

Kommittédirektiv

Översyn av vissa rörelse- och tillsynsregler på bankområdet m.m.

Dir. 1995:86

Beslut vid regeringssammanträde den 6 juni 1995.

Sammanfattning av uppdraget

En kommitté skall utreda behovet av ändringar i det regelverk som styr framför allt bankers och andra kreditinstituts verksamhet, men även andra institut på det finansiella området, t.ex. värdepappersbolag och försäkringsbolag. Kommittén skall även utreda behovet av ändringar i tillsynens innehåll och inriktning på detta område. Om det är lämpligt skall kommittén föreslå ändringar av regelverket.

Kommittén skall

- överväga behovet av ändrade regler för hantering av ekonomiska risker och för intern kontroll i banker, kreditmarknadsbolag och värdepappersbolag,
- överväga behovet av ändrade regler för beslutsdelegation och beslutsfattande inom instituten, innefattande arbetet inom styrelse och ledning,
- analysera de mål som bör styra tillsynsverksamheten, värdera hur angelägna olika tillsynsuppgifter är samt bedöma hur riktlinjerna för verksamheten skall läggas fast,
- överväga vissa frågor om revisorernas roll,
- överväga behovet av ändrade regler för Finansinspektionens ingripanden och sanktioner,
- överväga behovet av särskilda regler för situationer då ett enskilt kreditinstitut har finansiella svårigheter, samt
- analysera det nuvarande straffrättsliga systemets sätt att verka på området och överväga reformer.

Bakgrund

De svenska bankernas finansiella situation försvagades allvarligt i samband med att den långvariga högkonjunkturen bröts mot slutet av 1980-talet. Den svenska ekonomin gick in i en osedvanligt djup lågkonjunktur med fallande tillgångspriser och stigande realräntor. Tidigare överhettning med starka inslag av prisspekulation på fastighetsmarknaden hade lett till långsiktigt ohållbara prisstegringar. Avregleringar av kreditmarknaden ledde i det rådande ekonomiska klimatet till en kraftig utlåningsexpansion och jakt på marknadsandelar. Kreditgivningen kom i många fall att ske på alltför lösa grunder. När prisbubblan på fastighetsmarknaden sprack och konjunkturläget allvarligt försvagades, tvingades först ett antal finansbolag och senare banker att redovisa så stora kreditförluster att staten i syfte att säkra stabiliteten i betalningssystemet såg sig tvungen att göra ett temporärt åtagande om stöd till bankerna och vissa andra kreditinstitut.

Den finansiella kris som drabbade i synnerhet bankerna i början av 1990-talet ger anledning till en översyn av statens system för kontroll av dessa.

Även försäkringsområdet har berörts av den finansiella krisen. I början av 1990-talet försattes ett par kreditförsäkringsbolag i konkurs. Även andra bolag drabbades av stora förluster inom området för kreditförsäkring.

Det senaste decenniets utveckling på kreditmarknaden har präglats av avvecklingen av kvantitativa regleringar. Kreditregleringarna avskaffades gradvis under mitten och slutet av 1980-talet. Detta ändrade radikalt arbetsvillkoren för bankerna. Vidare togs hinder för utländsk konkurrens bort. Från att ha verkat på en marknad som närmast kan beskrivas som skyddad arbetar bankerna nu på en friare och mer konkurrensutsatt marknad. Även om de regler som ger ramarna för bankernas verksamhet (rörelsereglerna) i viss mån förändrades under samma period skedde det knappast i lika hög grad som villkoren för verksamheten. Även detta förhållande bidrar till behovet av en översyn av vissa regler.

Kreditmarknadsbolagens och värdepappersbolagens förhållanden är intimt förknippade med villkoren för bankernas verksamhet. Regleringen av dessa institut stämmer i viktiga avseenden överens med vad som gäller för bankerna. Regelverket bör därför ses över i samband med översynen av regelverket för bankerna. Motsvarande gäller i vissa avseenden försäkringsområdet.

Tillsynsmyndighetens arbetsvillkor har också förändrats. Under de senaste två decennierna har nya uppgifter förts till tillsynsmyndigheten. Detta i kombination med den snabba utvecklingen av produkter och

institutens användning av ny teknik har ställt krav på förändringar i tillsynens utövande och inriktning. De nämnda förändringarna, i kombination med i det närmaste oförändrade resurser fram till slutet av 1980-talet, fick till följd att de traditionella och grundläggande tillsynsverksamheterna fick mindre utrymme.

Bankinspektionen, som tidigare ansvarade för tillsynen av bankerna och motsvarigheterna till dagens kreditmarknadsbolag, slogs den 1 juli 1991 samman med Försäkringsinspektionen till Finansinspektionen. Ett arbete pågår för närvarande inom Finansinspektionen för att förändra verksamhetens inriktning. Den nybildade myndigheten har genomgått flera organisationsförändringar. Genom en omorganisation den 1 april 1994 har inspektionen specialiserat verksamheten för att uppnå en effektivare tillsyn. Speciella enheter för finansiell analys och för operativ tillsyn har skapats. Tillsynen har ändrats från att tidigare ha varit institutsinriktad till att bli funktionsinriktad. Tonvikten har allt mer lagts på institutens risktagande.

Ett led i förändringsarbetet har varit att utveckla former för tillsyn av institutens interna styrning, information och kontroll. Till ledning för instituten har inspektionen utfärdat allmänna råd om styrning, intern information och intern kontroll inom kredit- och värdepappersinstitut samt försäkringsbolag. I anslutning till arbetet med de allmänna råden har inspektionen skrivit till regeringen och hemställt att en lagreglering med motsvarande inriktning övervägs. Det fortsatta förändringsarbetet inom inspektionen inriktas nu på de risker som finns i instituten, såsom kreditrisker, marknadsrisker, motpartsrisker etc.

Inom ramen för de medel som Finansinspektionen tilldelas genom den sedvanliga budgetprocessen har den tämligen fria händer att själv bestämma hur resurserna skall användas. I viss mån styrs Finansinspektionens verksamhet och prioriteringar av anvisningar i regleringsbrev och särskilda uppdrag.

Tidigare utredningsarbete

Omfattande lärdomar om hur banksystemet och tillsynen fungerat har dragits, dels i arbetet med krishanteringen, dels genom efterföljande utredningar av olika slag.

Statens finansiella stöd till bankerna har främst hanterats av Bankstödsnämnden (jfr regeringens skrivelse 1993/94:61). Under detta arbete har mycket omfattande undersökningar av de stödsökande bankerna vidtagits. På senare tid har statens ägande av Nordbanken och Gota Bank utövats genom Bankstödsnämnden. Värdefull kunskap om här aktuella frågor har erhållits under arbetet. I rapporten, "Erfaren-

heter av bankkrisen, en rapport till regeringen", daterad den 17 oktober 1994, ger Bankstödsnämnden uttryck för sin syn på vissa aspekter av bankkrisen. Rapporten behandlar främst brister i bankernas styrning, kontroll och informationssystem samt behovet av förändringar i regelverket och ramarna för tillsynen.

Regeringen tillkallade i början av år 1993 en kommitté (Bankkris-kommittén, Fi 1993:02). I kommitténs uppdrag ingick att kartlägga och beskriva utvecklingen på kreditmarknaden samt att analysera orsakerna till de problem som uppstått. Vidare ingick en översyn av tillsynens innehåll och inriktning i uppdraget. Översynen skulle göras mot bakgrund av en analys av det regelverk som omgärdar bankernas verksamhet. Kommitténs arbete har resulterat i ett antal rapporter, författade av kommitténs ordförande och av personer knutna till kommittén. Rapporterna har publicerats. Bankkriskommitténs arbete har avslutats utan att något betänkande har avlämnats.

Finansinspektionen har gjort omfattande undersökningar av bankernas kreditgivning under den tid som föregick krisen. Av dessa undersökningar torde en hel del slutsatser om arbetsformerna inom bankerna ha dragits.

En genomgång av kreditgivningen i Nordbanken, Gota Bank och Första Sparbanken har gjorts för att undersöka möjligheterna att föra skadestånds talan mot ledande befattningshavare i dessa banker. Dessa undersökningar, som finns publicerade, har lett till att skadeståndsprocesser inletts mot vissa styrelseledamöter.

I betänkandet kreditförsäkring – Några aktuella problem (SOU 1992:30) redovisas en analys av orsakerna till Försäkringsaktiebolaget Njords konkurs samt vissa frågor om Finansinspektionens tillsyn vad gäller kreditförsäkring samt revisorernas uppgift.

Uppdraget

Skyddsintressena

Som inledningsvis angetts ger den djupa bankkrisen anledning till en översyn av statens tillsyn över – framför allt – banker och kreditmarknadsbolag. Det finns nu omfattande kunskaper om vilka skeenden som lett fram till krisen i banksystemet. Det är angeläget att ta till vara dessa erfarenheter i utredningsarbetet.

