällan uppkommer fråga hur borgenärskretsen skall avgränsas. Tidigare innefattades inte borgenärer som »tillika [är] gäldenärer i samma rättsförhållande». Numera görs dock inget sådant undantag. Borgenärsbegreppet skall tolkas vidsträckt. Undantag görs endast för vissa förmånsberättigade borgenärer vilkas anspråk avser lön eller pension. Därutöver innefattas såväl borgenärer med penningfordringar som avtalsborgenärer. Detta innebär att, förutom borgenärer som framgår av redovisningen, även avtalsparter vilka kan komma att framställa krav enligt avtal skall underrättas. (Prop. 1993/94:196 s. 100 f.) Det är vidare inte helt klart hur borgenärskretsen skall avgränsas i tiden. Skall skyddet omfatta samtliga borgenärer vilka har fordringar på bolaget vid tidpunkten för underrättelsen eller endast borgenärer vilkas fordringar uppkommit före kungörelsen av fusionsplanen och vilka alltså innehar dessa vid tidpunkten för underrättelsen? Vägledning kan måhända hämtas från EG:s tredje bolagsdirektiv. Enligt dess artikel 13 är medlemsstaterna skyldiga att skydda borgenärer »vilka har fordringar som uppkommit före offentliggörandet av fusionsplanen och som inte var förfallna till betalning vid offentliggörandet».

9. Till ansökan om tillstånd från PRV att verkställa fusionsplanen skall fogas intyg från Konkurrensverket om att fusionen inte har förbjudits enligt konkurrenslagen (1993:20) och om att prövning av fusionen enligt den lagen inte pågår.

10. Jfr. not 8 ovan.

11. I undantagsfall kan PRV bevilja en förkortad kallelsetid varvid fristen i kallelsen på bolagets borgenärer sätts ner till en månad. PRV är dock ytterst restriktivt med att bevilja detta. Det skall föreligga utomordentligt starka skäl för en sådan handläggning, såsom att mycket stora värden annars kan gå till spillo. Skatteskal samt merarbete med bokföring och revision är inte tillräckligt. Som förutsättning gäller vidare att styrelsen och revisorn i det överlåtnade bolaget intygar dels att samtliga kända borgenärer godkänt en förkortad kallelsefrist, dels att det är mycket osannolikt att det skulle finnas några okända borgenärer.

12. Endast borgenär som enligt lagen skall kallas har rätt att motsätta sig ansökan eller förbehålla sig betalning eller säkerhet.

görande. Till anmälan skall fogas revisorsintyg att överlåtande bolagets (moderbolagets) tillgångar har överlämnats till det övertagande bolaget (dotterbolaget).

- När anmälan har registrerats är det överlåtande bolaget (moderbolaget) upplöst. Dess tillgångar och skulder (med undantag för skadeståndsanspråk enligt 15 kap. 1–3 §§ ABL) övergår samtidigt till det övertagande bolaget (dotterbolaget) och aktieägarna i det förra bolaget blir aktieägare i det senare bolaget.¹³

3 Varför omvända fusioner?

Omvänd fusion används kanske framför allt i samband med omstruktureringar i syfte att förenkla eller avsluta koncernförhållanden. Typiskt sett finns ett rörelsedrivande dotterbolag med ett moderbolag vars enda tillgång är aktierna i dotterbolaget. Av administrativa eller andra skäl önskar man endast ett bolag i vilket rörelsen bedrivs. De möjligheter som normalt står till buds är antingen (1) att likvidera moderbolaget, (2) att likvidera dotterbolaget, (3) att låta dotterbolaget fusioneras med moderbolaget genom s.k. absorption av helägt dotterbolag¹⁴ eller (4) att låta moderbolaget fusioneras med dotterbolaget genom en omvänd fusion. Av framförallt praktiska orsaker, men emellanåt även av skatteskal, kan det sammantaget vara gynnsamt att genomföra omstruktureringen genom omvänd fusion.

Omvänd fusion kan vara att föredra av praktiska skäl. En likvidation är vanligtvis en något mer komplicerad historia än en fusion och tar därtill betydligt längre tid.¹⁵ Dessutom tvingas man under likvidationen överlåta förvaltningen av bolaget till en likvidator. Beträffande de bägge fusionsalternativen gäller att om revisorerna vid omvänd fusion i yttrande över fusionsplanen uttalat att de inte funnit att fusionen medför någon fara för borgenärerna i dotterbolaget, behöver dessa borgenärer varken underretas eller kallas.¹⁶ Detta kan innebära både besparingar och en avsevärd förenkling av handläggningen. Beroende på vilken typ av verksamhet som bedrivs kan dotterbolaget ha ett betydande antal kända borgenärer. Dessa behöver då inte underrättas

13. Se 14 kap. 20 § ABL. Artikel 19.1 i EG:s tredje bolagsdirektiv föreskriver: »En fusion skall i kraft av själva lagstiftningen ha följande rättsverkningar, vilka skall inträda samtidigt: a) både i förhållande mellan det överlåtande och det övertagande bolaget och i förhållande till tredje man övergår det överlåtande bolagets samtliga tillgångar och skulder till det övertagande bolaget, b) aktieägarna i det överlåtande bolaget blir aktieägare i det övertagande bolaget, c) det överlåtande bolaget upphör.»

14. Jfr. 14 kap. 22–29 §§ ABL.

15. Vid likvidation skall rörelsen avvecklas och bolagets skulder betalas. Därtill skall ansökas om kallelse på okända borgenärer enligt lagen därom. En sådan kallelse är preklusiv, dvs. en okänd borgenär som underlåter att anmäla sin fordran förlorar sin rätt att göra fordran gällande efter utgången av kallelsetiden på sex månader. Kallelse på borgenärer vid fusion har inte någon sådan preklusiv verkan varför kallelsetiden kan hållas kortare. I normalfallet tillämpas därvid en frist på två månader. (Jfr. not 11 ovan.)

16. Det bör beaktas att om moderbolaget är skuldfinansierat och utöver aktierna i dotterbolaget inte har tillgångar vars värde överstiger dess skulder kommer dotterbolagets balanserade nettotillgångar efter en omvänd fusion att minska.

vilket medför att missförstånd och störda kundrelationer kan undvikas.¹⁷ Moderbolaget, som endast innehar aktier i det rörelsedrivande dotterbolaget, har däremot förmodligen en ytterst begränsad krets av borgenärer. Därtill behöver man inte byta firma på det övertagande bolaget, vilket vanligtvis är nödvändigt ifall dotterbolaget går upp i moderbolaget. En del besparingar kan emellanåt också göras genom att man slipper byta ut organisationsnummer på fakturor och andra trycksaker, vilket även detta många gånger kan skapa förvirring och missförstånd hos kunder och myndigheter.

Utän att förekomma skatteavsnittet nedan kan kort nämnas att aktier anses avyttrade om bolaget som gett ut aktierna träder i likvidation eller upplöses genom fusion. Därvid aktualiseras normalt kapitalvinstbeskattning för aktieägarna. I många fall är det dock möjligt att genomföra fusion utan omedelbara skattekonsekvenser för aktieägarna. Beroende på verksamhetens utformning kan en omvänd fusion vara att föredra framför absorption av helägt dotterbolag. Om all verksamhet bedrivs i dotterbolaget kan det vara fördelaktigt att behålla detta »intakt» och därigenom undvika skattekonsekvenser som kan uppkomma trots att kontinuitetsprincipen tillämpas vid s.k. kvalificerade fusioner.

