

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2023-06-07

Närvarande: F.d. justitierådet Martin Borgeke samt justitieråden Leif Gäverth och Eric M. Runesson

Ökad motståndskraft i betalningssystemet

Enligt en lagrådsremiss den 17 maj 2023 har regeringen (Finansdepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om clearing och avveckling av betalningar,
2. lag om ändring i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden,
3. lag om ändring i lagen (1992:160) om utländska filialer m.m.,
4. lag om ändring i lagen (1995:1571) om insättningsgaranti,
5. lag om ändring i lagen (1998:1479) om värdepapperscentraler och kontoföring av finansiella instrument,

6. lag om ändring i lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden,
7. lag om ändring i lagen (2000:35) om byte av redovisningsvaluta i finansiella företag,
8. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400),
9. lag om ändring i lagen (2014:484) om en databas för övervakning av och tillsyn över finansmarknaderna,
10. lag om ändring i lagen (2016:1306) med kompletterande bestämmelser till EU:s marknadsmissbruksförordning,
11. lag om ändring i lagen (2017:630) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism,
12. lag om ändring i lagen (2022:964) om företagsrekonstruktion.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Sofia Andersson, biträdd av ämnesrådet Fredrik Opander.

Förslagen föranleder följande yttrande.

Sammanfattning av yttrandet

Lagrådet har inga avgörande invändningar mot förslagen, men råder regeringen att göra justeringar på ett antal punkter.

Lagrådsremissens huvudsakliga innehåll

Den svenska lagstiftningen för clearingverksamhet, dvs. för förmedling av betalningar mellan banker i ett clearing- eller

avvecklingssystem, är föråldrad. Den har inte anpassats till digitaliseringen eller till vad som gäller internationellt. Det föreslås därför att det ska införas en ny lag på området.

Genom att det i lagförslaget ställs nya krav på bl.a. riskhantering, beredskap, kapitaltäckning och styrning av verksamheten är tanken att motståndskraften i betalningssystemet kommer att öka.

De nya reglerna ska börja gälla den 1 januari 2024.

Inledande synpunkter

Lagrådsremissen behandlar ett tekniskt ganska komplicerat ämne. Det förutsätts en hel del kunskaper om hur betalningssystemet är uppbyggt och fungerar för att man ska kunna fullt ut tillgodogöra sig innehållet i texten. Som Lagrådet ser det skulle särskilt den allmänna motiveringen kunna vinna mycket i fråga om begriplighet och läsbarhet om den bearbetades både språkligt och innehållsmässigt. Som en del i detta arbete bör flera i framställningen använda uttryck förklaras.

Det finns ett flertal lagar som reglerar olika delar av finansmarknaden. Det lagförslag som nu är föremål för granskning av Lagrådet är alltså bara en del av en mer omfattande reglering. Förslagen i remissen ansluter på många ställen till det sätt att formulera olika typer av föreskrifter som förekommer i de andra finansmarknadslagarna. Inte alltid är dessa formuleringar sådana att de hade valts om reglerna skulle skrivas i dag. Lagrådet har emellertid viss förståelse för att utformningen av den nya lagen bör ansluta till hur motsvarande regler är skrivna i andra lagar på området. Det betyder att Lagrådet på några punkter har avstått från att rikta kritik mot i förslaget valda formuleringar. På sikt kan emellertid den konserverande verkan som övrig lagstiftning har när

ny lag ska stiftas på ett område vara besvärande. Det finns skäl för regeringen att vara uppmärksam på denna problematik.

Förslaget till lag om clearing och avveckling av betalningar

Med clearing avses enligt förslaget 1 kap. 1 § andra stycket att begära överföring av, stämma av, bekräfta eller göra avräkning av betalningar eller upprätta slutliga positioner inför avveckling, medan avveckling innebär att utföra betalningar genom överföring. Det betyder att orden "clearing" och "avveckling" avser olika typer av åtgärder inom det finansiella systemet. Detta motiverar att den nya lagen kallas lag om clearing och om avveckling av betalningar. Ett alternativ kan vara lag om clearing av betalningar och avveckling av betalningar.

Rubriken omedelbart före 1 kap. 1 § ska enligt förslaget vara Lagens tillämpningsområde. En mera träffande rubrik är Lagens innehåll.