Den särskilda regleringen av banker, andra kreditinstitut och värdepappersbolag som ställer större krav på dessas verksamhet än på annan näringsverksamhet, motiveras med att det finns särskilda skyddsintressen på området. Ett sådant skyddsintresse är att stabiliteten i betal-

ningssystemet hotas om banksystemets solvens sätts i fråga. Omfattande störningar i den finansiellasektorn riskerar att sprida sig till resten av ekonomin vilket medför negativa konsekvenser för den ekonomiska utvecklingen. Ett viktigt syfte med regleringen av instituten är att förhindra sådana förlopp. Det finns därutöver ett direkt konsumentskyddsintresse att beakta. Inte minst har bankernas inlåning stor betydelse för den enskildes möjligheter att hantera sin egen ekonomi på ett effektivt och säkert sätt. Kommittén bör redovisa sin uppfattning om skyddsintressena som en grund för kommitténs överväganden inom ramen för detta uppdrag.

Försäkringsutredningen har i betänkandet Försäkringsrörelse i förändring 1 (SOU 1991:89) analyserat de särskilda skyddsintressena på försäkringsområdet. I de delar kommittén har att bedöma frågor som rör försäkringsverksamhet bör de uppfattningar som framförts i det betänkandet ligga till grund för övervägandena.

Rörelsereglerna

Med utgångspunkt från en kartläggning av de erfarenheter som dragits av finanskrisen och kommitténs syn på skyddsintressena är det naturligt att se över rörelsereglerna för banker och andra kreditinstitut och för värdepappersbolag. Främst bör behovet av kompletterande regler om riskhantering av olika slag övervägas. Intimt förknippad med denna fråga är, som bl.a. Finansinspektionen framhållit i sin skrivelse till regeringen, behovet av regler om den interna kontrollens innehåll och utformning. Kommitténs arbete bör i första hand inriktas på de nu nämnda frågorna och på styrelsens och ledningens ansvar för det interna regelverkets utformning och efterlevnad. I den delen bör kommitténs överväganden också inbegripa försäkringsbolag. Kommittén bör också ägna uppmärksamhet åt reglerna om s.k. jävskrediter. Om kommittén anser att det finns skäl för det, kan den också se över andra rörelseregler.

Regler om ledning och delegering

I krisens efterdyningar har styrelse- och ledningsfrågor liksom olika ansvarsfrågor fått stor uppmärksamhet. En översyn av de särskilda regler som finns om styrning och ansvarsfördelning inom banker bör göras. I det sammanhanget bör även motsvarande regler för försäkringsbolag ses över. I samband härmed bör övervägas om det är motiverat att ha andra regler i dessa avseenden för - som nu är fallet - bankaktiebolag och försäkringsbolag än för allmänna aktiebolag. I detta sammanhang bör beaktas att kreditmarknadsbolagen och värdepap-

persbolagen omfattas av aktiebolagslagen och att därmed delvis andra regler om styrning och ansvarfördelningen mellan bolagsorganen gäller för dessa bolag. Aktiebolagskommittén (Ju 1990:08) har sett över aktiebolagslagens överlämnat ett delbetänkande (SOU 1995:44) som behandlar dessa frågor. Aktiebolagskommitténs överväganden och förslag är av intresse även för regleringen av instituten på det finansiella området. Kommitténs närmare överväganden av dessa frågor bör ske i ljuset av de förslag som presenterats i aktiebolagskommitténs betänkande.

Vissa sekretessfrågor

Det har uppmärksammats att reglerna om sekretess, såsom de tolkats, har gett upphov till svårigheter bl.a. vid förvärv av banker och vid kreditgivning till kreditmarknadsbolag. En översyn av sekretessreglerna för banker och kreditmarknadsbolag kan därför vara aktuell.

Tillsynen

Ett starkt samband råder mellan utformningen av rörelsereglerna och utformningen av tillsynsverksamheten. Det är önskvärt att kommittén med utgångspunkt från de övergripande målen för tillsynen – att den skall bidra till det finansiella systemets stabilitet och effektivitet och ett gott konsumentskydd – värderar hur angelägna olika tillsynsuppgifter är. Kommittén bör i det sammanhanget uppmärksamma de synpunkter som förts fram i Bankstödsnämndens tidigare nämnda rapport, i Riksrevisionsverkets rapport Statens tillsyn över de finansiella marknaderna (RRV 1994:15) och i Finansinspektionens skrivelse till Riksrevisionsverket den 22 december 1994 med anledning av rapporten (dnr 119-2958/94).

Kommitténs överväganden i dessa frågor bör göras mot bakgrund av en analys av vilka resurser som fordras för att ett tillsynsarbete i enlighet med kommitténs förslag skall kunna utföras. Kommittén bör i det sammanhanget inte bara ange en önskvärd ambitionsnivå utan också uttala sig om tillsynsarbetets inriktning vid en oförändrad resursnivå för inspektionen. I det sammanhanget bör kommittén även beakta de krav som medlemskapet i EU ställer, såväl i form av inspektionens deltagande i utvecklingen av det gemensamma regelverket på området som inspektionens samarbete med utländska myndigheter.

Kommittén bör också överväga i vilken form riktlinjerna för inriktningen på själva tillsynsarbetet skall läggas fast. Styrningen av inspektionen kan ske på olika sätt och med olika metoder. Det är naturligt att bestämmelser i lag identifierar inspektionens grundläggande uppgifter.

Det bör dock övervägas vilken grad av flexibilitet dessa regler skall ge. Vidare bör övervägas hur övriga riktlinjer för inspektionens arbete bör vara utformade, exempelvis i myndighetens instruktion och i dess regleringsbrev.

Vissa frågor om revision

Enligt nu gällande regler skall Finansinspektionen enligt huvudregeln i banker och försäkringsbolag utse en eller flera revisorer att tillsammans med de revisorer som valts på bolagsstämman eller motsvarande delta i revisionen. För övriga institut som står under tillsyn finns en möjlighet för inspektionen att utse revisorer. Inspektionen har i en skrivelse till regeringen föreslagit att systemet med förordnande av revisorer i institut under tillsyn reformeras. Sedan Finansdepartementet remitterat skrivelsen har Finansinspektionen efter att ha tagit del av remissynpunkterna utarbetat en promemoria. I den föreslås att det inte skall föreligga någon skyldighet för Finansinspektionen att tillsätta revisorer men att inspektionen alltså skall ha en möjlighet till det. Vidare föreslås att den lagstadgade revisionsplikten i institut som står under inspektionens tillsyn på visst sätt skall utvidgas och de av bolagsstämman valda revisorerna skall vara skyldiga att dels utföra de revisionsinsatser som initierats av inspektionen, dels rapportera vissa iakttagelser till inspektionen.

Inom EU pågår för närvarande arbetet med ett direktiv om bl.a. förstärkt tillsyn över banker, värdepappersföretag och försäkringsföretag (det s.k. BCCI-direktivet). Mycket talar för att direktivförslaget – med vederbörliga justeringar – kommer att antas inom kort samt att det kommer att innehålla regler om revisorers skyldighet att rapportera vissa iakttagelser till tillsynsmyndigheten.

Även aktiebolagskommittén har behandlat revisorernas roll. Vidare har regeringen nyligen föreslagit vissa regler om godkända och auktoriserade revisorer (prop. 1994/95:152).

Kommittén bör mot bakgrund av de överväganden som görs av aktiebolagskommittén och i ljuset av regeringens förslag dels bedöma om de förslag som läggs fram av Finansinspektionen i den nyssnämnda promemorian bör medföra lagändringar, dels utarbeta de förslag – i den mån det inte sker med anledning av inspektionens framställan – som föranleds av BCCI-direktivet i den del det rör revisorer.

Ingripanden och sanktioner

Finansinspektionen har i lag getts vissa befogenheter att ingripa mot de finansiella instituten. Enligt bankrörelselagen (1987:617) kan inspektionen bl.a. förbjuda verkställighet av en banks beslut, sammankalla bankens styrelse och bolagsstämma samt återkalla en banks oktroj eller, om det är tillräckligt, meddela varning. Liknande, men inte helt överensstämmande, regler finns när det gäller andra finansiella företag. Finansinspektionen gör dessutom i vissa fall uttalanden, som inte är rättsligt bindande men som är avsedda att vara till ledning för de institut som står under tillsyn.

Det är av grundläggande betydelse för Finansinspektionens möjligheter att fullgöra sitt tillsynsuppdrag att den till sitt förfogande har lämpligt avvägda möjligheter att ingripa mot missförhållanden i instituten. En kartläggning av de regler som styr tillsynsmyndigheternas möjligheter till ingripanden och sanktioner i Sverige och i andra länder bör följas av en analys av behovet av nya regler här i landet. I analysen skall särskilt belysas frågan om ytterligare sanktioner bör införas. Regelverket bör, om inte särskilda skäl talar mot det, vara utformat på samma sätt för alla verksamhetsformer som står under Finansinspektionens tillsyn. Kommitténs överväganden i dessa delar bör åtföljas av en bedömning av vilka resurser som krävs för utövande av sådana befogenheter.