Det kan nämnas att omvända fusioner förekommer i utlandet. I exempelvis USA används omvända fusioner då publika bolag önskar flytta från en delstat till en annan.¹⁸ Även i samband med företagsförvärv genom samgående förekommer omvända fusioner.¹⁹ Exempel på denna typ av transaktioner som även berört den svenska marknaden är de s.k. »reverse triangular mergers» som skedde vid samgåendena mellan Pharmacia & Upjohn Inc. och Monsanto Company år 2000 respektive mellan Pharmacia Corporation och Pfizer Inc. år 2003.

4 Aktiebolagsrättsliga frågor

4.1 Inledning

Vi skall nedan analysera tre olika frågor som i varierande omfattning kommit att diskuteras i anledning av omvända fusioner, nämligen huruvida omvända fusioner uppfyller de allmänna kriterierna för fusion enligt 14 kap. 1 § ABL, huruvida sådana fusioner kan anses strida mot förbudet i 12 kap. 7 § ABL för aktiebolag att lämna penninglån eller ställa säkerhet i syfte att gäldenären eller närstående till denne skall förvärva aktier i bolaget (förvärvslåneförbudet) samt huruvida omvända fusioner strider mot förbudet att förvärva egna aktier enligt 7 kap. 3 § ABL.²⁰

17. Särskilt om rörelsen har många »vanliga konsumenter» som kunder ger underrättelse om fusion ofta upphov till en hel del missförstånd och därigenom extra arbete för bolagen.

18. Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, 5 uppl., 2000, s. 622 f.

19. Jfr. Karen Hughes och Nick Parden, *Mergers: UK favoured routes*, PLC, 2002, XIII(7), s. 36 f.

20. Det skall anmärkas att PRV regelmässigt registrerar omvända fusioner. PRV reserverar sig emellertid för att det är okänt huruvida omvända fusioner kan angripas utifrån en eller annan civil- eller skatterättslig aspekt.

4.2 Är en omvänd fusion en fusion?

Fusion definieras i 14 kap. 1 § ABL som en rättshandling varigenom ett aktiebolags samtliga tillgångar och skulder övertas av ett annat aktiebolag mot vederlag till aktieägarna i det överlåtande bolaget i form av aktier i det övertagande bolaget, varvid det överlåtande bolaget upplöses utan likvidation. Det är uttrycket »samtliga tillgångar» som här ställer till förtret.²¹

Vid omvänd fusion ingår i moderbolagets tillgångsmassa före fusionsögonblicket aktierna i det övertagande dotterbolaget. Tanken är givetvis inte att dessa aktier skall tas över av dotterbolaget utan att dessa istället skall erläggas som fusionsvederlag till moderbolagets aktieägare. Det har därför ifrågasatts om det övertagande bolaget (dotterbolaget) vid omvänd fusion verkligen övertar det överlåtande bolagets (moderbolagets) »samtliga tillgångar» enligt vad definitionen föreskriver. Om så inte är fallet skulle vid en strikt tolkning av lagens ordalydelse omvänd fusion inte kvalificera sig som fusion.

Det kan kanske argumenteras att aktierna i dotterbolaget åtminstone ett kort ögonblick tas över av dotterbolaget för att omgående därefter utges som fusionsvederlag till aktieägarna i moderbolaget.²² Skatterättsnämnden har gett uttryck för denna uppfattning i ett förhandsbesked.²³ Det kan dock ifrågasättas om ett sådant synsätt är förenligt med bestämmelsen i 14 kap. 20 § ABL. Lagrummet skall nämligen tolkas i ljuset av artikel 19.1 i EG:s tredje bolagsdirektiv²⁴ och följaktligen förstås som att samtliga rättsverkningar av en fusion inträder simultant i och med att fusionsanmälan registreras.²⁵ Följande verkningar kommer sålunda att inträda samtidigt: (1) det överlåtande bolaget upplöses, (2) samtliga dess tillgångar och skulder övergår till det övertagande bolaget samt (3) aktieägarna i det överlåtande bolaget blir aktieägare i det övertagande bolaget.²⁶ En nödvändig förutsättning för att dessa verkningar skall

21. Jfr. prop. 1993/94:196 s. 176; SOU 1992:83 167 och 317. Uttrycket »samtliga tillgångar och skulder» kan härledas ifrån EG:s tredje bolagsdirektiv. I 1944 års aktiebolagslag talades det om »alla tillgångar och skulder» medan det ursprungligen i 1975 års lag endast hette »dess tillgångar och skulder».

22. Ett sådant resonemang kan å andra sidan komma i konflikt med förbudet mot förvärv av egna aktier. Se avsnitt 4.4 nedan.

23. Se vidare avsnitt 6.1. nedan.

24. Jfr. not 13 ovan.

25. Prop. 1993/94:196 s. 103 f.; SOU 1992:83 s. 141 f. och 179 f.

26. Före införlivandet av EG:s tredje bolagsdirektiv tillkom det styrelsen och verkställande direktören i det överlåtande bolaget att skifta fusionsvederlaget till dess aktieägare. Detta innebar att om vederlaget utgjordes av aktier i det övertagande bolaget blev det överlåtande bolaget genom fusionen ägare till dessa och skulle sålunda införas som sådan i aktieboken. Därefter skiftades aktierna till ägarna av det överlåtande bolaget. (SOU 1971:15 s. 348 f.)

kunna inträda vid ett och samma ögonblick vid omvänd fusion är att fusionsvederlaget inte går omvägen över dotterbolaget.²⁷

Som tidigare framhållits synes lagstiftaren ha utgått ifrån att fusionsvederlaget normalt utgörs av nya aktier vilka i samband med fusionen emitteras av det överlåtande bolaget.²⁸ Å andra sidan finns inget uttryckligt hinder föreskrivet i lagen mot att fusionsvederlaget skulle kunna bestå av redan utgivna aktier i det övertagande bolaget. Enligt vår uppfattning finns inte heller några rimliga ändamålssynpunkter som talar emot att befintliga aktier skulle kunna utgöra fusionsvederlag.²⁹ Det kan vidare noteras att i lagen inte uttryckligen angivits att vederlaget måste utges av det övertagande bolaget (även om detta visserligen i de allra flesta fall ligger närmast till hands). Det kan i vissa situationer finnas skäl för att fusionsvederlaget istället utges av någon mer eller mindre utomstående part, t.ex. att vederlaget vid absorption utges av ett koncernbolag till det övertagande bolaget. Det skulle kunna hävdas att vid omvänd fusion utges fusionsvederlaget (de befintliga aktierna i dotterbolaget) inte av det övertagande bolaget (dotterbolaget) utan av det överlåtande bolaget (moderbolaget) samt att detta sker i samma stund som moderbolagets övriga tillgångar övergår till dotterbolaget.³⁰

Lagstiftningen uppvisar emellertid här något av en motsägelse mellan å ena sidan kravet på att »samtliga tillgångar» skall övertas av det övertagande dotterbolaget samt å andra sidan förutsättningen att en del av dessa tillgångar simultant skall utges till moderbolagets ägare som fusionsvederlag.³¹ Detta blir särskilt uppenbart när det överlåtande moderbolagets kanske enda tillgång utgörs av aktierna i dotterbolaget.

