

Stockholm den 8 mars 2023

R-2022/2316

Till Finansdepartementet

Fi2022/02993

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 8 november 2022 beretts tillfälle att yttra sig över Finansdepartementets promemoria EU:s kapitaltäcknings- och krishanteringsregelverk – några förtydliganden.

Sammanfattning

I EU:s krishanteringsregelverk har det förtydligats hur företag som ingår i ett globalt systemviktigt institut (G-SII-enheter) utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), som skulle ha varit resolutionsenheter om de hade varit etablerade inom EES, ska ingå i beräkningen av det gemensamt beslutade kravet på kapitalbas och kvalificerade skulder. I promemorian föreslås att svensk rätt ska ändras på så sätt att den står i överensstämmelse med förtydligandet i EU:s krishanteringsregelverk.

Advokatsamfundet har ingen erinran mot den föreslagna ändringen i denna del av förslaget.

I EU:s kapitaltäckningsregelverk finns regler om kapitalkrav för finansiella företag. Mot bakgrund av att Europeiska bankmyndigheten (EBA) har ifrågasatt om svensk rätt står i överensstämmelse med unionsrätten, föreslås i promemorian att det ska förtydligas att de aktiebolagsrättsliga bestämmelserna om vinstutdelning på begäran av en aktieägarminoritet inte ska gälla för kreditinstitut, värdepappersbolag, institut för



elektroniska pengar, betalningsinstitut eller sådana holdingföretag som på grupp- eller undergruppsnivå ska uppfylla kapitalkraven enligt EU:s kapitaltäckningsregelverk.

Advokatsamfundet är kritiskt mot att konsekvenserna av förslaget att inskränka aktieägarminoritets rätt att påkalla vinstutdelning inte har utretts mer utförligt, eftersom avsaknaden av en sådan konsekvensanalys gjort det svårare att ta närmare ställning till förslaget. Mot denna bakgrund vill Advokatsamfundet lämna några särskilda kommentarer på beredningen och själva förslaget i denna del.

Synpunkter

Bakgrunden till förslaget

I artikel 28 i tillsynsförordningen¹ anges bland annat att ett kapitalinstrument, för att uppfylla kravet på att vara ett kärnprimärkapitalinstrument, inte får omfattas av några villkor som innebär en skyldighet att lämna utdelning. Det är medlemsstaternas behöriga myndigheter som ska bedöma om kraven i artikel 28 uppfylls och det är Finansinspektionen som gör denna bedömning i Sverige. Enligt tillsynsförordningen ska EBA övervaka kvaliteten på kärnprimärkapitalinstrumenten som emitterats av instituten inom EU och upprätta en lista över de instrument i EU:s medlemsstater som får klassificeras som kärnprimärkapitalinstrument. Svenska aktier som getts ut enligt aktiebolagslagen (2005:551) (ABL) finns med på denna lista. I juli 2019 uppgav EBA att svenska aktier inte fullt ut uppfyller kraven i tillsynsförordningen, på grund av minoritetens rätt att påkalla vinstutdelning i 18 kap. 11 § ABL. Mot bakgrund av EBA:s bedömning upprättade Finansinspektionen en hemställan om vissa undantag från bestämmelserna i ABL om vinstutdelning (FI dnr 22-2034), vilken legat till grund för det nu aktuella förslaget om att undanta vissa företag från bestämmelserna i 18 kap. 11 § ABL. Enligt Finansinspektionen utgör bestämmelserna i 18 kap. 11 § ABL inte ett hinder för svenska företag att klassificera aktier som kärnprimärkapitalinstrument, bland annat på grund av den så kallade försiktighetsregeln i 17 kap. 3 § andra stycket ABL som säkerställer att en aktieägarminoritets begäran om vinstutdelning inte kan resultera i att exempelvis tillsynsförordningens kapitalkrav underskrids. Trots detta ansåg Finansinspektionen att det var angeläget att tydliggöra att samtliga krav i tillsynsförordningen är uppfyllda mot bakgrund av EBA:s bedömning och på så sätt

¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013 av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och om ändring av förordning (EU) nr 648/2012.



säkerställa att svenska aktier även fortsättningsvis kan klassificeras som kärnprimärkapitalinstrument. Om svenska aktier inte anses uppfylla kraven på att vara kärnprimärkapitalinstrument finns det en risk att svenska finansiella företag inte uppfyller kapitalkraven enligt EU:s kapitaltäckningsregelverk, vilket kan leda till att dessa svenska företag inte uppfyller kraven för verksamhetstillstånd.