Vidare bör övervägas hur detaljerade de regler som ger inspektionen rätt att ingripa bör vara. Vid den bedömningen måste kommittén naturligen lägga stor vikt vid hur förutsägbar reglernas tillämpning blir.

Speciella regler för situationer när ett institut har finansiella problem

Arbetet bör även inbegripa en analys av behovet av särskilda regler för situationer då en enskild bank eller ett enskilt kreditmarknadsbolag har råkat i finansiella svårigheter. Enligt gällande regler erfordras en viss kapitaltäckningsnivå. Om kapitalbasen är för liten skall institutet rätta till missförhållandet. I praktiken kan två vägar tänkas. Antingen tillförs nytt kapital eller minskas balansomslutningen. I det inledande skedet av bankkrisen visade det sig dock att ingendera möjligheten var realistisk för att återställa vissa bankers kapitalstyrka. När staten fann det nödvändigt att vidta åtgärder sänktes regler som tillförsäkrade staten möjligheten att alltid ingripa i syfte att stabilisera betalningssystemet. Bland annat för att komma till rätta med dessa svårigheter infördes lagen (1993:765) om statligt stöd till banker och andra kreditinstitut. Denna lag innehåller bl.a. regler om att staten, under vissa förhållanden, har rätt att lösa in aktierna i ett kreditinstitut eller ställa det

under tvångsförvaltning. Vidare finns bestämmelser om att villkoren för statligt stöd kan prövas av en för ändamålet särskilt inrättad prövningsnämnd.

Det av riksdagen år 1992 beslutade statliga åtagandet att banker och vissa andra kreditinstitut med statlig anknytning skall kunna infria sina förpliktelser i rätt tid är temporärt. Någon tidpunkt för avveckling av åtagandet är inte bestämd, vilket framgår av lagen. Bestämmelserna om prövningsnämnd, inlösen av aktier och tvångsförvaltning har dock tidsbegränsats till att gälla till den 31 december 1995.

Kommittén bör i sitt arbete överväga om bestämmelser om rekonstruktion av krisdrabbade banker och kreditmarknadsbolag bör införas permanent och hur de i så fall bör utformas. En studie av motsvarande system i andra länder torde vara betydelsefull. Kommittén bör beakta att banker och kreditmarknadsbolag för närvarande inte omfattas av ackordslagen (1970:847) och inte heller – i avvaktan på ytterligare utredning – av det förslag till lag om företagsrekonstruktion som regeringen remitterat till Lagrådet. Kommittén bör överväga om det är lämpligt att ge det system för insättningsgaranti som föreslagits (jfr departementspromemorian *Insättningsgaranti*, Ds 1995:3) någon uppgift vid rekonstruktion av en krisdrabbad bank. Promemorians förslag innebär att insättningsgarantin träder in först i och med att en bank försätts i konkurs. Dessförinnan kan medlen i insättningsgarantifonden inte tas i anspråk. Det finns emellertid exempel utomlands på att medel som avsatts i motsvarande fonder kan användas även för att förebygga bankfallissehang, dvs. för att utgöra ett statligt kontrollerat kapitallånskott som syftar till att rekonstruera, eller bidra till rekonstruktion av, en krisdrabbad bank.

Det är givetvis av vikt att kommittén överväger behovet av särskilda regler för att garantera rättssäkerheten i ett förfarande som syftar till rekonstruktion. Inte minst är de konstitutionella aspekterna betydelsefulla i sammanhanget.

Vårdslös kreditgivning

Den som är vårdslös i samband med kreditgivning och därigenom vårlar skada kan bli skyldig att ersätta skadan. Vissa begränsningar för skadeståndsansvaret finns dock, bl.a. regler om preskription. En fråga som tilldragit sig intresse efter bankkrisen är om förutsättningarna för skadeståndsskyldighet för befattningshavare inom bankerna bör förändras. Vidare har frågan om kriminalisering av vårdslös kreditgivning aktualiserats.

Under 1990-talet har domstolar avgjort flera mål där frågan varit om banktjänstemän har begått brott i samband med kreditgivning. Målen

har oftast rört det uppsåtliga brottet trolöshet mot huvudman. Med något enstaka undantag har det dock inte väckts åtal mot personer som ingått i en banks styrelse eller verkställande ledning. Det kan mot hitillsvarande erfarenheter ifrågasättas om det nuvarande straffrättsliga regelsystemet i tillräcklig utsträckning kriminaliserar straffvärda förfaranden i samband med kreditgivning inom banksystemet. Motsvarande kan gälla annan risk hantering, t.ex. tagande av positioner vid handel med valutor eller derivatinstrument. En åtgärd som därvid är naturlig att överväga är, inte minst med tanke på den centrala roll för betalningssystemet som främst bankerna har, en kriminalisering även av vårdslösa förfaranden vid kreditgivning och i samband med beslut om riskhantering, särskilt i sådana fall där vårdslösheten kan leda till så omfattande förluster att ett instituts solvens hotas.

Kommittén bör mot denna bakgrund göra en genomgång av det nuvarande straffrättsliga regelverket på området och lämna de förslag som den anser behövs. Förslag till kriminalisering skall dock föregås av en noggrann analys, varvid olika intressen skall vägas mot varandra.

En kriminalisering av vårdslöshet kan medverka till att upprätthålla stabiliteten i bankväsendet och därmed i betalningssystemet. En sådan stabilitet är inte uteslutande ett intresse för kreditinstituten och dessas ägare utan också i hög grad för staten och medborgarna.

Mot detta skall vägas att en sådan kriminalisering skulle kunna motverka ambitionerna att kontrollen över kreditgivning och riskhanteringen i första hand skall utövas av kreditinstituten snarare än av staten.

Av stor betydelse i sammanhanget är hur effektiv en straffbestämelse av denna karaktär skulle vara och om fördelarna med en kriminalisering står i proportion till de resurser som myndigheterna måste lägga ned (jfr prop. 1994/95:23 s. 52 ff och bet. 1994/95:JuU2).

Kommittén skall lämna sina förslag mot bakgrund av en sådan samlad bedömning. Om förslag ges till ytterligare kriminalisering, skall en beräkning göras av de resurser som kan behövas för att upprätthålla de nya straffbuden och förslag lämnas till hur sådana resurser, genom omprioritering eller på annat sätt, skall kunna tillföras utredningar av detta slag.

Frågan om förutsättningarna för skadeståndsskyldighet för befattningshavare inom banker och andra kreditinstitut skall förändras bör behandlas mot bakgrund av aktiebolagskommitténs överväganden i näraliggande frågor.

Allmänna synpunkter

En allmän utgångspunkt för utredningsarbetet är att den svenska lagstiftningen skall vara förenlig med det gemensamma regelsystemet inom EU. Kommittén bör även i övrigt i alla relevanta avseenden informera sig om och analysera regler och reglers tillämpning i andra jämförbara länder.

En annan utgångspunkt är att arbetet skall bedrivas från ett samhällsekonomiskt perspektiv. Kommittén skall vidare beakta de direktiv (dir. 1992:50 om regionalpolitiska konsekvenser, 1994:23 om prövning av offentliga åtaganden och 1994:124 om jämställdhetspolitiska konsekvenser) som utfärdats till samtliga kommittéer och särskilda utredare.

Utredningsarbetet skall vara avslutat före utgången av år 1996. Kommittén skall om det är möjligt lämna delbetänkanden. Kommittén bör särskilt beakta vad som kommer att anges i BCCI-direktivet om tidpunkten för dess ikraftträdande och införlivande i medlemsländernas regelverk.

Kommittédirektiv

Tilläggsdirektiv till kommittén (Fi 1995:09) för översyn av vissa rörelse- och tillsynsregler på bankområdet m.m. (Banklagskommittén)

Dir. 1999:36

Beslut vid regeringssammanträde den 20 maj 1999.

Sammanfattning

Kommitténs uppdrag begränsas på så sätt att det inte skall omfatta utredning av behovet av ändringar i det regelverk som styr värdepappersbolags och försäkringsbolags verksamhet.

Kommittén får förlängd tid till den 31 december 1999 för att slutföra sitt utredningsarbete.

Bakgrund

Banklagskommittén är en kommitté som har till uppgift att se över vissa rörelse- och tillsynsregler på bankområdet m.m. (se dir. 1995:86). Kommittén skall utreda behovet av ändringar framför allt i det regelverk som styr bankers och andra kreditinstituts verksamhet, men även det som gäller för verksamhet som drivs av värdepappersbolag och försäkringsbolag. Kommittén skall även utreda behovet av ändringar i tillsynens innehåll och inriktning på detta område. Om det är lämpligt skall kommittén föreslå regeländringar.

Kommittén skall enligt direktiven

- överväga behovet av ändrade regler för hantering av ekonomiska risker och för intern kontroll i banker, kreditmarknadsbolag och värdepappersbolag,
- överväga behovet av ändrade regler för beslutsdelegation och beslutsfattande inom instituten, innefattande arbetet inom styrelse och ledning,
- analysera de mål som bör styra tillsynsverksamheten, värdera hur angelägna olika tillsynsuppgifter är samt bedöma hur riktlinjer för verksamheten skall läggas fast,

- överväga vissa frågor om revisorernas roll,
- överväga behovet av ändrade regler för Finansinspektionens ingripanden och sanktioner,
- överväga behovet av särskilda regler för situationer då ett enskilt kreditinstitut har finansiella svårigheter, samt
- analysera det nuvarande straffrättsliga systemets sätt att verka på området och överväga reformer.