27. Om slutsatsen ändå skulle vara att fusionsvederlaget (de befintliga aktierna i dotterbolaget) övertas för att en kort stund innehas av dotterbolaget, skulle det eventuellt kunna ifrågasättas huruvida lagkravet på att det övertagande bolaget skall »överta» samtliga tillgångar innefattar ett krav på att bolaget måste överta de egna aktierna med äganderätt eller om det är tillräckligt att endast besittningen till dessa (en kort stund) övergår till dotterbolaget. Kan dotterbolaget anses »överta» aktierna i lagens mening trots att någon annan (aktieägarna i moderbolaget) har rätt till dem? Därigenom skulle såväl problemet med begreppsbestämningen som förbudet mot förvärv av egna aktier pareras. Detta förefaller emellertid inte vara någon framkomlig väg då definitionen rimligtvis innefattar ett krav på att det övertagande bolaget övertar tillgångarna med samma rätt som det överlåtande bolaget dessförinnan hade.

28. Jfr. not 1 ovan.

29. Jfr. not 2 ovan.

30. Det kan även ifrågasättas om något fusionsvederlag överhuvudtaget behöver utges. En omvänd fusion kan dock inte göras vederlagsfri eftersom dotterbolaget därigenom skulle bli utan ägare. Men frågan kan komma att aktualiseras i samband med att ett moderbolag med två helägda dotterbolag önskar slå samman dessa genom absorption. Något behov av att utge fusionsvederlag föreligger därvid inte eftersom det överlåtande bolagets aktieägare (moderbolaget) redan äger samtliga aktier i det övertagande bolaget. Enligt 14 kap. 1 § ABL förefaller det emellertid vara ett krav att fusionsvederlag skall utgå i form av aktier i det överlåtande bolaget eller pengar. Av förarbetena framgår att om fusionsvederlaget inte motsvarar lagens krav är samgåendet mellan bolagen att anses som något annat än fusion. I så fall kommer det överlåtande bolaget bestå tills vidare. (Se prop. 1993/94:196 s. 177.) Något minsta belopp för vederlaget anges dock inte utan detta kan bestämmas till en krona. Det förefaller något formalistiskt att kräva att ett symboliskt fusionsvederlag måste utgå. Såvitt vi förstår förekommer det att PRV registrerar vederlagsfria fusioner. PRV kräver därvid bl.a. att ägarförhållandena beskrivs så pass utförligt att det klart framgår att det inte finns något behov av fusionsvederlag.

31. Denna motsägelse synes även vidlåda EG:s tredje bolagsdirektiv. (Jfr. dess artiklar 3 och 19.)

Enligt vår uppfattning bör denna motsägelse kunna lösas genom att 14 kap. 1 § ABL tolkas och tillämpas i ljuset av 14 kap 20 §. Vi menar följaktligen att det svår-
ligen med stöd av ordalydelsen i 14 kap. 1 § kan argumenteras för att omvända fusi-
oner skulle falla utanför lagens fusionsbegrepp, eftersom det i 14 kap. 20 § förutsätts
att fusionsvederlaget i form av aktierna i dotterbolaget övergår direkt till moderbo-
lagets ägare i samma ögonblick som moderbolaget upplöses och dess tillgångar och
skulder övergår till dotterbolaget. Lagstiftningen synes sålunda implicit förutsätta att
aktierna i dotterbolaget inte kommer att ingå i de tillgångar som övergår till dotter-
bolaget.

Till yttermera visso har uttrycket »samtliga» knappast tillkommit i syfte att av-
gränsa fusionsbegreppet och därigenom omöjliggöra omvända fusioner. Det kan
ifrågasättas huruvida stadgandet i 14 kap. 1 § skall anses fylla någon konstituerande
funktion. Förmodligen har ingen större tankemöda ödslats på detta uttryck som del
av en legaldefinition av fusionsbegreppet. Det synes mer vara fråga om en beskriv-
ning av vad som skall ske förutsatt att rekvisiten för att fullfölja en fusion uppfylls.
Stadgande anger inte några begränsningar avseende vilka bolag som kan fusioneras.
Som vi nedan kommer att argumentera för finns inte heller några andra legala hinder
för omvända fusioner. Följaktligen anser vi att det inte utifrån ändamålsenliga ut-
gångspunkter är motiverat att försöka utesluta omvända fusioner från det aktiebo-
lagsrättsliga fusionsbegreppet.

4.3 Strider omvända fusioner mot förvärvslåneförbudet?

Enligt 12 kap. 7 § tredje stycket ABL får ett aktiebolag inte lämna penninglån i syfte
att gäldenären eller honom närstående person skall förvärva aktier i bolaget eller an-
nat bolag i samma koncern. Enligt lagrummets sjätte stycke äger förbudet motsva-
rande tillämpning i fråga om ställande av säkerhet. I dagligt tal heter det att det inte
är tillåtet att förvärva aktier genom betalning med det köpta bolagets tillgångar.³²

Förbudet för aktiebolag att lämna penninglån eller ställa säkerhet i syfte att gälde-
nären skall förvärva aktier i bolaget är straffsanktionerat enligt 19 kap. 1 § ABL. Som
huvudregel träffas rättshandlingar i strid med förvärvslåneförbudet inte av ogiltig-

32. Enligt artikel 23.1 i EG:s andra bolagsdirektiv (77/91/EG) får ett bolag inte ge förskott, lämna lån eller
ställa säkerhet i syfte att tredje man skall förvärva aktier i bolaget. Aktiebolagskommittén har föreslagit att
lydelsen av förvärvslåneförbudet justeras enligt artikeln. Därtill har föreslagits att uttrycket »annat bolag i
samma koncern» ändras till »överordnat bolag i samma koncern» för att markera att bestämmelsen inte hindrar
att en avyttring av aktier i ett dotterbolag förenas med kredit på försäljningsbeloppet. (SOU 1997:22 s. 400;
SOU 2001:1 s. 374.) För en allmän behandling av förvärvslåneförbudet, se t.ex. Jan Andersson, Kapitalskyddet
i aktiebolag, 4 uppl., 2002, s. 141 ff.; Stefan Lindskog, Aktiebolagslagen 6:e och 7:e kapitlet. Aktiekapitalned-
sättning och egna aktier, 1995, s. 177 ff.; Kent Löfgren och Lennart Haglund, Omstrukturerings, fusion och
rekonstruktion, 2 uppl., 1995, s. 30 ff.; Erik Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet,
1994, s. 323 ff.

het.³³ Högsta domstolen har emellertid funnit att ett åsidosättande av förbudet under vissa särskilda förhållanden kan medföra ogiltighet. Det är närmast fråga om fall då någon som har haft ett bestämmande inflytande över ett bolag medverkat i en överträdelse av förbudet till sin egen förmån.³⁴ Överträdelse av förbudet kan även leda till skadestånd enligt 15 kap. 1–3 §§ ABL eller 2 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207) samt skattekonsekvenser enligt 11 kap. 45 § respektive 15 kap. 3 § inkomstskattelagen (1999:1229) (»IL«).