1 kap. 1 §

I första stycket anges att lagen innehåller bestämmelser om aktiebolag som har tillstånd att bedriva clearingverksamhet (clearingbolag). Detta ska förstås så att clearingverksamhet får bedrivas endast av aktiebolag. Lagrådet ifrågasätter om det är en god lagstiftningsteknik att uttrycka sig på detta indirekta vis. Det är ju inte alldeles ologiskt att man med den föreslagna formuleringen frågar sig var någonstans reglerna för andra organisationer som har tillstånd att bedriva clearingverksamhet finns.

Dessutom framgår det av 1 kap. 2 § att lagen gäller även för filialer till utländska clearingbolag. En filial är ju ingen egen juridisk person och därmed inte heller något aktiebolag. Den juridiska person som har en filial i Sverige är definitionsmässigt inte heller ett aktiebolag, i vart fall inte ett aktiebolag i enlighet med de regler som gäller enligt

aktiebolagslagen (2005:551) och som måste vara styrande för begreppsförståelsen.

Om den föreslagna formuleringen av första stycket i paragrafen behålls – vilket Lagrådet alltså anser mindre lämpligt – krävs i vart fall att det i författningskommentaren ges en tydlig förklaring till innebörden av lagtexten.

1 kap. 2 §

Som har nämnts under föregående paragraf kan clearingverksamhet i Sverige bedrivas också av filialer till "utländska clearingbolag". Det behöver i författningskommentaren klargöras vad som avses med detta uttryck. Som Lagrådet har förstått det avses med ett utländskt clearingbolag en sådan juridisk person som motsvarar ett svenskt aktiebolag. Detta bör sägas uttryckligen. Det i kommentaren använda ordet "företag" saknar uppenbarligen tillräcklig precision.

1 kap. 3 §

I paragrafen anges att den som är eller har varit knuten till ett clearingbolag inte obehörigen får röja eller utnyttja vad han eller hon har fått veta om någon annans affärsförhållanden eller personliga förhållanden. Lagrådet ifrågasätter om det inte i stället bör stå: "om någon annans affärsförhållanden eller om någon enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden".

I den här bestämmelsen föreskrivs tystnadsplikt men i 4 § stadgas om uppgiftsskyldighet. Hur paragraferna förhåller sig till varandra bör förklaras tydligare i författningskommentaren.

1 kap. 4 §

I den här paragrafen föreskrivs uppgiftsskyldighet i fråga om enskildas förhållanden till ett clearingbolag. I författnings-

kommentaren bör bestämmelsens relation till tystnadsplikten enligt 1 kap. 3 § förtydligas, genom att det förklaras att de uppgifter som avses här inte lämnas obehörigen. Uppgiftsskyldigheten har alltså företräde framför tystnadsplikten.

1 kap. 6 §

Enligt paragrafen ska den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet bryter mot ett meddelandeförbud enligt 5 § dömas till böter. Ett sådant meddelandeförbud kan riktas mot ett clearingbolag eller mot den som är eller har varit knuten till ett sådant bolag.

Enligt svensk rätt kan endast fysiska personer dömas till straffrättsliga påföljder. Därmed kan ett clearingbolag inte bötfällas. Visserligen kan juridiska personer åläggas företagsbot, men det är en särskild rättsverkan av brott och är inte detsamma som ett bötesstraff (se 36 kap. brottsbalken jämfört med 25 kap. samma balk). Denna problematik bör tas upp i författningskommentaren. Det bör klargöras hur ansvarsförhållandena i clearingbolag ser ut och vilka befattningshavare som kan vara att bestraffa i olika situationer.

2 kap. 1 och 2 §§

I 2 kap. 1 § föreskrivs att clearingverksamhet som ska bedrivas av ett aktiebolag kräver tillstånd av Finansinspektionen. Detta gäller dock inte generellt. Undantagen från tillståndsplikten finns angivna i 2 § och gäller bl.a. Riksbanken.

Lagrådet ifrågasätter om bestämmelserna om tillståndsplikt behöver vara uppdelade på två olika paragrafer. Som Lagrådet ser det kan regleringen med fördel finnas i bara en paragraf som ges följande utformning.

Den som ska bedriva clearingverksamhet måste ha tillstånd av Finansinspektionen. Detta gäller dock inte i fråga om Sveriges

riksbank, banker eller verksamhet som avses i lagen (2010:751) om betaltjänster.