I december 1995 överlämnade kommittén delbetänkandet Rapporteringsskyldighet för revisorer i finansiella företag (SOU 1995:106) till regeringen. I betänkandet lämnades förslag om rapporteringsskyldighet för revisorer i finansiella företag enligt det s.k. BCCI-direktivet.

Delbetänkandet Nya ledningsregler för bankaktiebolag och försäkringsbolag (SOU 1998:27) överlämnades i februari 1998 och innehöll förslag om att aktiebolagslagens ledningsregler, med vissa undantag, skall gälla även för bankaktiebolag och försäkringsbolag.

Kommitténs huvudbetänkande Reglering och tillsyn av banker och kreditmarknadsföretag (SOU 1998:160) överlämnades i januari 1999. Betänkandet handlar om reglering av och tillsyn över betalningsväsendet och kreditförsörjningssystemet. Till grund för förslagen ligger en förutsättningslös analys av betalningsförmedlingens och kapitalförsörjningens roll i samhällsekonomin och de skyddsintressen som finns på dessa områden. Kommittén har valt ett funktionellt angreppssätt vilket har fordrat överväganden på en grundläggande nivå för att klargöra motiven för regleringar och lämpliga avgränsningar av regleringarna.

Begränsning av uppdraget

Kommittén har när det gäller regleringen av och tillsynen över banker och kreditmarknadsföretag gjort en grundlig och omfattande analys. En motsvarande analys i fråga om värdepappersbolagen och försäkringsbolagen torde innebära ett nytt omfattande utredningsarbete.

Vad gäller regleringen av värdepappersbolagen och deras verksamhet är den nationella handlingsfriheten i stor utsträckning begränsad av EG-rätten. Därtill kommer att analys av skyddsintressen och behov av systemstabilitet för olika funktioner och institut på värdepappersmarknaden skett i olika lagstiftningsärenden under senare år. På försäkringsområdet har det nyligen gjorts en grundläggande översyn av regelverket. Det finns därför, enligt regeringen, inte för närvarande behov av att göra en grundläggande översyn av regleringen och tillsynen av värdepappersbolagen och försäkringsbolagen.

Kommitténs uppdrag begränsas därför på så sätt att det inte skall omfatta översyn av behovet av ändringar i det regelverk som styr värdepappersbolag och försäkringsbolag.

Utredningstiden

Kommittén skall enligt det senaste beslutet om förlängning av utredningstiden komma in med ett slutbetänkande senast den 30 juni 1999. I det betänkandet avser kommittén att behandla bl.a. vårdslös kreditgivning, både ur ett kriminaliserings- och skadeståndsperspektiv, samt sekretessfrågor. Det återstår därefter att utreda frågan om det behövs speciella regler för situationer när ett institut har finansiella problem.

Regeringen anser att det är viktigt att kommittén får slutföra det arbete som tar sikte på institut med finansiella problem. Utredningstiden skall därför förlängas med sex månader. Detta innebär att kommitténs uppdrag skall vara slutfört senast den 31 december 1999.

(Finansdepartementet)

OFFENTLIG ADMINISTRATION AV BANKER – en bedömning av tilltänkt lagstiftnings förenlighet med Regeringsformen, Europakonventionen och EG-rätten

PM av hovrättslagmannen Mats Melin

Banklagskommittén har gett mig i uppdrag att avge en bedömning av huruvida en ordning för rekonstruktion av banker i kris – betecknat offentlig administration – som utredningen ämnar föreslå kan anses vara förenlig med bestämmelser i den svenska regeringsformen och i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna liksom i främst EG:s sekundärrätt. Det gäller, närmare bestämt, att bedöma om det ingrepp i den enskildes äganderätt som ett beslut om offentlig administration innebär kan anses stå i strid med grundlagens och konventionens regler om egendoms- skydd samt om det, med hänsyn till EG:s bolagsrättsliga regler, är möjligt att låta staten fatta beslut om nyemission i en bank som är satt under offentlig administration.

Beslut om offentlig administration och skyddet för äganderätten

Den centrala innebörden av ett beslut om att sätta en bank under offentlig administration är, såvitt gäller hur ett sådant beslut ingriper i aktieägarnas rättsliga ställning, att aktieägarna visserligen alltjämt har kvar den ekonomiska andel i banken som deras aktier representerar men att de, under den tid offentlig administration pågår, fråntas den beslutanderätt som följer med aktieinnehavet.

Det är alltså fråga om att genom myndighetsbeslut frånta, om än tillfälligt, den enskilde en väsentlig del av den rätt som av honom ägda aktier annars ger. Det bör mot den bakgrunden göras en bedömning av om en sådan ordning låter sig förenas med de regler om skydd för äganderätten som återfinns i regeringsformen (RF) och i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, sådan den kommit att tolkas genom avgöran-

den av den europeiska domstolen för mänskliga rättigheter i Strasbourg (ECHR).

Egendomsskyddet i RF och i konventionen

I 2 kap. 18 § RF regleras det svenska konstitutionella egendomsskyddet:

”Varje medborgares egendom är tryggad genom att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.

Den som genom expropriation eller annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom skall vara tillförsäkrad ersättning för förlusten. Sådan ersättning skall också vara tillförsäkrad den för vilken det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten. Ersättningen skall bestämmas enligt grunder som anges i lag.

....”

Det är att märka att skyddet mot att tvingas avstå sin egendom gäller all egendom utan inskränkning medan skyddet mot s.k. rådighetsinskränkningar endast avser fast egendom. Likaså skall ersättning alltid utgå vid expropriation eller annat sådant förfogande medan vid rådighetsinskränkningar rätt till ersättning föreligger endast om ”pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten”.

I 2 kap. 23 § RF föreskrivs vidare att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen.

Det innebär att såväl bestämmelsen i 2 kap. 18 § RF som den motsvarande regleringen i Europakonventionen principiellt skulle kunna vara till hinder mot att stifta lag vars tillämpning kan medföra inskränkningar i den enskildes äganderätt.

Konventionens reglering av egendomsskyddet återfinns i artikel 1 i det första tilläggsprotokollet till konventionen:

”Varje fysisk eller juridisk person skall ha rätt till respekt för sin egendom. Ingen får berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och i folkrättens allmänna grundsatser.

Ovanstående bestämmelser inskränker dock inte en stats rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner nödvändig för att reglera nyttjandet av viss egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse eller för att säkerställa betalning av skatter och andra pålagor eller av böter och viten.”

Artikel 1 i konventionsprotokollet består noga taget av tre separata regler. I första stycket, första meningen, föreskrivs att den enskilde skall åtnjuta respekt för sin egendom.¹ Ett ingrepp² i rätten till egendom kan därför i princip vara konventionsstridigt även om det inte medför att någon berövas sin egendom eller att egendomens användning kontrolleras. I första stycket, andra meningen, regleras så vad som väl får sägas vara det mest påtagliga fallet av ingrepp i egendomsrätten, nämligen att den enskilde berövas sin egendom, t.ex. genom expropriation eller annat liknande förfogande. Ett sådant berövande av egendom får endast ske i det allmännas intresse och enligt de förutsättningar som anges i lag. I andra stycket, slutligen, anges att staten i det allmännas intresse äger rätt att kontrollera hur egendom används.³

RF:s egendomsskydd kan sägas vara mera långtgående än konventionens i det att det följer direkt av bestämmelsens ordalydelse att ersättning för förlusten skall utgå i samtliga fall då någon tvingas avstå sin egendom, dvs. vid expropriation eller annat sådant förfogande. Någon motsvarande uttrycklig reglering återfinns inte i konventionen. Frågan om ersättning är här i stället en omständighet som av ECHR vägs in vid bedömningen av ett ingrepps förenlighet med konventionen, varvid domstolen uttalat att det inte – annat än i exceptionella fall – är möjligt att beröva någon hans egendom utan att ersättning utges.⁴

Det skydd som konventionens reglering bereder den enskilde kan samtidigt sägas gå längre än det skydd som följer av RF genom dels det generella kravet på respekt för enskild egendom i första stycket, första meningen, dels att skyddet mot rådighetsinskränkningar inte är begränsat till visst slag av egendom.

Gemensamt för de båda regleringarna är emellertid den avvägning som skall ske mellan, å ena sidan, den enskilde egendomsägarens intresse och, å den andra, de allmänna intressen som föranleder ingreppet. Denna intresseavvägning eller, med andra ord, denna bedömning av om

¹ Eng. ”Every natural person or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions”.

² Eng. ”interference”.