Det har ifrågasatts om inte omvända fusioner skulle komma i strid med förvärvslåneförbudet eller i vart fall grunderna för detta. Såvitt vi förstår utgår argumentationen ifrån att vederlaget vid omvända fusioner består av egendom vilken före fusionen ingår i det överlåtande bolagets förmögenhetsmassa. Förvärvet kommer sålunda att finansieras med »målbolagets» tillgångar. Det har därtill förekommit resonemang om att moderbolagets ägares förvärv av aktierna i dotterbolaget skulle kunna utgöra ett kringgående av förvärvslåneförbudet eller reglerna om vinstutdelning. Förvärvslåneförbudet har sålunda kommit att aktualiseras på två olika nivåer.

Mot detta förre resonemanget kan för det första invändas att förvärvslåneförbudet endast omfattar aktieförvärv samt att det generellt vid fusion aldrig kan vara fråga om att överta aktier i det överlåtande bolaget. Det överlåtande bolaget upplöses genom fusionen varvid dess aktier upphör att existera. Vad som förvärvas är det överlåtande bolagets tillgångar och skulder. Det är följaktligen fråga om ett inkråmsförvärv varför förvärvslåneförbudet aldrig kan bli direkt tillämpligt. Det torde vidare var ytterst tvivelaktigt att tillämpa förvärvslåneförbudet analogiskt på omvända fusioner. Med hänsyn till att förbudet är straffsanktionerat får legalitetsprincipen tillmätas särskild vikt vid dess tolkning, i vart fall när det är fråga om bestämmelsens tillämpning i ett straffrättsligt sammanhang.³⁵ Såvitt vi känner till har förbudet aldrig aktualiserats i samband med vanliga inkråmsöverlåtelser. En analogisk tillämpning av förbudet synes vara mindre befogad vid omvända fusioner än vid vanliga inkråmsöverlåtelser. Under fusionsförfarandet tillvaratas nämligen borgenärernas skyddsintresse bl.a. genom rätten att kräva betalning eller betryggande säkerhet.³⁶ Dessutom genomförs förmodligen mer sällan omvända fusioner inom en koncern i syfte att kringgå förvärvslåneförbudet.

Det senare resonemanget synes utgå ifrån att omvända fusioner kan göra det möjligt för moderbolagets ägare att förvärva aktierna i dotterbolaget i situationer när detta inte skulle vara genomförbart i form av ett regelrätt köp eller en sakutdelning från

33. Se prop. 1975:103 s. 496 och 772. Jfr. NJA 1976 s. 618 och NJA 1980 s. 311.

34. Se NJA 1992 s. 717. Jfr. NJA 1999 s. 426. Ogiltighetssanktionen får störst betydelse vid ställande av säkerhet eftersom det vid penninglån alltid föreligger en skyldighet att återbetala det lånade beloppet.

35. Lindskog, a. a. s. 154 f.

36. En principiell skillnad mellan vanliga inkråmsöverlåtelser och fusion vilken här måhända kan vara värd att notera är att i det förre fallet utges vederlaget till säljarbolaget medan vederlaget vid fusion utges till det överlåtande bolagets ägare varvid det överlåtande bolaget upphör att existera.

moderbolaget.³⁷ Man kan tänka sig att moderbolaget har betydande skulder och inga andra tillgångar utöver aktierna i dotterbolaget.³⁸ Därvid skulle det inte vara möjligt för moderbolaget att till sin ägare vinstutdela aktierna i dotterbolaget. Det kan vidare tänkas att ägaren inte är stadd i kassan och inte heller vill eller kan externfinansiera ett förvärv av aktierna från sitt moderbolag. Det skulle sålunda inte heller vara möjligt för ägaren att förvärva aktierna genom att köpa dessa från moderbolaget.³⁹ För att ytterligare spetsa till situationen kan det slutligen tänkas att dotterbolaget inte har några fria vinstmedel varmed moderbolaget skulle kunna betala sina skulder. Återstår sålunda bara för ägaren att förvärva aktierna genom en omvänd fusion, vilket då skulle kunna uppfattas som ett kringgående av både förvärvslåneförbudet och reglerna om vinstutdelning.⁴⁰ I den beskrivna situationen skulle förvärvslåneförbudet åberopas till skydd för borgenärerna i dotterbolaget (som med detta synsätt utgör »målbolag») medan skyddsintresset för vinstutdelningsreglerna skulle vara borgenärerna i moderbolaget (dvs. det bolag som till följd av dessa regler är förhindrad att dela ut sina tillgångar).

Vi anser emellertid att inte heller utifrån detta resonemang bör förvärvslåneförbudet eller vinstutdelningsreglerna kunna göras gällande. För det första kan anmärkas att det inte i något av fallen kan bli fråga om en direkt tillämpning av det aktuella lagrummen utan endast en analogisk tillämpning. Vidare måste beaktas att ett direkt syfte med fusionen är att moderbolaget skall upphöra att existera. Dessutom skulle i konsekvensens namn även moderbolagets absorption av sitt helägda dotterbolag under motsvarande förhållanden kunna anses utgöra ett kringgående av förvärvslåneförbudet, vilket inte synes vara rimligt. Slutligen, vilket konstaterats tidigare, avser reglerna om fusion att skydda och tillvarata intresset hos borgenärerna i såväl det överlåtande moderbolaget som det övertagande dotterbolaget. Borgenärerna i det förra skall underrättas om fusionen och kallas av PRV samt har alltid en ovillkorlig rätt att kräva full betalning eller betryggande säkerhet. Detsamma gäller även för borgenärerna i dotterbolaget, försåvitt inte revisorerna uttalat att de inte funnit att fusionen medför någon fara för dessa.

37. Ett fjärde alternativ för ägarna till moderbolaget att uppnå ett direkt ägande av aktierna i dotterbolaget vore att likvidera moderbolaget.

38. I denna situation kommer dotterbolaget vid en omvänd fusion bli »fattigare» eftersom dotterbolaget endast kommer att överta skulder och inga tillgångar. Moderbolagets enda tillgång kommer nämligen att utges som fusionsvederlag till dess ägare. Om revisorerna bedömer att detta kan medföra en fara för att borgenärerna i dotterbolaget inte skall få sina fordringar betalda, kommer dessa ha möjlighet att bestrida fusionen och därvid begära betalning eller betryggande säkerhet. (Jfr. not 16 ovan.)

39. Det har hävdats att förvärvslåneförbudet skall förstås som att det inte är tillåtet för aktiebolag att sälja aktier i dotterbolag på kredit. Jfr. Sten Andersson, Svante Johansson och Rolf Skog, Aktiebolagslagen. En kommentar. Del II. 10–19 kap. Med supplement 1, mars 2002, 12:52, not 6.

