

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2014-12-17

Närvarande: F.d. justitieråden Severin Blomstrand och Annika Brickman samt justitierådet Johnny Herre.

Nya administrativa sanktioner på finansmarknadsområdet

Enligt en lagrådsremiss den 4 december 2014 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse,
2. lag om ändring i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Rebecca Appelgren och Fredrik van Kesbeeck Andersson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Förslaget till lag om ändring i lagen om bank- och finansierings-
rörelse

14 kap. 7 a §

Genom paragrafen införs en ny sanktion för den som utan Finansinspektionens tillstånd förvärvar eller på visst sätt ökar ett kvalificerat innehav av aktier eller andelar i ett kreditinstitut och för den som avyttrar eller minskar ett sådant innehav utan att först underrätta Finansinspektionen. Utöver de nu gällande möjligheterna till ingripande – förbud att vid stämman företräda fler aktier eller andelar än som motsvarar ett innehav som inte är kvalificerat och föreläggande att avyttra så stor del av aktierna eller andelarna att innehavet därefter inte är kvalificerat – ska Finansinspektionen få besluta om en sanktionsavgift enligt bestämmelserna i 15 kap. 8–9 §§.

I 15 kap. 1 a § föreslås nya bestämmelser om att Finansinspektionen ska ingripa mot någon som ingår i ett kreditinstituts styrelse eller är dess verkställande direktör, eller ersättare för någon av dem, om kreditinstitutet begått någon av de överträdelser som räknas upp i paragrafen. Ett ingripande kan ske bl.a. genom beslut om sanktionsavgift.

En av de uppräknade överträdelserna är att i strid med 14 kap. 4 § första stycket låta bli att till Finansinspektionen anmäla sådana förvärv och avyttringar som avses där (punkt 2). En annan överträdelse är att i strid med 14 kap. 4 § tredje stycket låta bli att till Finansinspektionen anmäla namnen på de ägare som har kvalificerat innehav av aktier eller andelar i institutet samt storleken på innehavet (punkt 3).

Under föredragningen har bekräftats att den föreslagna regleringen innebär exempelvis att samma person kan åläggas sanktionsavgift dels för att han har skaffat sig ett kvalificerat innehav av aktier i ett kreditinstitut utan Finansinspektionens tillstånd, dels för att han i egenskap av styrelseledamot i institutet medverkat till att institutet inte har anmält förvärvet till inspektionen.

I artikel 6 i Europakonventionen finns regler om rätt till en rättvis rättegång. I kravet på en rättvis rättegång ingår att den som är misstänkt för brott inte ska behöva bidra till utredningen eller bevisningen i målet genom att göra medgivanden eller tillhandahålla belastande material.

Denna rätt att inte belasta sig själv får anses ingå även i unionsrätten (jfr artiklarna 47 och 52.3 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna samt EU-domstolens dom i mål 374/87, *Orkem*).

Den föreslagna regleringen innebär alltså att en styrelseledamot i ett kreditinstitut kan åläggas att betala en sanktionsavgift, om han inte medverkar till att institutet anmäler att han har gjort ett förvärv av aktier som också kan medföra en sanktionsavgift för honom. Bestämelsen om den först nämnda sanktionsavgiften fungerar därmed som en påtryckning så att han ska lämna uppgifter som visar att han har gjort sig skyldig till en överträdelse som kan föranleda sanktionsavgift. Om överträdelsen vore straffbelagd, skulle detta inte vara förenligt med den nu nämnda rätten att inte belasta sig själv.

Sanktionsavgifter av det nu aktuella slaget är formellt inte straff, men de har tydliga straffrättsliga drag. Vid tillämpningen av Europakonventionen behandlas sådana sanktionsavgifter på samma sätt som straff i många avseenden när det gäller grundläggande straffrättsliga

principer. Det kan knappast råda något tvivel om att den föreslagna regleringen är oförenlig med Europakonventionens princip om rätt att inte belasta sig själv.

Möjligen är det mer osäkert om den EU-rättsliga bedömningen blir densamma när det är fråga om en sanktionsavgift och inte ett straff. Mycket talar emellertid för att de sanktionsavgifter som det nu är fråga om ska behandlas som straff även vid tillämpningen av EU:s stadga (jfr Högsta domstolens resonemang om skattetillägg i NJA 2013 s. 502).

Regleringen utgör ett genomförande av bestämmelser i kapitaltäckningsdirektivet. Ingenting tyder på att problemet har uppmärksamats under förhandlingarna om direktivet. För den svenska lagstiftaren uppkommer nu frågan om direktivet ska genomföras i den här delen trots att det kan ifrågasättas om det är förenligt med rätten till en rättvis rättegång.