Med den här formuleringen undviks den otydlighet som remissförslaget innebär beträffande vad som gäller för verksamhet bedriven av filialer.

Skulle Lagrådets förslag i denna del inte godtas bör i vart fall rubriken före 2 § lyda: Undantag från kravet på tillstånd.

2 kap. 3 §

I bestämmelsen anges vilka förutsättningar som gäller för att tillstånd till clearingverksamhet ska ges. I punkt 4, som handlar om vilka krav som ska ställas på styrelseledamöter och verkställande direktörer, bör det föreskrivas att samma krav ställs på personer som är ersättare för styrelseledamöter och verkställande direktörer.

2 kap. 4 §

I den här bestämmelsen anges att vid bedömningen av om den som ska vara styrelseledamot eller verkställande direktör i ett clearingbolag (eller ersättare, se i det föregående) är lämplig för uppdraget ska personens "anseende och kapitalstyrka" beaktas. Lagrådet vill ifrågasätta vad som menas med "anseende" och hur denna bedömningsgrund ska kunna tillämpas på ett rättssäkert vis. Också ordet "kapitalstyrka" kan diskuteras. Lagrådet föreslår att man i stället skriver något i stil med "förmåga att utöva ett ägaransvar".

Lagrådet vill tillägga att prövningar som tar sikte på någons lämplighet bör ske enligt fastlagda och tydliga kriterier. I det här fallet anges i lag några faktorer som ska inverka på bedömningen, vilket är en god ordning. När det kommer till någons "anseende" står det emellertid varken i lagen eller i författningskommentaren något om vad som avses med begreppet eller vad som ska inverka på

bedömningen. Detta är inte acceptabelt. Lagrådet förutsätter att regeringen i det fortsatta beredningsarbetet förtydligar vad som ska avses med "anseende" och vad som ska inverka på bedömningen. (Jfr här Lagrådets yttrande den 28 april 2023 över remissen Förstärkt reglering av valutaväxlare och andra finansiella institut, s. 7.) Kanske menas integritet, dvs. förmåga att handla rättrådigt oberoende av yttre påtryckningar?

När det gäller den här paragrafen vill Lagrådet ifrågasätta även formuleringen av punkt 1, som innebär att det vid bedömningen också ska beaktas om det finns skäl att anta att innehavaren kommer att motverka att verksamheten bedrivs på ett sätt som är förenligt med lagen och andra författningar. Det är naturligare att skriva positivt, dvs. att det ska beaktas om det kan antas att innehavaren kommer att följa de regler som gäller för verksamheten. Man kan väl för övrigt aldrig tänka sig att lämplighetskravet kan vara uppfyllt om det kan antas att innehavaren kommer att motverka att verksamheten bedrivs på ett sätt som är förenligt med lagen och andra författningar. Då blir det konstigt att säga att "det ska beaktas", underförstått att det inte är uteslutet att innehavaren ändå kan bedömas vara lämplig. Lagrådet är medvetet om att den föreslagna formuleringen finns i andra lagar på finansmarknadsområdet men vill alltså ändå påpeka att lagtexten här är konstigt skriven (jfr vad Lagrådet tar upp under rubriken Inledande synpunkter).

2 kap. 5 §

I den här bestämmelsen anges att bolagsordningen ska godkännas av Finansinspektionen i samband med att aktiebolaget får tillstånd, underförstått till att bedriva clearingverksamhet. Men innebörden måste förstås vara att bolagsordningen ska *prövas* innan tillstånd eventuellt kan ges.

I andra stycket föreskrivs att en ändring av bolagsordningen ska godkännas av Finansinspektionen, om den inte strider mot denna lag eller någon annan författning. En sådan ändring får inte registreras innan den har godkänts.

Lagrådet ifrågasätter om paragrafen behövs. Redan enligt 2 kap. 3 § ska ju bolagsordningen komma under Finansinspektionens prövning. Om innehållet i andra stycket anses nödvändigt, vilket Lagrådet i och för sig kan ha viss förståelse för, skulle det kunna läggas som ett andra stycke till 2 kap. 3 §. I vart fall bör bestämmelsen skrivas på ett annat sätt. Det kan ju knappast vara ett tvång för Finansinspektionen att godkänna bolagsordningen.

Lagrådet föreslår i andra hand följande lydelse.