40. Se 12 kap. 2–3 §§ ABL.

4.4 *Förbudet mot förvärv av egna aktier*

Det har slutligen hävdats att omvänd fusion skulle strida mot förbudet enligt 7 kap. 3 § ABL att förvärva egna aktier. Enligt huvudregeln får varken publika onoterade eller privata aktiebolag förvärva egna aktier. Ett avtal i strid däremot är ogiltigt. Publika aktiebolag vars aktier är noterade vid börs, auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad får däremot förvärva egna aktier enligt vissa lagbestämmelser.⁴¹ Aktier som förvärvats i strid med dessa bestämmelser skall enligt 7 kap. 10 § avyttras inom sex månader från förvärvet vid äventyr att aktierna annars blir ogiltiga. Ett publikt noterat aktiebolags förvärv av egna aktier är sålunda inte ogiltigt.⁴²

De som hävdar att omvänd fusion strider mot förbudet att förvärva egna aktier menar att dotterbolaget genom fusionen förvärvar moderbolagets hela tillgångsmassa inklusive aktierna i dotterbolaget. Dessa aktier innehas åtminstone ett kort ögonblick av dotterbolaget innan de utges som fusionsvederlag till moderbolagets aktieägare. Därigenom skulle dotterbolaget bryta mot förbudet att förvärva egna aktier och fusionen skulle därigenom vara ogiltig.⁴³

En rad invändningar kan anföras mot ett sådant resonemang. För det första kan invändas att dotterbolaget överhuvudtaget inte förvärvar sina egna aktier. Alternativt kan det anföras att syftet med transaktionen i vart fall inte är att dotterbolaget skall förvärva egna aktier. Det bör härvid även framhållas att förbudet mot att förvärva egna aktier i huvudsak är avsett att skydda bolagets borgenärer och att detta skyddsintresse beaktas i fusionsförfarandet. Vidare torde emellanåt undantagsregeln i 7 kap. 4 § 2 ABL kunna åberopas enligt vilken aktiebolag får förvärva egna aktier som ingår i en affärsrörelse som övertas. Slutligen kan argumenteras för att om fusionen anses vara ogiltig till följd av att dotterbolaget brutit mot förvärvsförbudet, ogiltigheten likväl kan komma att läkas om den inte kommit att stadfästas av behörig domstol inom viss tid enligt 14 kap. 30 § ABL jämte artikel 22 i EG:s tredje bolagsdirektiv. Vi skall i det följande lite närmare utveckla dessa invändningar.

Som framhållits i avsnitt 4.2 ovan följer av 14 kap. 20 § ABL och artikel 19.1 i EG:s tredje bolagsdirektiv att aktierna i dotterbolaget inte kan anses förvärfvas av det övertagande dotterbolaget utan att äganderätten till aktierna istället övergår direkt från moderbolaget till dess ägare. Enligt vår uppfattning kan aktierna inte ens sägas

41. Dessa lagbestämmelser torde emellertid inte kunna tillämpas vid omvänd fusion.

42. Aktiebolagskommittén föreslog i sitt delbetänkande Aktiebolagets kapital (SOU 1997:22) att såväl privata som publika aktiebolag skulle kunna återköpa sina egna aktier. I avvaktan på en utredning om den skattemässiga behandlingen av förvärv av egna aktier i privata aktiebolag valde regeringen dock att fullfölja förslaget endast för publika aktiebolag vilkas aktier är noterade på börs, auktoriserad marknadsplats eller annan reglerad marknad. (Se prop. 1999/2000:34 s. 54.) I sitt slutbetänkande Ny aktiebolagslag (SOU 2001:1) har Aktiebolagskommittén inte återkommit till sitt ursprungliga förslag. 3:12-utredningen (SOU 2002:52) har numera lämnat förslag om skatteregler vid ej marknadsnoterade bolags återköp av aktier.

43. Detta förutsätter att dotterbolaget inte är ett publikt aktiebolag vars aktie är noterad vid börs, auktoriserad marknad eller någon annan reglerad marknad. För dessa bolag sanktioneras inte förbudet med ogiltighet.

»studsas» på dotterbolaget, utan dessa kommer att övergå direkt från moderbolaget till dess ägare.⁴⁴

Om det trots allt skulle anses att aktierna i dotterbolaget åtminstone för en kort stund övergår på dotterbolaget, kan det invändas att fusionens innebörd likväl inte är att dotterbolaget skall förvärva sina egna aktier i den mening som åsyftas i 7 kap. 3 § ABL. Eftersom aktierna omedelbart kommer att utges som fusionsvederlag till moderbolagets ägare är syftet med transaktionen inte att dotterbolaget skall förvärva sina egna aktier. Det skall härvid framhållas att förbudet mot förvärv av egna aktier i första hand är avsett att skydda bolagets borgenärer.⁴⁵ Med hänsyn till att berörda borgenärsintressen tillgodoses under fusionsförfarandet kan det konstateras att en ändamålsriktig tillämpning av förvärvsförbudet är väl förenlig med en sådan restriktiv tolkning av lagrummet.

För det fall att moderbolaget bedriver någon form av verksamhet kan undantagsbestämmelsen i 7 kap. 4 § 2 ABL åberopas. Enligt denna får aktiebolag förvärva egna aktier vilka ingår i en affärsrörelse som bolaget övertar. Även om det inte framgår uttryckligen i lagtexten är det otvetydigt att bestämmelsen kan tillämpas vid fusion.⁴⁶ Vad som i detta sammanhang menas med »affärsrörelse» är inte helt klart.⁴⁷ Det får anses något tveksamt om det räcker med att moderbolaget endast bedriver verksamhet genom att förvalta aktierna i dotterbolaget.

Slutligen, för det fall att omvänd fusion ändå skulle anses stå i strid med förvärvsförbudet och därmed vara ogiltig, kan denna ogiltighet komma att läkas med stöd av en EG-konform tillämpning av bestämmelsen om klander av fusion i 14 kap. 30 § ABL.

44. Måhända skulle någon vilja gå steget längre och argumentera för att det skulle vara möjligt för moderbolaget att utge fusionsvederlaget (de befintliga aktierna i dotterbolaget) redan innan fusionen verkställts genom att anmälan därom registreras. Detta förutsätter visserligen att det i fusionsplanen stipuleras om dylik »förskotts betalning». En sådan tillämpning skulle i och för sig strida mot ordalydelsen i 14 kap. 20 § ABL. Å andra sidan är det inte helt säkert att detta skulle vara oförenligt med lagstiftarens mening. Den svenske lagstiftaren synes ha utgått ifrån att fusionsvederlaget normalt utgörs av nyemitterade aktier. (Jfr. not 1 ovan.) Enligt 14 kap. 1 § ABL kan även pengar lämnas som fusionsvederlag. Det finns inget uttryckligt hinder i lagtexten mot att utge fusionsvederlag bestående av pengar innan fusionsanmälan registreras och fusionen därigenom fullbordas. När det talas om aktier som vederlag i 14 kap. 20 § avsågs åtminstone ursprungligen nyemitterade aktier. Därmed skulle det kunna hävdas att om fusionsvederlaget består av redan utgivna aktier i det övertagande bolaget så finns (liksom fallet är med pengar) inget hinder mot att dessa utges av moderbolaget redan före fusionens verkställande. Detta står emellertid i strid med artikel 19.1 i EG:s tredje bolagsdirektiv och förmodligen därmed även med hur 14 kap. 20 § numera skall förstås. En sådan förskotts betalning föranleder även vissa skatterättsliga spörsmål. Beroende på fusionsplanens utformning skulle det exempelvis kunna ifrågasättas om utbetalningen skall betraktas som utdelning eller fusionsvederlag.

45. Se SOU 1971:15 s. 201.

46. Enligt Aktiebolagsutredningens ursprungliga förslag skulle förbudet mot att förvärva egna aktier inte utgöra »hinder för aktiebolag att vid övertagande genom fusion eller på annat sätt av affärsrörelse däri ingående aktie». (SOU 1971:15 s. 25.) I propositionen föll hänvisningen till fusion bort. Det är dock helt klart att undantaget även gäller vid fusion. (Se prop. 1975:103 s. 216 och 366.)

