

2018-04-25

R E M I S S V A R



Finansdepartementet
Finansmarknadsavdelningen

FI Dnr 18-2770
(Anges alltid vid svar)

103 33 Stockholm

Finansinspektionen
Box 7821
SE-103 97 Stockholm
[Brunnsgatan 3]
Tel +46 8 408 980 00
Fax +46 8 24 13 35
finansinspektionen@fi.se
www.fi.se

Finansdepartementets promemoria Kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om referensvärden (Fi2018/00561/V)

Finansinspektionen (FI) tillstyrker i huvudsak promemorians förslag. Det finns dock ett antal frågor där FI inte instämmer i promemorians förslag eller anser att det behöver göras förtydliganden och tillägg.

Inledning

Finansiell verksamhet kan medföra stora risker för samhället, konsumenter och företag och det är därför i många fall förbjudet att bedriva sådan verksamhet utan tillstånd. Sådana krav på tillstånd uppställs för bl.a. banker, andra finansiella företag och nu även de som tillhandahåller referensvärden. Det är FI:s uppdrag att utöva tillsyn över dessa aktörer och värna ett effektivt konsumentskydd, väl fungerande marknader och finansiell stabilitet. Ett viktigt led i den tillsynen är att kontrollera att aktörerna uppfyller kraven i regleringen och respekterar de tillstånd som de beviljats. Om dessa krav åsidosätts ska FI ingripa.

Vissa förslag och motiveringen i promemorian av dessa har potentiellt stor inverkan på FI:s tillsyn och riskerar enligt FI att oavsiktligt underminera tillsynens effektivitet. Det gäller i synnerhet möjligheten för tillsynsmyndigheten att få underlag för tillsynsarbetet.

Tillsyn bygger i stor utsträckning på att företagen är skyldiga att löpande lämna en mängd uppgifter. Dessutom är företagen skyldiga att lämna information på tillsynsmyndighetens begäran och i vissa fall på eget initiativ meddela tillsynsmyndigheten att det förekommit en särskild händelse, vilket till sin natur ofta kan vara av den karaktären att företagets lagenliga skyldighet kan röja att det förekommit regelöverträdelser. Om inte tillsynsmyndigheten kan få denna information utan att den kringgärdas av restriktioner om hur den får användas urholkas effektiviteten i finanstillsynen på ett sätt som skulle kunna hota viktiga samhällsintressen såsom konsumentskydd och finansiell stabilitet

(finansiell stabilitet utgör för övrigt enligt EU-domstolens uttalanden i domen Kotnik, C-526/14, ett ”överordnat allmänintresse”). Det vore orimligt att föreställa sig att den europeiska eller nationella lagstiftarens avsikt vore att underminera tillsynens möjlighet att upprätthålla de väsentliga skyddsintressen som föranlett regleringen på finansmarknaden.

FI tar upp förhållandet mellan olika tillsynsverktyg, såsom dialog och sanktioner, nedan under rubriken ”Dubbelprövningsförbudet och rätten att inte belasta sig själv”.

Rätt att utföra platsundersökningar (avsnitt 5.4)

Enligt förordningen om referensvärden ska behöriga myndigheters befogenheter för att kunna uppfylla sina skyldigheter enligt förordningen bland annat innefatta att beträda juridiska personers lokaler, i syfte att beslagta handlingar och andra uppgifter i någon form, där det finns en rimlig misstanke om att handlingar och andra uppgifter som rör ämnet för inspektionen eller utredningen kan vara relevanta för att bevisa en överträdelse av förordningen (artikel 41.1 e).

Bestämmelsen motsvarar artikel 23.2 första stycket e och 23.2 andra stycket i EU:s marknadsmissbruksförordning. Av de nationella regler som införts för att göra det möjligt att tillämpa bestämmelserna framgår bl.a. att Stockholms tingsrätt på ansökan av FI får besluta att genomföra en undersökning i en fysisk eller juridisk persons verksamhetslokaler för att utreda om personen har överträtt vissa angivna beslut i marknadsmissbruksförordningen. En sådan ansökan får bifallas, om (1) det finns anledning att anta att en överträdelse har skett, (2) den som undersökningen avser inte rättar sig efter ett föreläggande enligt lagen eller det annars finns risk för att bevis undanhålls eller förvanskas, och (3) vikten av att åtgärden vidtas är tillräckligt stor för att uppväga det intrång eller annat men som åtgärden innebär för den som drabbas av åtgärden.