Frågan bör övervägas under den fortsatta beredningen.

15 kap. 1 a §

Enligt 15 kap. 1 a § i det remitterade förslaget ska Finansinspektionen ingripa mot styrelseledamöter, verkställande direktörer eller ersättare för dessa om ett kreditinstitut har begått någon av ett antal uppräknade regelöverträdelser. Genom paragrafen genomförs delar av artiklarna 66 och 67 i kapitaltäckningsdirektivet. Ett ingripande ska göras om överträdelserna är allvarliga och personen i fråga har orsakat den med uppsåt eller av grov oaktsamhet. Författningskommentaren ger ingen ytterligare ledning för hur bestämmelsen ska tillämpas.

I allmänmotiveringen betonas att direktivet inte förutsätter att det regelmässigt döms ut sanktioner mot fysiska personer. Det är enligt regeringens mening tillräckligt att svensk rätt erbjuder en möjlighet att rikta sanktioner mot fysiska personer. Den myndighet eller domstol som har att tillämpa reglerna bör beakta att rörelsereglerna i första hand ska riktas till institutet som sådant. Utgångspunkten bör vara att sanktioner i första hand ska riktas mot institutet och sanktioner mot fysiska personer komma i fråga bara i vissa särskilt allvarliga fall. Det har emellertid inte ansetts ändamålsenligt att i lagtexten ange när en överträdelse kan anses tillräckligt allvarlig för att ett ingripande mot en fysisk person skulle aktualiseras. Det kan heller inte uteslutas att en överträdelse som i och för sig inte kan föranleda en varning eller en återkallelse av tillstånd för institutet ändå är tillräckligt allvarlig för att sanktioner mot fysiska personer kan komma i fråga (s. 28 och 31).

Om institutets överträdelse anses som allvarlig, framstår utrymmet för att underlåta sanktioner mot fysiska personer som ytterst begränsat. Mot bakgrund av vad som sägs i allmänmotiveringen och med hänsyn till de drakoniska sanktionerna anser Lagrådet att förutsättningarna för att ingripa enligt lagen mot fysiska personer bör förtydligas.

15 kap. 1 c §

Enligt förslaget ska i förmildrande riktning beaktas bl.a. om institutet eller den fysiska personen snabbt har upphört med överträdelsen eller snabbt har verkat för att överträdelsen ska upphöra, sedan den anmälts till eller påtalats av Finansinspektionen.

Vid föredragningen har upplysts att avsikten är att vad som ska beaktas i fråga om institutet är om detta snabbt har upphört med överträ-

delsen och i fråga om den fysiska personen om han eller hon snabbt har verkat för att överträdelsen ska upphöra. Något skäl för att begränsa den förmildrande effekten till åtgärder som vidtas efter det att en överträdelse har anmälts till eller påtalats av Finansinspektionen har inte redovisats. Lagrådet förordar därför att paragrafens andra stycke ges följande utformning.

I förmildrande riktning ska beaktas om

1. institutet eller den fysiska personen i väsentlig mån genom ett aktivt samarbete har underlättat Finansinspektionens utredning,
2. institutet snabbt har upphört med överträdelsen, eller
3. den fysiska personen snabbt har verkat för att överträdelsen ska upphöra.

15 kap. 9 a §

I förslagets 15 kap. 9 a § tredje stycket föreskrivs att ett godkänt sanktionsföreläggande gäller som ett domstolsavgörande som har fått laga kraft. Den föreslagna regleringen om sanktionsförelägganden har sin motsvarighet i bl.a. reglerna om avgiftsföreläggande i 3 kap. konkurrenslagen (2008:579). Till skillnad från de remitterade lagförslagen innehåller emellertid konkurrenslagen bestämmelser om undanröjande av ett godkänt föreläggande, se 3 kap. 19 § konkurrenslagen. I motiven till den paragrafen (prop. 2007/08:135 s. 89) anfördes att när ett avgiftsföreläggande tillkommit på ett felaktigt sätt eller under felaktiga premisser borde det kunna undanröjas under samma förutsättningar som gäller beträffande strafförelägganden enligt 59 kap. 6 § rättegångsbalken. Det innebär att föreläggandet kan undanröjas, om godkännandet av strafföreläggandet inte kan anses som en giltig viljeförklaring, om det vid ärendets handläggning har förekommit ett sådant fel att föreläggandet bör anses ogiltigt eller om föreläggandet av annan anledning inte överensstämmer med lag.