47. Enligt Lindskog torde det krävas att »förvärvet avser en tillgångsmassa som sammanhållen används i viss identifierbar verksamhet». Vidare bör de egna aktierna »utgöra en mindre väsentlig del av tillgångsmassan». (Lindskog, a.a. s. 119.)

Enligt lagrummet skall talan om upphävande av stämmobeslut om godkännande av fusionsplan i de s.k. nullitetsfallen⁴⁸ väckas inom sex månader från beslutet. Om sådan talan inte väcks inom den föreskrivna fristen går rätten till talan förlorad. Stadgandet infördes i syfte att implementera bestämmelsen i artikel 22 i EG:s tredje bolagsdirektiv om att talan om ogiltighetsförklaring av fusion måste väckas inom en viss tid.⁴⁹

Av artikel 22 följer att lagstiftningen i medlemsstaterna endast får innehålla sådana regler om ogiltighet av en fusion som uppfyller vissa villkor, bl.a. (1) att ogiltigheten skall beslutas av domstol eller i vissa fall av myndighet, (2) att en fusion som blivit gällande får förklaras ogiltig endast om det inte har förekommit någon rättslig eller administrativ kontroll av fusionens lagenlighet eller officiellt bestyrkta handlingar inte har upprättats eller om det visas att bolagsstämmans beslut är ogiltigt eller kan förklaras ogiltigt enligt nationell rätt, (3) att talan om ogiltighetsförklaring inte får väckas om det har förflutit mer än sex månader från det att fusionen kom att gälla mot den som åberopar ogiltigheten eller om bristen har avhjälppts samt (4) att om det är möjligt att avhjälpa den brist, på grund av vilken fusionen kan förklaras ogiltig, skall domstolen ge bolagen i fråga tillfälle att inom viss tid göra detta.

Vad avses med »ogiltighet» i artikel 22 i EG:s tredje bolagsdirektiv? Inget i dess ordalydelse indikerar att t.ex. avtalsrättslig ogiltighet enligt 3 kap. avtalslagen (1915:218) eller 7 kap 3 § ABL inte skulle innefattas. Det är emellertid möjligt att begreppet skall tolkas snävare. I de svenska förarbetena till lagbestämmelsen i 14 kap. 30 § ABL anges nämligen att Europeiska kommissionen i motiven till artikeln pekar på två principiellt olika grunder på vilka en fusion kan vara ogiltig. Det kan för det första vara fallet till följd av att så allvarliga fel begåtts vid bolagsstämmans beslut om fusion att beslutet i efterhand förklaras ogiltigt. Det kan för det andra vara fallet på grund av felaktigheter i de dokument som upprättats under fusionsförfarandet och legat till grund för fusionen. Kommissionen tar inte ställning till vilka felaktigheter som i dessa fall skall godtas som ogiltighetsgrund. I stället anges i artikeln vissa villkor som måste vara uppfyllda för att fusionen skall få förklaras ogiltig.⁵⁰

Artikelns bestämmelse att talan om ogiltighetsförklaring inte får väckas om mer än sex månader förflutit sedan fusionen kom att gälla mot den som åberopar ogiltigheten, har tillkommit i syfte att skydda såväl bolagens aktieägare som tredje man mot att en fusion under en obestämd eller alltför lång tid löper risken att förklaras ogiltig.⁵¹ Med beaktande av detta skyddssyfte kan vi inte se annat än att artikeln bör tol-

48. Se 9 kap. 40 § andra stycket ABL.

49. Prop. 1993/94:196 s 198 f.; SOU 1992:83 s. 182 f och 346 ff.

50. SOU 1992:83 s. 347.

51. *Ibidem*.

kas enligt dess ordalydelse och sålunda även innefatta avtalsrättslig ogiltighet.⁵² Det kan därför tyckas att artikel 22 i EG:s tredje bolagsdirektiv inte riktigt till fullo kommit att återspeglas i svensk rätt. I 14 kap. 30 § ABL talas endast om »talan om upphävande av stämmobeslut om godkännande av fusionsplan». Talan om ogiltighet av fusion på någon annan grund lämnas därhän.

Förutsatt att artikel 22 skall förstås enligt sin ordalydelse kan enligt vår uppfattning inte en fusion komma att ogiltigförklaras med stöd av en EG-konform tillämpning av stadgandet i 14 kap. 30 § ABL efter att sex månader har förflutit från det att fusionen verkställts. Detta gäller även ifall en sådan ogiltighetstalan är grundad på att fusionen skulle strida mot förbudet enligt 7 kap. 3 § ABL att förvärva egna aktier.

Det kan i detta sammanhang anmärkas att det synes oklart vem som skulle kunna tänkas föra en dylik ogiltighetstalan. Om aktieägarna i det överlåtande moderbolaget är ense om fusionen och moderbolaget i sin tur innehar samtliga aktier i det övertagande dotterbolaget framstår det som uteslutet att en klandertalan skulle kunna föras avseende stämmobeslut att godkänna fusionsplanen. Måhända skulle en borgenär kunna tillerkännas rätt att föra talan mot bolagen med yrkande att det skall fastställas att fusionen är ogiltig med stöd av 7 kap. 3 § ABL. Detta förefaller emellertid något egendomligt för det fall att en sådan borgenär blivit kallad under fusionsförfarandet och därvid antingen inte bestritt ansökan om att verkställa fusionen inom förelagd tid eller erhållit betryggande säkerhet.

5 Bokföring

Bokföringsnämnden (»BFN») gav år 1999 ut en vägledning med allmänna råd⁵³ för hur fusion (absorption) av helägt dotterbolag skall redovisas. Därefter har BFN i februari 2003 givit ut en vägledning och allmänna råd⁵⁴ med redovisningsregler för övriga typer av fusioner som kan förekomma enligt ABL.

BFN:s allmänna utgångspunkt är att redovisning av fusion så långt som möjligt skall ske utifrån transaktionens ekonomiska innebörd. I den senare vägledningen gör BFN en distinktion mellan fusioner som innefattar en reell anskaffning och dem som inte gör det. Med reell anskaffning avses en transaktion som leder till att ett bolag efter fusionen direkt eller indirekt äger tillgångar eller har skulder som det inte direkt

52. Det kan ifrågasättas om man här bör göra en distinktion mellan s.k. svaga och starka ogiltighetsgrunder, dvs. mellan å ena sidan de fall då ogiltigheten inte kan göras gällande mot avtalspart i god tro och inte heller skall beaktas av domstol utan att den åberopats av part, å andra sidan de fall då ogiltigheten kan göras gällande även om motparten var i god tro och skall beaktas av *ex officio* av domstolen. (Jfr. Axel Adlercreutz, *Avtal: Lärobok i avtalsrätt*, 11 uppl., 2000, 58 ff.; Axel Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 12 uppl., 2002, 229 ff.) Ogiltighet till följd av att aktier förvärvats i strid mot förbudet enligt 7 kap. 3 § ABL torde falla in under den senare kategorin. (Jfr. prop. 1975:103 s. 366; SOU 1971:15 s. 201.)

53. BFNAR 1999:1

54. BFNAR 2003:2

eller indirekt ägde eller hade före fusionen. En fusion som enbart är en koncernintern omstrukturering innefattar inte någon reell anskaffning.

Till den del en fusion innefattar en reell anskaffning skall den redovisas som antingen ett förvärv (dvs. till verkliga värden) eller ett samgående (dvs. till bokförda värden). Fusioner vilka inte innefattar en reell anskaffning, t.ex. fusioner mellan koncernbolag, skall redovisas enligt koncernvärdesmetoden, vilket innebär att övertagna tillgångar och skulder redovisas till de värden de upptagits till i koncernredovisningen.

I kommentaren till BFNAR 2003:2 framgår att det enligt BFN:s uppfattning är mycket osäkert om ABL ger utrymme för omvända fusioner. Det allmänna rådet och vägledningen innehåller därför inga regler om hur sådana transaktioner skall redovisas.⁵⁵

6 Skatterättsliga aspekter

6.1 *Den skatterättsliga definitionen av fusion*

Skattereglerna vid fusion skiljer mellan skattekonsekvenser på bolags- och aktieägarnivå. Utgångspunkten för skattekonsekvenserna för såväl bolagen som aktieägarna är dock den skatterättsliga definitionen av fusion i 37 kap. 3 § IL. Fusion definieras i lagrummet som en ombildning där samtliga »tillgångar samt skulder och andra förpliktelser» hos det överlåtande företaget tas över av det övertagande företaget och det överlåtande företaget upplöses utan likvidation. Den första fråga som infinner sig är huruvida en omvänd fusion överhuvudtaget omfattas av den skatterättsliga definitionen av fusion. Det kan, på motsvarande sätt som vid den civilrättsliga begreppsbestämningen, ifrågasättas om dotterbolaget verkligen övertar »samtliga tillgångar» hos moderbolaget då detta inte kommer, och inte heller får, förvärva aktier i sig självt.

Det skall inledningsvis framhållas att den skatterättsliga definitionen av fusion är generell. Definitionen har utformats med utgångspunkt i bl.a. fusionsreglerna i ABL.⁵⁶ Denna generella lösning motiverades av lagtekniska skäl och för att undvika en särreglering av internationella fusioner. Avsikten är följaktligen att fusioner som faller in under ABL:s tillämpningsområde även skall omfattas av den skatterättsliga definitionen. Enligt vår slutsats ovan kvalificerar sig omvända fusioner som fusioner i aktiebolagsrättslig bemärkelse.⁵⁷ Detta innebär enligt vår uppfattning att omvända fusioner bör omfattas av det skatterättsliga fusionsbegreppet.

55. BFN:s vägledning Redovisning av fusion, s. 7.

56. Prop. 1998/99:15 s. 215.

57. Beträffande fusioner som genomförs enligt utländsk rätt bör bestämmelsen om utländska motsvarigheter i 2 kap. 2 § IL noteras.

Skatterättsnämnden har i ett förhandsbesked bekräftat att omvända fusioner omfattas av den nu upphävda lagen (1998:1603) om beskattning vid fusioner, fissioner och verksamhetsöverlåtelse (»FUL»).⁵⁸ Det aktuella villkoret i då gällande FUL överensstämmer med nuvarande reglering enligt IL. I förhandsbeskedet konstateras först att kravet på att samtliga tillgångar och skulder skall övertas av övertagande bolag inte kan ses som ett krav på att det övertagande bolaget skall behålla dessa tillgångar. Skatterättsnämnden uttalar därefter att även om dotterbolagets innehav av de egna aktierna är ytterst kortvarigt vid en omvänd fusion så uppfyller en sådan fusion villkoren i 4 § FUL.

Skatterättsnämnden utgår således från att dotterbolaget, om än bara för en kort stund, kommer att överta och inneha sina egna aktier. Oaktat att vi instämmer i Skatterättsnämndens slutsats att omvända fusioner faller in under det skatterättsliga fusionsbegreppet, kan det enligt vår mening ifrågasättas om dotterbolaget ens för ett kort ögonblick övertar och innehar de egna aktierna. Som angivits ovan menar vi att fusionsvederlaget (aktierna i dotterbolaget) överförs direkt till aktieägarna i moderbolaget utan att passera dotterbolaget.⁵⁹ Skulle vår uppfattning vinna mer allmänt gehör kan den räckvidd och det eventuella prejudikatvärde som ett förhandsbesked kan ge ifrågasättas.

6.2 Skattekonsekvenser på bolagsnivå

En fusion som uppfyller vissa villkor betecknas som en kvalificerad fusion. Vid en sådan fusion tillämpas kontinuitetsprincipen på bolagsnivå varför normalt sett inga (svenska) skattekonsekvenser utlöses för bolagen. Det övertagande företaget inträder istället i det överlåtande företags skattemässiga situation.

För att en fusion skall anses kvalificerad krävs i huvudsak (1) att överlåtande och övertagande bolag är skattskyldiga för inkomst av den överlåtna verksamheten före, respektive omedelbart efter, fusionen, (2) att fusionsvederlag endast utbetalas till andra aktieägare än det övertagande bolaget samt (3) att beskattningsåret för den överlåtna näringsverksamheten inte kommer att överstiga 18 månader. Det bör dock noteras att vissa undantag från kontinuitetsprincipen kan aktualiseras. När det gäller mervärdesskatt är undantaget från mervärdesskatt vid verksamhetsöverlåtelse typiskt sett tillämpligt vid fusion. Undantaget förutsätter dock att övertagande bolag är berättigat till avdrag för, eller återbetalning av, ingående moms.

Genom att det rörelsedrivande dotterbolaget behålls intakt undviks vissa skattekonsekvenser som kan uppkomma trots kontinuitetsprincipens tillämplighet vid kvalificerade fusioner. Om inventarier tas upp till ett högre värde i det övertagande bo-

58. Förhandsbesked från Skatterättsnämnden den 24 november 1999, Riksskatteverkets rättsfallsprotokoll 40/99.

59. Se avsnitt 4.2 ovan.

lagets räkenskaper än det skattemässiga värdet hos det överlåtande bolaget får övertagande bolag endast tillämpa räkenskapsenlig avskrivning om mellanskillnaden tas upp som intäkt. För bolag med verksamhet i utlandet kan en fusion medföra utländska skattekonsekvenser i form av bl.a. stämpelskatter och transaktionsskatter till följd av överlåtelse av tillgångar. Även om detta i normalfallet inte är något större problem vid kvalificerade fusioner kan skattekonsekvenserna, vid vissa typer av verksamhet, uppgå till betydande belopp. Detta problem uppkommer inte vid en omvänd fusion där samtliga tillgångar innehåses av det rörelsedrivande dotterbolaget.

I detta sammanhang kan det även kort nämnas att Regeringsrätten nyligen fastställde ett förhandsbesked från Skatterättsnämnden avseende beskattning av concerngoodwill vid fusion.⁶⁰ Enligt nämnden skall en goodwillpost som ett moderbolag i enlighet med god redovisningssed tar upp i samband med fusion av helägt dotterbolag, utan att posten har någon motsvarighet i dotterbolagets räkenskaper, inte anses förvärvat från dotterbolaget. Posten skall därför inte behandlas som ett inventarium vid beskattningen varför någon intäkt inte skall tas upp enligt 37 kap. 20 § IL.