Om bolagsordningen i ett clearingbolag som har fått tillstånd av Finansinspektionen ändras, ska Finansinspektionen på nytt pröva om bolagsordningen kan godkännas. En ändring i bolagsordningen får inte registreras innan den har godkänts.

Detta skulle alltså innebära att första stycket stryks.

2 kap. 7 §

Lagrådet föreslår att den här bestämmelsen justeras rent språkligt så att den får följande lydelse.

För ett clearingbolag som är ett privat aktiebolag gäller skyldigheterna enligt 8 kap. 46 a och 46 b §§ aktiebolagslagen (2005:551). Styrelsens ordförande ska övervaka att styrelsen fullgör skyldigheterna.

3 kap. 1 §

Också beträffande den här bestämmelsen föreslår Lagrådet en språklig och redaktionell justering i andra stycket:

Bolaget ska ha ändamålsenliga regler för hur clearingverksamheten ska gå till. Principerna om fritt tillträde, neutralitet och proportionalitet ska tillämpas.

3 kap. 3 §

Bestämmelsens rubrik är Beredskap. Den handlar om den planering som behövs för att riskerna för avbrott i clearingverksamheten ska motverkas. En lämplig formulering är enligt Lagrådets mening följande.

Ett clearingbolag ska ha beredskaps- och kontinuitetsplaner för att kunna hantera händelser som medför betydande risk för avbrott i verksamheten. Kritisk verksamhet ska identifieras och det ska säkerställas att verksamheten kan återupptas snarast efter ett avbrott. Planerna ska utvärderas och ses över regelbundet.

Rubriken omedelbart före paragrafen kan vara Beredskapsplanering.

3 kap. 4 §

I paragrafen anges bl.a. att ett clearingbolag ska ha strategier för olika scenarier. Vad som avses är snarare övergripande planer. Vidare används begreppen it- och cybersäkerhet. Lagrådet har svårt att se att cybersäkerhet inte skulle ingå i begreppet it-säkerhet. Lagrådet föreslår följande formulering av paragrafen.

Ett clearingbolag ska ha planer för informations- och it-säkerhet för att kunna hantera risker, hot och sårbarheter. Planerna ska fortlöpande utvärderas och ses över.

3 kap. 6 §

Den här bestämmelsen handlar om vilka förutsättningar som gäller för att ett clearingbolag ska få uppdra åt någon annan att "utföra en uppgift av betydelse för clearingverksamheten". Enligt författningskommentaren tar lagtexten sikte på fall av utkontraktering av verksamheten till en uppdragstagare. Därmed är det aningen missvisande att tala om "en uppgift av betydelse för clearingverksamheten".

Även andra stycket har fått en språkligt mindre lämplig utformning; ”ett godkännande krävs om det är en väsentlig förändring”. Det kan ju inte vara ett krav att Finansinspektionen alltid ska godkänna uppdragsavtal, jfr vad Lagrådet har uttalat vid 2 kap. 5 §.

3 kap. 7 §

Den här bestämmelsen tar upp frågor om styrning av verksamheten. Lagrådet föreslår följande formulering.

Styrelsen i ett clearingbolag ansvarar för att kraven i 1–6 §§ uppfylls och ska se till att det finns interna riktlinjer och instruktioner i den omfattning som behövs. Dessa ska fortlöpande utvärderas och ses över.

Lagrådet vill tillägga att det inte är så bra att, som i remissen, föreskriva att planerna ska ses över regelbundet. Utvärdering och översyn ska göras när det behövs och inte vara låst till att ske t.ex. vid en viss bestämd tid på året.

3 kap. 8 §

Texten i denna paragraf kan lämpligen formuleras så här:

Utöver clearingverksamhet får ett clearingbolag bedriva endast sådan verksamhet som har samband med clearingverksamheten. Om det finns särskilda skäl, får Finansinspektionen dock godkänna att ett clearingbolag bedriver också annan verksamhet.

3 kap. 9 §

I den här paragrafen föreskrivs att ett clearingbolag får förvärva egendom som motsvarar mer än 25 procent av kapitalet, om Finansinspektionen godkänner det. Förvärvet ska godkännas om det inte strider mot denna lag eller någon annan författning.