³ Att fråga är om tre separata föreskrifter klargjordes i domen den 23 september 1982, *Sporrong och Lönnroth*, serie A, vol. 52. Det är emellertid inte fråga om tre av varandra oberoende regler, utan de båda senare föreskrifterna – om berövande och kontroll av egendom – måste ses i ljuset av den allmänna regeln i första meningen. I samtliga fall har därför ECHR att göra en avvägning mellan det allmänna intresse som utgör ingreppets ändamål och det enskilda intresse som drabbas av ingreppet, se domstolens avgörande den 19 december 1989, *Mellacher m.fl.*, serie A, vol. 169.

⁴ Domstolens avgörande den 21 februari 1986 i målet *James m.fl.*, serie A, vol. 98.

ett ingrepp i den enskildes äganderätt är proportionerligt i förhållande till det allmänna intresse som förestavat ingreppet, får väl sägas utgöra egendomsskyddets egentliga kärna. RF:s reglering kan därvidlag möjligen, enligt sin ordalydelse, sägas gå något längre i skyddet för äganderätten eftersom ingrepp endast får ske för att tillgodose sådana allmänna intressen som betecknas som ”angelägna”.

Bedömning

När det så gäller den tilltänkta lagen om offentlig administration står det klart att ett beslut om att sätta en bank under sådan administration inte medför att aktieägarna tvingas avstå sin egendom. Den centrala innebörden av ett sådant beslut är ju, som tidigare konstaterats, från aktieägarnas synpunkt, att de temporärt inte kan utöva den beslutanderätt som annars följer med aktieinnehavet. Det är således närmast fråga om en inskränkning i aktieägarnas rätt att använda, eller råda över, sin egendom. Med detta synsätt erbjuder inte 2 kap. 18 § RF något skydd mot ett beslut om offentlig administration eftersom, som vi sett, det grundlagsfästa skyddet mot rådighetsinskränkningar endast avser användandet av mark eller byggnad. Det skulle givetvis förhålla sig annorlunda därvidlag om kommittén övervägde att föreslå t.ex. en möjlighet till tvångsinlösen av aktier.

Det återstår således att bedöma om den inskränkning i användandet av egendom som ett beslut om offentlig administration innebär kan antas vara förenlig med konventionen.

Av samma skäl som anförts beträffande RF – att det är inte fråga om att avhända någon hans egendom – kan en tillämpning av den tilltänkta regleringen inte anses berörd av bestämmelsen i artikel 1, första stycket, andra meningen, i konventionsprotokollet.

Frågan är då om ett beslut om offentlig administration kan komma att anses medföra ingrepp i respekten (the peaceful enjoyment) för egendom (första stycket, första meningen) eller om fråga är om en åtgärd för att reglera nyttjandet av viss egendom (andra stycket). I det senare fallet ligger det i princip i statens hand att avgöra om regleringen är nödvändig ur allmän synpunkt (”sådan lagstiftning som *staten* finner nödvändig för att reglera nyttjandet av viss egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse” min kurs).⁵ Även om staten således är ensam behörig att avgöra om lagregleringen som sådan är nödvändig kan en enskild åtgärd som grundas på en sådan

⁵ Se också avgörandet i Handyside-målet, den 7 december 1976, serie A, vol. 24.

lagstiftning vara så betungande för den enskilde att den är att anse som konventionsstridig. Även i ett sådant fall har således ECHR att företa en proportionalitetsbedömning. I dessa fall har emellertid ECHR anlagt ett för den enskilde relativt strängt synsätt och funnit även tyngande begränsningar av ägarens rättigheter kunna accepteras i det allmänna intresset.⁶

Även, och kanske särskilt, i det förra fallet torde det ankomma på ECHR att, ställd inför frågan, ytterst avgöra om en med stöd av den tilltänkta regleringen vidtagen åtgärd uppbärs av ett allmänt intresse och om ingreppet är att anse som proportionerligt i förhållande till detta intresse.

När det då först gäller frågan om en åtgärd kan anses vidtagen i det allmänna intresse, har konventionsstaterna ett betydande utrymme för sin bedömning och ECHR ett motsvarande mycket begränsat utrymme för att anse att en åtgärd inte kan motiveras av ett sådant intresse. Domstolen torde begränsa sin kontroll till att avgöra om fråga är om maktmissbruk (fr. *détournement de pouvoir*) eller uppenbar godtycklighet från statens sida.⁷

Domstolen har, såvitt gäller staternas bedömningsutrymme, uttryckt saken så:

”Furthermore, the notion of ‘public interest’ is necessarily extensive. ... The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature’s judgment as to what is ‘in the public interest’ unless that judgment be manifestly without reasonable foundation”.⁸

Mot den bakgrunden bör det kunna sägas, att om den svenska riksdagen skulle komma att anse att beslut om en tillfällig begränsning av aktieägares rätt att utöva sin rösträtt kan vara nödvändiga för att tillgodose det allmänna intresset av att banker i kris kan fås att åter bli väl fungerande kreditinstitutioner skulle denna lagstiftarens bedömning knappast komma att klandras av ECHR. Det förefaller utan vidare klart att den ståndpunkten inte kan sägas vara grundad på maktmissbruk från statens sida. Inte heller kan den anses vara godtycklig eller uppenbart utan rimlig grund.

⁶ Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Norstedts Juridik, 1997, s. 325, se också där redovisade rättsfall.

⁷ Se van Dijk och van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2 uppl., Kluwer, 1996, s. 460.

⁸ Domstolens avgörande i det ovan anförda målet *James m.fl.* Jfr Danelius, s. 319 f.

När det så till slut gäller frågan om ett beslut om att ställa en bank under offentlig administration, med de följder ett sådant beslut har för den enskildes rätt, kan anses vara proportionerligt i förhållande till sitt syfte är det främst tre aspekter som är relevanta:

- ingreppets ändamålsenlighet eller lämplighet, dvs. frågan bör ställas om åtgärden verkligen kan tänkas uppfylla, eller åtminstone verksamt bidra till att uppfylla, det avsedda ändamålet;
- ingreppets nödvändighet, dvs. frågan bör ställas om det finns alternativa handlingsvägar för att uppnå det avsedda syftet som är mindre ingripande för den enskilde;
- proportionalitet i strikt mening, dvs. frågan bör ställas om fördelen för det allmänna står i rimlig proportion till skadan för den enskilde.

Vad gäller de båda först nämnda aspekterna inställer sig väsentligen frågan om det verkligen är nödvändigt att under offentlig administration frånta aktieägarna deras beslutanderätt. Skulle inte den avsedda rekonstruktionen kunna genomföras med tillämpning av t.ex. lagen om företagsrekonstruktion? Under en företagsrekonstruktion behåller ju gäldenären i princip rådigheten över sin rörelse.

Den frågan har behandlats av kommittén i avsnitt 6.3.2. Som där konstateras måste en bank som inte uppfyller sina åtaganden anses allvarligt bryta mot rörelsereglerna. Den kan därför inte få fortsätta bedriva sin verksamhet i egen regi med mindre än att den rättar sig och uppfyller sina åtaganden. Till det kommer faran för att ägare och ledning i en bank med betalningssvårigheter kan frestas att försöka spekulera sig ur krisen. Mot den bakgrunden förefaller det svårt att tänka sig att rekonstruktion av banker i kris skall kunna åstadkommas utan att deras ägare tillfälligt fråntas sin beslutanderätt.

Härtill kommer att alternativen till offentlig administration synes vara antingen att oktrojen återkallas, varvid banken – om den inte kan avvecklas på annat sätt – skall träda i likvidation, eller att banken försätts i konkurs. Situationen är alltså sådan att aktieägarna under alla omständigheter står i begrepp att fråntas sin beslutanderätt.

När det så gäller att bedöma om kravet på proportionalitet i strikt mening är uppfyllt bör det kunna sägas att myndigheterna i många avvägningsfrågor har ett betydande handlingsutrymme och att ”ett underkännande av ett myndighetsingripande i sådana fall därför knappast kan komma i fråga i andra fall än sådana där det råder ett klart

missförhållande mellan det allmänna intresset av ingripandet och den belastning som ingripandet innebär för den enskilde”.⁹

Bland de omständigheter som kan vara relevanta vid en sådan avvägning återfinns ingreppets varaktighet, möjligheterna till rättslig kontroll av ingreppet liksom i vad mån ersättning för ingreppet utgår (gäller i första hand vid avhändande av egendom).

Här kan först framhållas att det allmänna intresse som i förevarande fall bär upp ett myndighetsingripande måste anses vara synnerligen starkt, eftersom det inte endast är fråga om att sanera en enskild bank utan ytterst om att motverka påfrestningar på hela det finansiella systemet och på samhällsekonomin i stort.

När det gäller tidsaspekten, låter det sig givetvis inte sägas hur länge offentlig administration i det enskilda fallet kan förväntas pågå. Det torde emellertid ligga i sakens natur att arbetet med att bedöma om en rekonstruktion är möjlig och att i så fall genomföra en sådan måste bedrivas skyndsamt. Det är således fråga om ingrepp som är avgränsade i tiden och som kan förväntas pågå under en inte alltför lång tidsperiod.

Beträffande möjligheterna till kontroll, föreslås det att beslut om offentlig administration skall fattas av allmän domstol på ansökan av Krishanteringsmyndigheten. I processuellt hänseende skall ärendelagen tillämpas. De rekvisit som föreslås för beslut om offentlig administration – att banken är på obestånd eller att grund föreligger att återkalla bankens oktroj – förefaller vara klara och tydliga.

Någon ersättning till aktieägarna avses inte utgå och ersättningsfrågan torde vid detta slag av ingripande i och för sig sakna betydelse. Det kan likväl framhållas att offentlig administration ju är tänkt att tillgripas i de fall där banken brottas med betydande ekonomiska problem eller där banken står inför att inte längre kunna fortsätta sin verksamhet eftersom det finns grund för att återkalla oktrojen. I båda dessa situationer får väl antas att värdet på aktierna i banken är vikande. Offentlig administration syftar ytterst till en rekonstruktion som innebär att banken återställs som ett lönsamt företag, vilket – om rekonstruktion kommer till stånd – torde påverka aktiekursen positivt. På så sätt kan ett beslut om offentlig administration åtminstone sägas vara även i aktieägarnas mera långsiktiga ekonomiska intresse.

Med beaktande av nu angivna omständigheter förefaller det inte kunna sägas att beslut om offentlig administration utgör en för den enskilde oproportionerligt betungande åtgärd.

⁹ Så har saken uttryckts senast av Regeringsrätten i dom 1999 ref 76 (Barsebäcksmålet).

Det kan här tilläggas, att frågan om huruvida ett beslut om offentlig administration är förenligt med EG-rättens allmänna rättsprinciper knappast torde kunna komma under EG-domstolens bedömning. Det kan likväl sägas att EG-rättens skydd för äganderätten i det väsentliga har samma innebörd som skyddet enligt Europakonventionen.¹⁰

Beslut om nyemission under offentlig administration

En bank som sätts under offentlig administration kommer i de flesta fall att ha betydande finansiella problem, även om kommittén avser föreslå att offentlig administration skall kunna tillgripas också i det fallet att en bank allvarligt bryter mot rörelsereglerna utan att samtidigt brottas med finansiella svårigheter. En bank som har kapitalproblem måste, som kommittén konstaterar (avsnitt 6.4.3.2.2), antingen rekonstrueras eller avvecklas. Med hänsyn till att det huvudsakliga skälet till att införa offentlig administration av banker som ett särskilt institut är att söka undvika systemkriser, förefaller det troligt att rekonstruktion ofta kommer att framstå som ett huvudalternativ, eftersom stängning av en bank i många fall torde medföra en betydande påfrestning på samhällsekonomin.

För att en bank med kapitalproblem skall kunna rekonstrueras kan det, som kommittén konstaterar, i många fall krävas en rekapitalisering. Eftersom tillskott av statliga medel till banker i kris knappast kan anses vara en önskvärd lösning, i vart fall inte som huvudregel, återstår att söka attrahera nytt privat kapital. Kommittén överväger därför att föreslå att i de fall en bank under offentlig administration inte uppfyller lagstiftningens kapitalkrav bör staten kunna besluta om nyemission.

Det är mot den bakgrunden nödvändigt att undersöka om en sådan ordning låter sig förenas med EG:s sekundärrätt, främst det s.k. andra bolagsdirektivet (rådets andra direktiv 77/91/EEG av den 13 december 1976 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga).

¹⁰ Se mål 44/79, Liselotte Hauer ./ Land Rheinland-Pfalz, REG 1979, s. I-3727.

EG:s andra bolagsdirektiv

I artikel 25 i andra bolagsdirektivet föreskrivs följande i fråga om beslut om kapitalökningar:

”1. Alla kapitalökningar skall beslutas av bolagsstämman. Ett sådant beslut, liksom genomförandet av kapitalökningen, skall offentliggöras enligt varje medlemsstats lagstiftning i överensstämmelse med artikel 3 i direktiv 68/151/EEG.

2. Bolagsordningen, stiftelseurkunden eller bolagsstämman, vilken senares beslut skall offentliggöras enligt punkt 1, får dock ge bemyndigande om att öka det tecknade kapitalet upp till ett högsta belopp som fastställs med hänsyn till eventuella lagregler om sådant högsta belopp. Inom ramen för det fastställda beloppet beslutar det bemyndigade bolagsorganet i förekommande fall om ökning av det tecknade kapitalet. Bemyndigandet gäller i högst fem år och kan förlängas av bolagsstämman en eller flera gånger med högst fem år varje gång.

3. Om det finns flera slag av aktier, skall bolagsstämmans beslut om kapitalökning enligt punkt 1 eller om bemyndigande att öka kapitalet enligt punkt 2 bli föremål för en särskild omröstning minst för varje kategori av aktieägare vilkas rätt berörs av beslutet.

4. Denna artikel tillämpas vid emission av alla värdepapper som kan bytas ut mot aktier eller som är förenade med teckningsrätt till aktier, men inte vid själva utbytet av värdepappren eller vid utnyttjandet av teckningsrätten.”

I artikel 29.1 föreskrivs som huvudregel att, ”vid varje ökning av det tecknade kapitalet, som skall betalas med pengar, skall aktierna med företrädesrätt erbjudas aktieägarna i förhållande till den andel av kapitalet som deras aktier representerar”. Enligt artikel 29.4 kan bolagsstämman besluta om riktad kontantemission varvid fordras – genom en hänvisning till artikel 40 i direktivet – att beslutet biträds av aktieägare med minst två tredjedelar av de vid stämman avgivna rösterna.

Direktivet synes således kategoriskt föreskriva att varje nyemission skall beslutas av bolagsstämman eller av annat bolagsorgan genom uttryckligt och till belopp och tid avgränsat bemyndigande meddelat av stämman. Likaså fordras beslut av bolagsstämman, fattat med kvalificerad majoritet, för att frångå huvudregeln om aktieägares företrädesrätt vid nyemission.

Direktivet ger möjlighet till undantag från regleringen i bl.a. artiklarna 25 och 29 i ett fall. I artikel 41.1 föreskrivs:

”Medlemsstaterna får frångå ... artiklarna 25, 26 och 29 i den mån det behövs för att bestämmelser skall kunna antas eller tillämpas som har till

ändamål att underlätta för anställda och andra i den nationella lagstiftningen angivna personkategorier att få del i företagets kapital”.

Direktivreglernas kategoriska avfattning beträffande beslut om ökning av bolags kapital framgår än tydligare vid en jämförelse med dess reglering beträffande nedsättning av kapitalet. I artikel 30 föreskrivs:

”Varje nedsättning av det tecknade kapitalet, med undantag för en sådan nedsättning som sker genom ett rättsligt avgörande, skall minst beslutas av bolagsstämman enligt bestämmelserna om beslutsförhet och majoritet i artikel 40...”

Undantaget beträffande nedsättning som sker genom rättsligt förfarande synes visserligen ha tillkommit med hänsyn till den möjlighet som finns i Storbritannien att sätta ned ett bolags aktiekapital genom domstols beslut (se SOU 1992:83, Aktiebolagslagen och EG, s. 294 f). Icke desto mindre ges i direktivet viss möjlighet att sätta ned aktiekapitalet i ett bolag i annan ordning än genom bolagsstämmans beslut, medan något motsvarande undantag inte finns beträffande beslut om ökning av kapitalet (annat än såvitt gäller t.ex. nyemissioner riktade till ett bolags anställda).

Det kan förtjäna anmärkas att medlemsstaterna ges möjlighet att medge undantag från vissa bestämmelser i det andra bolagsdirektivet. I artikel 19.1.a föreskrivs att om lagstiftningen i en medlemsstat tillåter att ett bolag förvärvar egna aktier måste tillstånd till sådant förvärv ges av bolagsstämman. Enligt artikel 19.2 får emellertid lagstiftningen i en medlemsstat medge undantag från det kravet om ett förvärv av egna aktier är nödvändigt för att bolaget skall undgå en betydande och nära förestående skada. Det förhållandet att någon motsvarande möjlighet till undantag inte medges i artikel 25 talar med styrka för att den däri intagna regeln om bolagsstämmans beslutanderätt är ovillkorlig.

Det kan också nämnas att än mer generella möjligheter till undantag föreskrivs i annan närliggande EG-rättslig normgivning. Så stadgas t.ex. i det tredje bolagsdirektivet (rådets tredje direktiv 78/855/EEG av den 9 oktober 1978 grundat på artikel 54.3g i fördraget om fusioner av aktiebolag) att ”medlemsstaterna behöver inte tillämpa detta direktiv om ett eller flera av de bolag som förvärvas eller upplöses är försatt i konkurs eller är föremål för ackord eller liknande förfarande” (artikel 1.3).

Frågan inställer sig då om något undantag från direktivets entydiga krav på beslut av bolagsstämman trots allt skulle kunna göras i en rekonstruktionssituation, t.ex. då ett bolag befinner sig på obestånd.

I direktivet återfinns, som redan antytts, inte något undantag för det fall att ett företag är föremål för rekonstruktion. Tvärtom, för det fall att ett bolag befinner sig i ekonomisk kris ges i artikel 17.1 den före-

skriften att ”vid betydande förlust av det tecknade kapitalet skall kallelse inom den tid som anges i medlemsstaternas lagstiftning ske till bolagsstämma, som skall pröva om bolaget skall upplösas eller om andra åtgärder skall vidtas”.

EG-domstolens rättspraxis

EG-domstolen har dessutom haft anledning att i en rad avgöranden tolka direktivets bestämmelser om beslut om nyemission mot bakgrund av en grekisk ordning för rekonstruktion av företag och banker i kris.¹¹

En första grupp bland nyss nämnda mål med begäran om förhandsavgörande hade sin bakgrund i att det i Grekland inrättats ett av staten helägt aktiebolag, betecknat ”Organet för restrukturering av företag” (Organismos oikonomikis Anasygkrotiseos Epicheiriseon, i det följande kallat OAE). Inrättandet av OAE hade till syfte att bidra till den ekonomiska och sociala utvecklingen i landet genom finansiell sanering av företag, import och tillämpning av kunskap från utlandet, utvecklande av kunskap inom landet samt genom skapande och drift av nationaliserade företag eller företag med blandat ägande. I detta syfte kan OAE överta förvaltningen och driften av företag som skall saneras, förvärva andelar i företag, bevilja lån samt emittera eller uppta vissa lån, förvärva obligationer och överlåta aktier till bl.a. arbetstagare eller deras organisationer, lokala myndigheter eller andra offentlighetsrättsliga juridiska personer, välgörenhetsinstitutioner, sociala organisationer eller enskilda.

Lagen är tillämplig på bl.a. företag som har allvarliga finansiella svårigheter. Genom beslut av ministern för ekonomi kan förvaltningen och driften av ett sådant företag provisoriskt övertas av OAE som har att studera företagets förmåga till överlevnad. OAE kan föra förhandlingar med företagets borgenärer och föreslå en ackordsuppgörelse eller initiera en likvidation. Bland de övriga åtgärder som OAE tidigare kunde vidta fanns möjligheten att, med frångående av de bestämmelser som annars gäller för aktiebolag, besluta om en ökning av företagets aktiekapital genom tillskott av kapital eller apportegendom. Ett sådant

¹¹ Målen C-19/90 och C-20/90, Karella och Karellas, REG 1991 s. I-2691, C-381/89, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias m.fl., REG 1992 s. I-2111, C-134/91 och C-135/91, Kerafina-Keramische und Finanz-Holding och Vioktimatiki, REG 1992 s. I-5699, C-441/93, Pafitis m.fl., REG 1996 s. I-1347 samt C-367/96, Kefalas m.fl., REG 1998 s. I-2843.

beslut skulle bekräftas av ekonomiministern. Vid nyemission behöll aktieägarna i princip sin företrädesrätt till de nya aktierna.¹²

I målet Karella och Karellas förde två aktieägare i företaget Klostiria Velka AE inför grekisk domstol talan mot ekonomiministern och OAE rörande ett beslut som dessa fattat om att utöka företagets aktiekapital. Den grekiska högsta förvaltningsdomstolen begärde förhandsavgörande rörande, såvitt nu är av intresse, frågan om den nationella lagregeln var förenlig med artiklarna 25 och 41.1 i direktivet. I frågan beskrevs regeln såsom syftande till att bemästra en sådan exceptionell situation som företag av särskild vikt för samhället befinner sig i till följd av skuldsättning och angavs att regeln, för att säkerställa företagets överlevnad, föreskriver att aktiekapitalet – med förbehåll för aktieägarnas företrädesrätt – kan utökas genom ett förvaltningsbeslut.

EG-domstolen konstaterar att direktivet bl.a. syftar till att säkerställa en gemensam lägsta skyddsnivå för aktieägare inom gemenskapen. Detta syfte, uttalar domstolen, skulle allvarligt äventyras om medlemsstaterna hade möjlighet att besluta undantag från direktivets regler genom att bibehålla en reglering som – om än betecknad som speciell eller exceptionell – tillåter att

”beslut fattas av förvaltningen utan något som helst motsvarande beslut av bolagsstämman om en ökning av aktiekapitalet som leder antingen till att tvinga de gamla aktieägarna att öka sina insatser eller till att påtvinga dem närvaron av nya aktieägare och på så sätt begränsa deras beslutanderätt i bolaget”.¹³

EG-domstolen konstaterar vidare att någon regel som tillåter undantag från bestämmelsen i artikel 25 inte finns vare sig i fördraget eller i direktivet. Tvärtom, sägs det, som också konstaterats ovan, att föreskriften i artikel 17.1 om bolagsstämmans roll vid förlust av kapital

¹² Sedan kommissionen initierat en fördragsbrottstalan mot Grekland med påstående om att staten underlät att tillämpa artiklarna 25 och 29 i det andra bolagsdirektivet, synes möjligheten till nyemission genom beslut av OAE ha upphävts i mars 1990. De mål som anhängiggjorts vid EG-domstolen rörande sådana beslut hänför sig således samtliga till beslut som fattats före den tidpunkten.

¹³ Domen punkt 26 i min översättning. Det citerade avsnittet lyder i den franska versionen: ”...par voie de mesure administrative et en dehors de toute décision de l'assemblée générale des actionnaires, une augmentation du capital social aboutissant soit à obliger les anciens actionnaires à augmenter leurs apports, soit à leur imposer l'entrée dans la société de nouveaux actionnaires, de façon à réduire leur participation au pouvoir décisionnel de la société”.

bekräftar att den princip som läggs fast i artikel 25 gäller även för det fall att ett bolag har allvarliga finansiella svårigheter.¹⁴

OAE hade inför EG-domstolen gjort gällande att direktivet inte vore tillämbart på fall av likvidation eller sanering av bolag som var oförmögna att uppfylla sina förpliktelser. EG-domstolen avvisade det argumentet och framhöll att de garantier som direktivet gav aktieägarna måste säkerställas

”så länge bolaget fortsätter att existera med sin egen struktur. Om direktivet inte hindrar åtgärder för tvångsvis verkställighet och särskilt likvidationsförfaranden som ställer bolaget under tvångsförvaltning i borgenärernas intresse, är det icke desto mindre så att det är tillämpligt så länge som aktieägarna och de vanliga bolagsorganen inte har avträtt. Det är således tillämpligt vid saneringsförfaranden vilka medför intervention av offentliga organ eller privata företag...”¹⁵

EG-domstolen konstaterar slutligen att ett undantag, sådant som det grekiska, inte heller kan försvaras utifrån regeln i artikel 41.1. Den regeln har, anser domstolen, ett bestämt och avgränsat ändamål, nämligen att ”främja ett bredare aktieäggande”.¹⁶

I målet *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias* m.fl. ställdes väsentligen samma frågor till EG-domstolen som också i sitt avgörande lämnade samma, i det närmaste identiska, besked som i *Karella och Karellas*. I målet utvecklade emellertid OAE sin argumentation något och gjorde gällande att det andra bolagsdirektivet hörde till bolagsrättens domäner medan en lagstiftning sådan som den grekiska gällde företagssanering och därmed närmast hörde till konkursrättens område.

Domstolen konstaterade, med hänvisning till sitt avgörande i *Karella och Karellas*, att direktivet är tillämpligt så länge som bolaget fortsätter att existera med sin egen struktur och det även om bolaget är

¹⁴ Domen punkt 28.

¹⁵ Domen punkt 30 i min översättning. Det citerade avsnittet lyder i den franska versionen: ”tant que la société continue d'exister avec ses structures propres. Si la directive ne fait pas obstacle à l'institution de mesures d'exécution forcée et notamment à des régimes de liquidation placant la société sous un régime d'administration forcée dans l'intérêt de sauvegarder les droits des créanciers, il n'en reste pas moins qu'elle continue à s'appliquer aussi longtemps qu'il n'y a pas eu dessaisissement des actionnaires et des organes normaux de la société. Il en est ainsi, certainement, en cas de simple régime d'assainissement faisant intervenir des organismes publics ou des sociétés de droit privé...”

¹⁶ Domen punkt 32 (”l'encouragement de l'actionariat populaire”).

underkastat en ordning för restrukturerings sådana som den som föreskrivs i den grekiska lagen.¹⁷

Domstolen tillade att även om OAE:s provisoriska förvaltning kunde leda till fram till ett särskilt likvidationsförfarande, återfanns tvångslikvidation inte bland de ändamål för OAE:s verksamhet som föreskrevs i lagen. Tvärtom, det var uttryckligen förutsatt att OAE hade till uppgift att medverka till den ekonomiska och sociala utvecklingen i landet genom finansiell sanering av företag.¹⁸

Det kan möjligen förtjäna nämnas att i målet Kerafina – Keramische und Finanz-Holding och Vioktimatiki återkom OAE och den grekiska regeringen med ett uttryckligt påstående om att den grekiska lagen hörde till konkursrättens område inom vilket gemenskapen saknade behörighet att utfärda normer.

EG-domstolen konstaterade i det målet endast att de synpunkter som förts fram i målet inte hade tillfört några sådana nya omständigheter som kunde föranleda domstolen till något annat ställningstagande än det som gjorts i de båda tidigare avgörandena.¹⁹

Av särskilt intresse i sammanhanget är EG-domstolens avgörande i målet Pafitis m.fl. Här gällde det inte den tidigare omnämnda grekiska lagstiftningen utan en särskild grekisk undantagslag som bl.a. föreskrev att när en banks kapital minskat till följd av förluster eller när finansinspektionen annars ansåg att kapitalet inte längre motsvarade bankens behov, skulle inspektionen uppmana banken att inom visst frist återställa eller öka kapitalet. Om så inte skedde, kunde inspektionen antingen återkalla oktrojen eller utse en tillfällig förvaltare för banken.

Enligt en förordning om tillfällig förvaltning av banker upphör, när ett beslut om att utse en tillfällig förvaltare kungörs, all makt och behörighet för bankens stadgeenliga organ och övergår jämte förvaltningen av banken till den tillfällige förvaltaren.

Den faktiska bakgrunden till Pafitis-målet var den att en bank satts under tillfällig förvaltning och att förvaltaren i bolagsstämmans ställe beslutat om en höjning av bankens aktiekapital. Den åtgärden kland-

¹⁷ Domen punkt 28 ("...aussi longtemps que la société continue d'exister avec ses structures propres, la deuxième directive s'applique, même si cette société a été soumise à un régime de restructuration, tel que celui prévu par la loi [grecque]").

¹⁸ Domen punkt 37 ("...même si l'administration provisoire de l'OAE est susceptible d'aboutir à la procédure de liquidation spéciale prévue [par la loi], la liquidation de sociétés par le biais de mesures d'exécution forcée ne figure pas parmi les objectifs de l'OAE, tels qu'ils sont énoncés...Au contraire, il est explicitement prévu...que l'OAE a pour objet de contribuer au développement économique et social du pays par l'assainissement financier des entreprises...").

¹⁹ Domen punkterna 15 och 17.

rades av vissa av bankens aktieägare inför grekisk domstol som beslöt att inhämta förhandsavgörande.

I sitt avgörande konstaterade EG-domstolen till en början att andra bolagsdirektivet tveklöst är tillämpligt på bankaktiebolag.

När det så gäller frågan om tillämpligheten av artikel 25 på saneringsförfaranden rörande bankaktiebolag, hävdade bl.a. den portugisiska regeringen att

”en bank i händelse av finansiell kris befinner sig i en situation som på ett grundläggande vis skiljer sig från andra aktiebolags, eftersom dels bankernas skulder till största delen utgörs av deras insättares medel, dels en väsentlig uppgift för bankerna utgörs av förvaringen och förvaltningen av allmänhetens sparande. När en bank befinner sig i finansiell kris är det på samma gång nödvändigt att skydda dess insättares intressen genom att med alla medel säkerställa återbetalningen av deras fordringar och att undvika att insättarna i denna bank drabbas av panik som sprider sig till allmänheten och ger upphov till en allmän rusning för att ta ut insatta medel i hela banksystemet”.

EG-domstolen hänvisade i denna fråga till sina tidigare avgöranden och konstaterade att det skydd som direktivet avsåg att bereda aktieägarna gäller, eftersom det inte uttryckligen görs något undantag, även saneringsåtgärder för kreditinstitut under samma förutsättningar som för alla andra företag.²⁰

EG-domstolen fortsatte med att konstatera att visserligen kräver hänsynen till att spararnas intressen och mera allmänt sparsystemets jämvikt måste skyddas ett strikt övervakningssystem för att säkerställa banksystemets soliditet. Av detta följer emellertid inte, uttalade domstolen, att det med nödvändighet måste föreskrivas åtgärder som fråntar ett kreditinstituts organ den behörighet som de enligt artikel 25 i direktivet har i egenskap av aktiebolagsorgan. Så kan t.ex. en inlåningsgaranti fylla det avsedda syftet.²¹

Till slut behandlade EG-domstolen argumentet att systemet med tillfällig förvaltning motsvarade inledandet av ett utredningsförfarande och ett sådant likvidationsförfarande som avsetts i EG-domstolens tidigare avgöranden. Tillfällig förvaltning medförde, hävdades det, att företaget inte fortsatte att finnas till med sina egna strukturer eftersom aktieägarna och de normala organen fråntas sina befogenheter.

Även det argumentet avvisades emellertid av EG-domstolen. Den konstaterade att det förelåg en skillnad mellan de åtgärder som finansinspektionen kunde vidta, nämligen å ena sidan återkallande av oktrojen, vilket medför att banken träder i likvidation och, å andra sidan, tillfällig förvaltning vars syfte är just att bolaget i fråga skall överleva.

²⁰ Domen punkt 42.

²¹ Domen punkterna 49-50.

Följaktligen, säger domstolen, kan det inte anses att bolaget inte fortsätter att finnas till, eftersom de stadgeenliga organen enbart tillfälligt fräntas sin makt och behörighet.²²

Bedömning

Mot den nu redovisade bakgrunden synes det inte vara förenligt med nu gällande EG-rätt att staten fattar beslut om nyemission i en bank som satts under offentlig administration. Artikel 25.1 i det andra bolagsdirektivet måste förstås så, att ett sådant beslut undantagslöst skall fattas av bolagsstämman.

Det kan knappast heller med framgång hävdas att, när en bank satts under offentlig administration, det är staten som utgör bolagsstämman och att därmed direktivets krav skulle vara uppfyllt. Det framgår av den rättspraxis som redovisats ovan att EG-domstolen fäst avgörande vikt vid direktivets syfte, som är att bereda bl.a. aktieägare inom gemenskapen ett gemensamt minimiskydd, liksom vid att det syftet skulle trädas för när om annan än bolagsstämman beslutar om nyemission eftersom ett sådant förfarande medför att de gamla aktieägarna tvingas att antingen skjuta till ytterligare kapital eller att dela makten i bolaget med nya aktieägare. Detta är bakgrunden till att beslut om nyemission har att fattas av bolagets aktieägare och ingen annan. Det kan dessutom framhållas att med begreppet bolagsstämma kan knappast avses organet som sådant oavsett hur det är konstituerat. Begreppet måste i stället förstås som benämningen på bolagets aktieägare församlade till möte, vilket också tydligt framgår på andra språk (t.ex. franskans "assemblée générale des actionnaires").

Slutligen förefaller det genom EG-domstolens praxis stå klart att direktivets regler gäller då ett företag är föremål för rekonstruktion och det även om bolagets beslutsorgan under en sådan tillfälligt frångäts sina beslutsbefogenheter. Det tycks framgå av nyss redovisade avgöranden att det endast är vid konkurs och likvidation, dvs. vid förfaranden som med beaktande av borgenärsintresset syftar till att avveckla bolaget, som direktivet upphör att vara fullt ut tillämpligt.

Om det bedöms angeläget att ge möjlighet till beslut om nyemission under offentlig administration förefaller det således nödvändigt att gemenskapsrätten ändras så att utrymme härför skapas. Sverige kan givetvis föreslå ändringar i det existerande gemensamma regelverket. Sådana ändringar skulle kunna bestå i antingen att andra bolagsdirektivet ändras så att dess artikel 25.1 inte behöver tillämpas på bolag som

²² Domen punkt 59.

är föremål för rekonstruktion eller andra liknande åtgärder eller att det på EG-nivå tillskapas en gemensam insolvensordning som inbegriper även rekonstruktionsförfaranden och av vilken klart framgår att i en sådan insolvenssituation de bolagsrättsliga regler som annars gäller inte behöver tillämpas.

Det kan tilläggas, att EG:s bolagsrättsliga regler däremot inte synes på motsvarande sätt ställa upp något hinder mot att beslut om fusion fattas under offentlig administration. Som redan antytts ovan, i samband med att en jämförelse görs mellan det andra och det tredje bolagsdirektivet, innehåller det sist nämnda, som reglerar fusioner inom en medlemsstat, i artikel 1.3 en undantagsregel som ger medlemsstaterna möjlighet att underlåta att tillämpa direktivet ”om ett eller flera av de bolag som förvärvas eller upplöses är försatt i konkurs eller är föremål för ackord eller liknande förfarande”. Det kan givetvis inte, innan frågan prövats rättsligt, med fullständig säkerhet sägas att offentlig administration är att anse som ett ”liknande förfarande” i direktivets mening. Men eftersom undantagsregeln är tillämplig inte endast vid konkurs, dvs. vid förfaranden som syftar till avveckling av ett bolag, utan även om ett bolag är föremål för ackord, bör det med fog kunna antas att den äger tillämpning också vid ett sådant rekonstruktionsförfarande som offentlig administration väsentligen utgör.

Stockholm den 23 maj 2000

Mats Melin