6.3 *Skattekonsekvenser på aktieägarnivå*

Aktieägare som erhåller aktier i det övertagande företaget som fusionsvederlag anses ha avyttrat innehavda aktier i överlåtande företag mot ersättning bestående av aktier i övertagande bolag. En sådan avyttring utlöser som huvudregel kapitalvinstbeskattning. Om fusionsvederlaget består av aktier är det dock normalt möjligt att strukturera transaktionen så att omedelbara skattekonsekvenser undviks för aktieägare med skatterättsligt hemvist i Sverige. Kapitalvinstbeskattning kan undvikas om fusionen utformas så att villkoren för tillämpning av reglerna om framskjuten beskattning respektive uppskovsgrundande andelsbyten är uppfyllda.

Enligt 48 a kap. 4 § samt 49 kap. 4 § IL skall det övertagande företaget vid fusion anses köpa sådana andelar i det överlåtande företaget som det inte redan ägde. En nödvändig förutsättning för att andelsbytesreglerna skall vara tillämpliga är således att en omvänd fusion omfattas av den skatterättsliga definitionen av fusion. Tillämpligheten av andelsbytesreglerna är dock inte beroende av om villkoren för en kvalificerad fusion är uppfyllda på bolagsnivå.

För att andelsbytesreglerna skall vara tillämpliga krävs i huvudsak (1) att de övertagande och överlåtande företagen är svenska aktiebolag, utländska bolag eller andra kvalificerade utländska företag, (2) att vederlaget är marknadsmässigt och består av aktier i övertagande företag samt (3) att eventuellt kontant vederlag inte överstiger 10 procent av de mottagna aktiernas nominella värde.

Mot bakgrund av att fusionsvederlaget civilrättsligt kan bestå av en kombination av aktier och pengar kan det vara intressant att notera att ett sådant vederlag i många

60. Regeringsrättens dom den 22 maj 2003, mål nr 5657-2002, Riksskatteverkets rättsfallsprotokoll 18/03.

fall är oförenligt med andelsbytesreglerna då det normalt inte krävs många kronor för att 10-procentsspärren skall aktualiseras.⁶¹ Vidare synes det krävas icke sedvanliga villkor i fusionsplanen för att det skall vara möjligt att argumentera för att vissa aktier avyttrats mot aktier och vissa mot kontant vederlag enligt RÅ 2002 ref. 27.

Aktieägare som är fysiska personer tillämpar numera reglerna om framskjuten beskattning. Dessa regler är obligatoriska och innebär att aktieägarnas omkostnadsbelopp för avyttrade aktier överförs på de aktier som erhålls som fusionsvederlag. Juridiska personer och delägare i svenska handelsbolag kan istället erhålla uppskov med beskattning av kapitalvinst enligt reglerna om uppskovsgrundande andelsbyten. Reglerna om uppskovsgrundande andelsbyten förutsätter yrkande från säljaren samt, vilket inte är fallet beträffande reglerna om framskjuten beskattning, att fusionen resulterat i en kapitalvinst.

För aktiebolag och vissa andra juridiska personer är numera kapitalvinster på näringsbetingade andelar skattefria respektive ej avdragsgilla om vissa villkor är uppfyllda. Aktier som är kapitaltillgångar anses näringsbetingade om de är onoterade eller, beträffande marknadsnoterade aktier, om innehavet motsvarar minst tio procent av röstetalet för samtliga aktier i bolaget. Det finns även en utredningsregel enligt vilken aktier kan anses näringsbetingade om innehavet betingas av rörelsen hos ägarföretaget eller annat, på visst sätt definierat, närstående företag. För marknadsnoterade aktier gäller vidare för skattefrihet att aktierna varit näringsbetingade i minst ett år vid avyttringstidpunkten. De nya reglerna om skattefri kapitalvinst på näringsbetingade andelar kommer således att vara särskilt intressanta i fall när moderbolaget är onoterat. Det kan även noteras att vid en omvänd fusion mellan ett dotterbolag och ett dotterdotterbolag aktualiseras typiskt sett inte kapitalvinstbeskattning för moderbolaget enligt dessa nya regler.⁶²

Beträffande utländska aktieägare kan noteras att fusionsvederlag jämsätts med utdelning enligt kupongskattelagen (1970:624) till den del vederlaget utgörs av annat än aktier i det övertagande företaget. Enligt intern rätt utgår således normalt kupongskatt på fusionsvederlag i pengar.⁶³

61. Jfr 4.4 ovan.

62. Tidigare fanns möjlighet att erhålla uppskov med beskattningen enligt reglerna om koncerninterna andelsavyttringar.

63. De nya reglerna om skattefri kapitalvinst på näringsbetingade andelar har dock föranlett vissa ändringar av 4 § kupongskattelagen enligt vilka kupongskatt inte utgår på utdelning (inkluderar fusionsvederlag enligt 2 § 2 st. samma lag) som erhålls på näringsbetingade andelar som innehas av utländska bolag om vissa villkor är uppfyllda.

7 Avslutning

Omvända fusioner används inte sällan i syfte att förenkla eller avsluta koncernförhållanden. Typiskt sett finns ett rörelsedrivande dotterbolag med ett moderbolag vars enda tillgång är aktierna i dotterbolaget. Man önskar att behålla endast ett bolag i vilket rörelsen bedrivs. Av praktiska orsaker och emellanåt skatteskal kan därvid omvänd fusion vara att föredra framför antingen likvidation av något av bolagen eller en fusion varigenom dotterbolaget absorberas av moderbolaget. Fördelarna uppnås bl.a. genom att det rörelsedrivande dotterbolaget behålls intakt.

Utomlands används omvända fusioner vid bl.a. samgåenden mellan fristående bolag. Det kan därför inte uteslutas att omvända fusioner framöver kan komma få fler tillämpningsområden i Sverige än vid koncerninterna omstruktureringar.

Det har uttalats tvivel huruvida omvända fusioner uppfyller de aktiebolagsrättsliga kriterierna för fusion. Det kan nämligen ifrågasättas om dotterbolaget verkligen övertar moderbolagets »samtliga tillgångar» i och med att en del av dess tillgångsmassa utges som fusionsvederlag. Det har vidare diskuterats om inte omvända fusioner strider mot förvärvslåneförbudet samt förbudet mot att förvärva egna aktier. Vi menar att de aktuella lagreglerna vid en rent språklig tolkning är förenliga med omvända fusioner. Viktigare är dock att det inte föreligger någon ändamålssynpunkt för att tillämpa dessa regler på ett sätt som omintetgör omvända fusioner.

Det har även ifrågasatts huruvida omvända fusioner omfattas av det skatterättsliga fusionsbegreppet. Enligt vår uppfattning bör den skatterättsliga definitionen av fusion tolkas i ljuset av den aktiebolagsrättsliga begreppsbestämningen, varför omvända fusioner inte heller bör stå i strid med skattereglerna. Följaktligen är det i många fall möjligt att strukturera omvända fusioner så att de uppfyller villkoren för kvalificerade fusioner och andelsbytesreglerna.

Advokat Viktor Magnell och jur. kand. Karl Sandström är verksamma hos Mannheimer Swartling Advokatbyrå i Stockholm. Viktor ingår i verksamhetsgruppen för aktiemarknadsrätt medan Karl ingår i verksamhetsgruppen för företagsbeskattning.