Enligt 59 kap. 6 § andra stycket rättegångsbalken gäller att, om ett föreläggande har undanröjts, får för samma gärning inte dömas till eller föreläggas hårdare straff. I 3 kap. 19 § tredje stycket konkurrenslagen ges en motsvarande regel om att, om avgiftsföreläggandet undanröjts, får företaget inte därefter åläggas skyldighet att betala en högre konkurrensskadeavgift för samma överträdelse.

I den promemoria som ligger till grund för lagrådsremissen föreslogs en paragraf med ett innehåll som motsvarade 3 kap. 19 § konkurrenslagen. Någon sådan reglering föreslås inte i lagrådsremissen. I avsnitt 4.9 motiveras det med att promemorians förslag bygger på att de överträdelseärenden i vilka ett sanktionsföreläggande inte godtagits prövas av allmän domstol och att den föreslagna ordningen enligt regeringen inte är lämplig med en modell där ansökan i stället görs hos allmän förvaltningsdomstol. Regeringen gör däremot bedömningen att det enligt gällande rätt med stöd av 37 b § förvaltningsprocesslagen finns en möjlighet att undanröja sådana förelägganden genom beslut om resning.

Resningsinstitutet skiljer sig emellertid från en reglering som bygger på den modell som ges i 59 kap. 6 § rättegångsbalken. En första skillnad är att resningsinstitutet inte torde ge möjligheter till undanrövande i alla de situationer där så skulle kunna ske med en tillämpning av promemorians förslag. En annan skillnad är att det vid tillämpning av resningsinstitutet torde kunna förekomma att den som sanktionen riktas mot får åläggas att betala en högre avgift, något som inte skulle bli fallet med den reglering som föreslogs i promemorian (jfr Peter Fitger m.fl., Rättegångsbalken, version oktober 2014, t.o.m. supplement 77, kommentaren till 59 kap. 6 §).

Enligt Lagrådets mening bör det i den fortsatta beredningen övervägas att införa en bestämmelse av det slag som föreslogs i promemorian.

15 kap. 9 c §

Beträffande förfarandet med sanktionsföreläggande och dess innehåll anges i remissen, s. 49 f., bl.a. följande. Rent formellt är Finansinspektionen inte bunden av den sanktion som angetts i ett sanktionsföreläggande som inte har godkänts. Utgångspunkten bör dock vara att inspektionen vid tiden för föreläggandet har gjort en noggrann bedömning av vad som är en rimlig sanktion i det aktuella fallet. Den bedömningen bör normalt inte ändras för att föreläggandet inte godkänns och den sanktion som Finansinspektionen ansöker om hos domstol bör således normalt vara densamma som angetts i föreläggandet.

Enligt Lagrådets mening finns det skäl att i detta hänseende skilja mellan ändringar till den enskildes förmån och ändringar till dennes nackdel. I det förra fallet saknas skäl att inta en restriktiv hållning. Detsamma gäller emellertid inte för ändringar i skärpande riktning om föreläggandet inte godkänns.

I förarbetena till reglerna om avgiftsföreläggande i 3 kap. konkurrenslagen (2008:579) anges att en grundläggande förutsättning för ett system med avgiftsföreläggande är att det tillgodoser rimliga krav på rättssäkerhet. Det betonas här att företag som väljer ett domstolsförfarande framför ett avgiftsföreläggande inte bör missgynnas genom att riskera att betala högre konkurrensskadeavgift än vad som skulle ha blivit fallet om ett föreläggande hade godkänts (se prop. 2007/08:135 s. 88 f.).

Lagrådet anser att samma princip bör gälla för de nu föreslagna sanktionsavgifterna. Även om Finansinspektionen inte skulle vara formellt förhindrad att i domstolen yrka en strängare sanktion än den som inspektionen har satt ut i sanktionsföreläggandet, talar starka rättssäkerhetsskäl för att så inte sker. Under den fortsatta beredningen bör det närmare utvecklas hur regleringen är tänkt att tillämpas.

Förslaget till lag om ändring i lagen om värdepappersmarknaden

De föreslagna ändringarna i lagen om värdepappersmarknaden har genomgående samma innehåll och utformning som de föreslagna ändringarna i lagen om bank- och finansieringsrörelse. Vad Lagrådet har anfört i fråga om lagen om ändring i lagen om bank- och finansieringsrörelse gäller *mutatis mutandis* angående lagen om ändring i lagen om värdepappersmarknaden.