I promemorian anförs att befogenheten som följer av artikel 41.1 e i förordningen om referensvärden tillgodoses genom förslaget att FI ska kunna ingripa mot en administratör som har auktorisation eller som har registrerats samt mot enheter under tillsyn som inte följer ett föreläggande om att lämna uppgifter eller en begäran om platsundersökning. Till skillnad från vad som är fallet när det gäller undersökningar mot de personer som träffas av regleringen mot marknadsmissbruk kan FI enligt vad som anförs i promemorian inte anses ha samma behov av en möjlighet att utöva tvång, t.ex. med stöd av ett domstolsbeslut, för att få tillgång till uppgifter eller handlingar från dessa företag.

Det är FI:s uppfattning att det inte finns utrymme för den nationella lagstiftaren att frånga en EU-förordning och genom ett behovsresonemang välja att inte införa en befogenhet som framgår av EU-förordningen ifråga. I stället bör bestämmelser motsvarande 4 kap. 1–11 §§ lagen (2016:1306) med kompletterande bestämmelser till EU:s marknadsmissbruksförordning införas i den föreslagna lagen.

Dubbelprovningsförbudet och rätten att inte belasta sig själv (avsnitt 4.3)

FI:s ingripandemöjligheter är likartade i de olika rörelselagarna på finansmarknadsområdet. Bestämmelserna innebär i korthet att om en överträdelse är allvarlig ska FI återkalla företagets tillstånd, eller om det är tillräckligt, meddela företaget en varning. Om överträdelsen inte är allvarlig kan FI i stället meddela företaget en anmärkning. En anmärkning eller en varning får förenas med en sanktionsavgift (se t.ex. 25 kap. 1 och 8 §§ lagen [2007:528] om värdepappersmarknaden). Det sagda innebär att ingripandenas stränghet i stigande ordning är anmärkning, anmärkning med sanktionsavgift, varning, varning med sanktionsavgift samt återkallelse av tillstånd.¹

På s. 40 f. i promemorian förs ett resonemang om huruvida ingripanden till följd av överträdelser av förordningen om referensvärden är av straffrättslig karaktär eller inte. Även om avsnittet enligt rubriken ska handla just om överträdelser av förordningen om referensvärden har resonemanget betydelse också för synen på FI:s övriga tillsynsverksamhet på andra områden, inklusive ingripanden. Detta framgår t.ex. av att det i texten på s. 40 finns ett resonemang om ingripandet varning, trots att det är ett ingripande som inte föreslås kunna användas vid överträdelse av förordningen om referensvärden.

I korthet utmynnar resonemanget i promemorian i bedömningen att ett förfarande genom vilket en misstänkt överträdelse prövas innebär en anklagelse för brott i Europakonventionens och EU-stadgans mening, i vart fall när repressiva sanktioner i form av sanktionsavgifter har aktualiserats.

Resonemanget i promemorian kan ifrågasättas på olika grunder. Den mest uppenbara är att vad lagstiftaren ansett vara det allvarligaste av ingripanden, dvs. återkallelse av tillstånd, inte skulle medföra att ett förfarande innebär en anklagelse för brott, medan lindrigare ingripanden, t.ex. anmärkning i förening med sanktionsavgift, skulle göra det. Detta kan möjligen vara i strid med Europadomstolens praxis som innebär att frågan om det tredje Engelkriteriet är uppfyllt ska bestämmas utifrån den högsta påföljd som föreskrivs i nationell rätt, även om den påföljd som faktiskt påförs också är av relevans. En liknande inkonsekvens skulle vara att en anmärkning med sanktionsavgift skulle medföra att ett förfarande innefattar en anklagelse för brott, medan en varning utan sanktionsavgift inte skulle göra det.