Bestämmelsen väcker frågor. Vilket kapital avses? Är det aktiekapitalet, det bundna egna kapitalet eller det fria egna kapitalet? Som utgångspunkt består det egna kapitalet av bolagsegendom

(nettot mellan tillgångar och skulder). Bestämmelsen förefaller uttrycka att bolaget med sin egendom får förvärva annan egendom som motsvarar mer än 25% av egendomen om Finansinspektionen godkänner det. Dvs. bestämmelsen synes behandla det förhållandet att bolaget omplacerar eget kapital från ett tillgångsslag till ett annat utan att det egna kapitalet för den skull behöver påverkas negativt.

Lagrådet antar att bestämmelsen bör läsas mot bakgrund av 5 § som uttrycker att ett clearingbolag med sitt egna kapital ska täcka de risker som bolaget är utsatt för. Av den föreslagna motivtexten till 5 § framgår att clearingbolaget bör ha likvida nettotillgångar som finansieras med eget kapital för sin risktäckning. Av 7 § följer att styrelsen löpande ansvarar för att risktäckningen är adekvat. Mot denna bakgrund kan ifrågasättas vad nytta den i 9 § föreslagna bestämmelsen gör; att den medför transaktionskostnader för bolaget och administrativa kostnader för inspektionen får tas för givet. Bestämmelsen förefaller också lätt att kringgå genom att egendom används i två i stället för en transaktion för att förvärva annan egendom (som blir en post i beräkningen av det egna kapitalet).

Bestämmelsen bör enligt Lagrådets uppfattning strykas eller, under alla förhållanden, förtydligas till att omfatta ett likviditetskrav.

6 kap. 2 §

I paragrafen sägs att vid valet av ingripande ska vissa bestämmelser i lagen om bank- och finansieringsrörelse tillämpas. Som det anges i författningskommentaren innebär detta att vissa omständigheter ska beaktas i försvårande eller förmildrande riktning.

En regel av detta slag har Lagrådet granskat när den förekom i en tidigare lagrådsremiss, se Lagrådets yttrande den 28 april 2023 över remissen Förstärkt reglering av valutaväxlare och andra finansiella institut, s. 11. Som framgår av det yttrandet är det problematiskt att

tala om försvårande respektive förmildrande omständigheter när en reglering inte endast är tillbakablickande och straffande utan även andra faktorer ska kunna inverka på i vilken form ett ingripande sker. Dessutom finns det ju ingen gradering av de olika ingripandeformernas inbördes stränghet. Med hänsyn till att motsvarande bestämmelser finns även på andra håll inom finansmarknadsområdet nöjer sig Lagrådet med detta påpekande.

6 kap. 4 §

I bestämmelsen anges förutsättningarna för att Finansinspektionen ska få återkalla ett clearingbolags tillstånd. Lagrådet anser att punkten 7 har getts en språkligt sett mindre lämplig utformning och föreslår följande formulering (med kännedom om att remissens formulering i och för sig förekommer på andra håll på finansmarknadsområdet).

7. i sin ansökan om tillstånd har lämnat falska uppgifter eller förfarit otillbörligt på något annat sätt.

6 kap. 6 §

Paragrafen handlar om möjligheten för Finansinspektionen att besluta om sanktionsavgifter. Det finns anledning att här påminna om vad Lagrådet i andra sammanhang har uttalat om behovet av en lagstiftning rörande frågor som är gemensamma för olika system med sanktionsavgifter. (Se Lagrådets yttrande den 26 januari 2023 över remissen Mottagningsanordningar i hamn för avfall från fartyg, s. 6 f.)

Det bör i lagtexten anges att avgiften tillfaller staten (jfr 6 kap. 7 § där detta sägs beträffande förseningsavgift).

Förslaget till lag om ändring i lagen om värdepappersmarknaden

1 kap. 1 a §

I paragrafen görs följdändringar. I det som nu blir paragrafens andra stycke kommer texten i andra strecksatsen att lyda så här.

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/23 av den 16 december 2020 om en ram för återhämtning och resolution av centrala motparter och om ändring av förordningarna (EU) nr 1095/2010, (EU) nr 648/2012, (EU) nr 600/2014, (EU) nr 806/2014 och (EU) 2015/2365 samt direktiven 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2007/36/EG, 2014/59/EU och (EU) 2017/1132 (förordningen om återhämtning och resolution av centrala motparter).

Lagrådet har mer än en gång hävdats att detta sätt att hänvisa till rättsakter från EU är olämpligt. I lagtexten bör namnet anges kort medan den fullständiga benämningen bör kunna stå i en fotnot.

Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.