Syftet med minoritetsskyddet

Förslaget innebär att aktieägarminoritetens rätt enligt ABL att under vissa förutsättningar påkalla vinstutdelning, faller bort för de aktuella institutstyperna. Minoritetsskyddet är en central del och har under lång tid utgjort en grundläggande princip i den svenska aktiebolagsrätten. Syftet med skyddet är att motverka missbruk av majoritetsägare och att främja en aktiv ägarfunktion i företagen. En aktiv ägarfunktion är viktigt för både utveckling och effektivitet, liksom utgör ett betydelsefullt inslag i en väl fungerande marknadsekonomi. Regler som främjar en aktiv ägarfunktion skapar bäst förutsättningar för anpassningar efter omvärlden och dynamik i näringslivet. Denna typ av regler är därför viktig för både enskilda företag och samhället i stort. För att aktiebolag med en stark ägarfunktion ska fungera som samarbetsform, krävs att det finns ett skydd mot majoritetsmissbruk som annars kan uppstå. Minoritetsskyddsreglerna i ABL utgör, tillsammans med bestämmelsen om att bolagen ska bedrivas i vinstsyfte enligt 3 kap. 3 § ABL, därför en viktig grund för en aktiv ägarfunktion.²

Bestämmelsen om minoritetens rätt att begära vinstutdelning i 18 kap. 11 § ABL utgör en viktig del av minoritetsskyddet, eftersom den skyddar minoriteten mot så kallad ”utsvältning”. Med det avses situationer där majoriteten, i syfte att trötta ut minoriteten och få dem att sälja sina aktier, beslutar att inte dela ut vinst. Det finns även andra sätt för majoriteten att se till att utdelning inte sker och 18 kap. 11 § ABL innebär inte heller något tvång för styrelsen att faktiskt besluta om utdelning (om domstol inte beslutar om annat).³ Möjligheten för minoriteten att kräva utdelning är således redan kraftigt begränsad, vilket alltså även Finansinspektionen påpekat i sin hemställan.⁴

² Prop. 2019/20:194 s. 50 f.

³ Rodhe, Knut & Skog, Rolf, Rodhes aktiebolagsrätt, (2020, version 26, JUNO), under rubriken Kap. 11. Minoritetsskyddet, E. Till minoritetens skydd uppställda direktiv för bolagsstämmans beslut.

⁴ FI dnr 22-2034, Hemställan om vissa undantag från bestämmelserna i aktiebolagslagen om vinstutdelning, daterad den 24 januari 2022.



Förutom syftet att motverka utsvältning fyller 18 kap. 11 § ABL en funktion som incitament för en bolagsledning att verka för, och majoritetsaktieägare att faktiskt besluta om, en skälig utdelning. Bestämmelsen fyller också en viktig funktion ur kapitalanskaffningssynpunkt, eftersom den skapar incitament att förvärva en minoritetsandel i ett aktiebolag. Minoritetsskyddet reducerar riskerna för minoriteten och ökar därmed viljan att investera, vilket i sin tur minskar bolagens kostnader för kapitalanskaffning. Därtill skapar bestämmelsen ur känslomässig synpunkt rättvisa mellan majoriteten och minoriteten.⁵