En annan grund för invändning är att frågan om vilka rättssäkerhetsgarantier som enligt Europakonventionen är tillämpliga på ett förfarandet blir beroende av vilket ingripande som sedermera beslutas i ärendet.

Som framgår av promemorian har Kammarrätten i Stockholm i två domar meddelade den 27 juni 2014 ansett att uttag av straffavgift enligt lagen om bank- och finansieringsrörelse är att likställa med straff enligt

¹ Här bortses från andra typer av ingripanden, t.ex. förbud och förelägganden. Det bortses även från ingripanden mot fysiska personer.

Europakonventionen. FI konstaterar att domstolens bedömning grundas på en hänvisning till RÅ 2004 ref. 17, som gällde fråga om uttagande av särskild avgift enligt lagen om anmälningsskyldighet för vissa innehav av finansiella instrument. Kammarrätten tar i sina domar inte upp det förhållandet att kammarrättens mål, till skillnad från vad som var fallet i Högsta förvaltningsdomstolens avgörande, gällde ingripande mot företag som beviljats tillstånd att utöva reglerad verksamhet. FI anser mot den bakgrunden att kammarrättsavgörandena inte ska tillmätas någon avgörande betydelse för bedömningen av om uttag av sanktionsavgift av ett tillståndspliktigt företag är att likställa med straff.

FI konstaterar att bedömningarna i promemorian i detta avseende avviker från de som nyligen gjordes i samband med att kompletterande bestämmelser till marknadsmissbruksförordningen infördes i svensk rätt. I förarbetena till den lagstiftningen uttalas tydligt att det när det gäller de ingripanden mot tillståndspliktiga företag som kan göras enligt lagen om värdepappersmarknaden finns, utifrån de kriterier som fastställts i Europadomstolens praxis, anledning att anse att de inte utgör straff i Europakonventionens mening (prop. 2016/17:22 s. 206). FI ser mot bakgrund av vad som anförts ovan inte några skäl till att avvika från detta ställningstagande, och några sådana skäl anføres inte heller i promemorian.

När det är fråga om oskuldspresumtionen har unionslagstiftaren uttryckligen förklarat att Europakonventionens definition av straffrättsliga förfaranden inte ska vara tillämplig när det gäller tillsyn på finansmarknaden inom unionen. Av skäl 11 i EU:s oskuldspresumtionsdirektiv² framgår att direktivet ska vara tillämpligt endast på straffrättsliga förfaranden, enligt den tolkning som gjorts av EU-domstolen, utan att det påverkar tillämpningen av rättspraxis i Europadomstolen. Direktivet tillämpas däremot inte på civilrättsliga förfaranden eller på administrativa förfaranden, inbegripet administrativa förfaranden som kan leda till sanktioner, såsom förfaranden rörande konkurrens, handel, finansiella tjänster, vägtrafik, skatter eller skattetillägg, och utredningar som administrativa myndigheter utför i samband med sådana förfaranden.

Vidare innehåller promemorian skrivningar (s. 44) om rätten att inte belasta sig själv i situationer där FI begär uppgifter från ett företag som är misstänkt för en överträdelse av förordningen om referensvärden. Det konstateras där att FI bör iaktta försiktighet i situationer då uppgifterna behövs för att kunna ingripa i repressivt syfte. Det anges vidare att det även i ett tidigare skede kan vara påkallat med försiktighet för att FI ska kunna vara säker på att ett senare repressivt ingripande som grundar sig på de uppgifter som lämnats är förenligt med Europakonventionen och EU-stadgan. Det konstateras slutligen att rätten att belasta sig själv skulle kunna kränkas i ett enskilt fall, vilket innebär att FI i

² Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/343 av den 9 mars 2016 om förstärkning av vissa aspekter av oskuldspresumtionen och av rätten att närvara vid rättegången i straffrättsliga förfaranden.

sin tillsynsverksamhet måste överväga vilka uppgifter som begärs och på vilket sätt.

I promemorian beskrivs FI:s ingripanden vid flera tillfällen som ”repressiva”. Myndigheten vill i det sammanhanget betona att när FI ingriper sker det inte med repressivt syfte. FI har i ett remissyttrande år 2014 redogjort för sin syn på förhållandet mellan olika tillsynsverktyg, framför allt dialog och sanktioner. De uttalanden som görs där är fortfarande relevanta:

FI utför sitt tillsynsarbete på flera olika sätt för att uppnå målen för verksamheten. Det övergripande intresset för en tillsynsmyndighet är att verka för att företagen på finansmarknaderna uppträder i enlighet med de regler som gäller för deras verksamhet, allt i syfte att skydda konsumenternas, övriga kunders, skattebetalarnas och hela samhällets intressen. Tillsynsmyndigheten kan använda en rad olika verktyg för att åstadkomma god regelefterlevnad. Det viktigaste och mest använda verktyget är att ha en dialog med företaget om reglernas innebörd och om de förväntningar som FI har på företaget. Vidare kan FI besluta om olika åtgärder som företaget ska vidta, till exempel att minska risken i verksamheten eller förbjuda verkställighet av beslut. Det innebär att en sanktion inte har ett egenvärde, utan ska användas när FI bedömer att det är nödvändigt och att det är ett effektivt sätt att genomdriva det enskilda företags och finansföretags i allmänhet ansvarsfulla förhållningssätt till reglerna. Sanktioner är alltså ett tillsynsverktyg bland andra och ska endast användas när det är lämpligt för att ge önskvärt resultat.³

EU-domstolens rättspraxis på området går längre än vad som framkommer i promemorian (s. 43). I p. 44 i domen SGL Carbon (C-301/04 P) framgår att kommissionens undersökningsbefogenheter inte har begränsats vad gäller tillhandahållande av handlingar som ett företag som är föremål för en undersökning har i sin besittning. Det berörda företaget ska således, om kommissionen så begär, lämna över de handlingar som har samband med undersökningen till kommissionen, även om kommissionen skulle kunna använda dessa handlingar för att fastställa en överträdelse. Denna slutsats har bekräftats i flera domar från Tribunalen (se t.ex. Energetický a průmyslový och EP Investment Advisors mot kommissionen, T-272/12, p. 53, och Buzzi Unicem mot kommissionen, T-297/11, p. 63).

Vad avslutningsvis gäller frågan om dubbelprövningsförbudet noterar FI att EU-domstolen den 20 mars 2018, dvs. efter att promemorian skickades ut på remiss, i tre avgöranden har tolkat dubbelprövningsförbudet enligt EU-stadgan (Menci, C-524/15, Garlsson Real Estate, C-537/16, och de förenade målen di Palma och Consob, C-596/16 och C-597/16). Det kan finnas anledning att beakta dessa domar i den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

³ Finansdepartementets ärende Fi2014/1356.

Övrigt

FI noterar att det på s. 42 i promemorian uttalas att det inte bör finnas något som hindrar att FI återkallar en administratörs tillstånd på den grunden att administratören t.ex. har påfört sanktioner för att ha överträtt marknadsmissbruksförordningen. FI har inte kunnat utläsa av den föreslagna lagen med kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om referensvärden att en överträdelse av marknadsmissbruksförordningen skulle vara en återkallelsegrund enligt den föreslagna lagen. En sådan grund för återkallelse framgår inte heller av artikel 35 i förordningen om referensvärden. Om uttalandet i promemorian i stället tar sikte på att det kan vara en grund för återkallelse av tillstånd enligt rörelselagstiftningen (t.ex. lagen om värdepappersmarknaden) så anser FI att detta bör förtydligas.

I 4 kap. 2 § 6 den föreslagna lagen med kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om referensvärden föreslås att FI ska ingripa bl.a. mot den som ”inte har följt ett föreläggande eller en begäran enligt 3 kap. 1, 2 eller 5 §”. Av författningskommentaren kan utläsas att avsikten är att FI ska kunna ingripa t.ex. mot den som ”inte följer en begäran om platsundersökning”. Det framgår dock inte av 3 kap. 5 § samma föreslagna lag att FI på något sätt ska *begära* en platsundersökning. FI anser därför att det kan finnas skäl att se över utformningen av bestämmelserna.

FINANSINSPEKTIONEN

Erik Thedéen
Generaldirektör

Charlotta Tajthy
Senior jurist
08-408 981 39