Otillräcklig konsekvensanalys

Enligt Finansdepartementets promemoria innebär förslaget att inskränka de aktiebolagsrättsliga bestämmelserna om vinstutdelning på begäran av en aktieägarminoritet i förhållande till de aktuella företagen enbart ett förtydligande av gällande rätt och får därför inte några konsekvenser. Enligt det synsättet utgör förslaget sålunda inte något nytt i förhållande till redan gällande rätt. Detta måste dock enligt Advokatsamfundets uppfattning vara ett felaktigt synsätt, eftersom det från svenskt perspektiv knappast kan ha funnits en uppfattning inom det allmänna, bland aktieägare eller näringslivet i stort, att minoritetsskyddet enligt 18 kap. 11 § ABL inte skulle gälla för de aktuella institutstyperna. Till saken hör att Finansinspektionen i sin hemställan om vissa undantag från bestämmelserna i ABL om vinstutdelning uppgett att myndigheten inte anser att bestämmelserna i 18 kap. 11 § ABL utgjort ett hinder för svenska företag att klassificera svenska aktier som kärnprimärkapitalinstrument. Finansinspektionen har alltså tidigare varit av uppfattningen att det inte funnits några problem med de svenska reglerna i förhållande till tillsynsförordningen. Det faktum att EBA ifrågasätter svensk rätts förenlighet med unionsrätten är givetvis nödvändigt att ta i beaktande och i förekommande fall innebära erforderliga justeringar, men bör enligt Advokatsamfundets uppfattning inte medföra att fundamentala svenska rättsprinciper inskränks utan en grundläggande kartläggning av potentiella alternativ samt tillhörande konsekvenser. Sammantaget innebär därför förslaget i rättslig mening något nytt och en förändring i förhållande till tidigare uppfattning om rättsläget på området. Förhållandet att unionsrätten har företrädare framför svensk rätt ifrågasätts

⁵ Rodhe, Knut & Skog, Rolf, Rodhes aktiebolagsrätt, (2020, version 26, JUNO), under rubriken Kap. 1. Vissa huvudproblem inom aktiebolagsrätten, A. Bolagsförmögenheten och det begränsade ansvaret.



givetvis inte, men det bör framhållas att det i detta fall har bedömts att en svensk lagändring krävs för att säkerställa unionsrättens företräde.

De föreslagna lagändringarna riskerar således att få konsekvenser för befintliga och tillkommande ägare i de aktuella institutstyperna och bolagen. Det är tänkbart att en möjlig konsekvens av förslaget är att investeringsviljan i förhållande till aktuella institutstyper minskar, något som borde vara en icke önskvärd konsekvens, såväl för de berörda bolagen som för näringslivet i stort. Advokatsamfundet ifrågasätter därför om konsekvenserna av förslaget utretts i tillräcklig omfattning, särskilt i förhållande till syftet bakom minoritetsskyddet i ABL.

Advokatsamfundet konstaterar också att förslaget saknar överväganden som behandlar om det lagstiftningstekniskt finns något annat sätt att hantera den oklarhet som EBA identifierat och som kan medföra att man ändå kan tillgodose aktieägarminoritetens rätt enligt 18 kap. 11 § ABL, samtidigt som tillsynsförordningens krav tillgodoses. Här kan särskilt noteras styrelsens skyldigheter enligt ABL i samband med vinstutdelning och att en begäran enligt 18 kap. 11 § ABL inte leder till att utdelning kan ske per automatik. Kopplat till detta skulle det kunna övervägas, för de aktuella institutstyperna, att en vinstutdelning efter en begäran om det enligt 18 kap. 11 § ABL endast får genomföras om bolaget dessförinnan inhämtat godkännande av Finansinspektionen. Det vill säga att stämmans beslut om utdelning i sådana fall villkoras av att Finansinspektionen beslutar att godkänna utdelning i enlighet med stämmans beslut. Ett sådant förfarande skulle ligga i linje med de tillståndsbeslut som krävs vid förändringar i utgivet primärkapital respektive supplementärkapital för exempelvis kreditinstitut. Beslut av det slaget borde vara relativt ovanliga varför de inte behöver innebära en större belastning på Finansinspektionen.

Det vore sammantaget önskvärt att Finansdepartementet överväger att ta fram alternativa och mindre inskränkande förslag, om dessa bedöms kunna godtas av EBA som lösning på den problematik som förslaget är avsett att hantera.

Slutligen kan noteras att begreppet "kärnprimärkapital" är relevant inom ytterligare finansiella regelverk och berör fler institutstyper än lagförslaget (till exempel fondbolag



och AIF-förvaltare). Advokatsamfundet efterlyser en närmare motivering till varför förslaget inte omfattar dessa institutstyper, då detta inte framgår av förslaget.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander