

Behovet av en reformering av sanktionssystemet för finansiella företag

HELENA FORSAEUS, ANN-CHRISTINE LINDEBLAD
& JOHAN LYCKE*

1. Inledning

Under senare år har bestämmelserna om sanktioner mot finansiella företag genomgått genomgripande förändringar på europeisk nivå. I princip samma regler ska gälla inom hela EU och sanktionerna i sig har skärpts, vilket för svenskt vidkommande främst har märkts genom kraftigt höjda sanktionsavgifter. Detta har fått konsekvenser för hur sanktionerna ska hanteras i förhållande till Europakonventionens krav på en rättvis rättegång, dubbelbestraffningsförbud m.m. och svensk rätt har till följd av detta ändrats. Ändringarna har dock, även om de är omfattande, gjorts i en ”minimalistisk” anda. Det vill säga: man har bara gjort de ändringar som är nödvändiga, för att leva upp till de europeiska kraven, och man har gjort det inom ramen för den befintliga svenska regleringen som utformades strax innan förändringarna på europeisk nivå. Att det har blivit så beror till viss del på de senaste årens höga förändringstryck framför allt i EU-regleringen. Vi har själva arbetat i ett antal utredningar på finansmarknadsområdet där sanktionsfrågan har funnits med som en komponent bland många.¹ Det har dock inte funnits utrymme i dessa enskilda utredningar att behandla sanktionsfrågan i dess helhet. Kanske är det nu dags att ta ett helhetsgrepp om reglerna för ingripanden på det finansiella området. En sådan översyn skulle kunna leda till ett effektivare och mer rättssäkert system.

* Helena Forsaeus, hovrättsassessor, Ann-Christine Lindeblad, justitieråd, Johan Lycke, Compliance officer, Handelsbanken.

¹ T.ex. 2012 års marknadsmissbruksutredning (se SOU 2014:46), 2013 års värdepappersutredning (se SOU 2015:2) (inom ramen för den utredningen utarbetades även en promemoria – Promemoria om sanktioner enligt CRD IV – som rörde sanktioner för fysiska personer i kreditinstituts ledning, se prop. 2014/15:57), och 2014 års fondutredning (se SOU 2015:62).

2. Utvecklingen av dagens svenska sanktionssystem

Dagens system för ingripanden mot finansiella företag har sitt ursprung i den reformering av reglerna för kreditinstituten (banker m.fl.) som ägde rum i början av 2000-talet.² Dessförinnan var Finansinspektionens möjligheter att ingripa begränsade till att tvinga fram rättelser³ och att återkalla företagets tillstånd. Flera av de fall då tillståndet för banker skulle återkallas enligt lagen avsåg situationer då företaget i fråga helt enkelt inte bedrev den verksamhet det hade tillstånd för. Banken hade t.ex. inte anmälts för registrering, hade förklarat sig avstå från tillståndet eller inte bedrivit bankrörelse under ett års tid. Likaså skulle tillståndet återkallas om banken hade för litet kapital eller om någon som ingick i styrelsen eller var verkställande direktör eller hade ett kvalificerat innehav inte uppfyllde kraven för ledningspersoner eller ägare. Dessa återkallelsegrunder kan sägas karakteriseras av att företaget aldrig skulle ha fått något tillstånd, om omständigheterna hade varit kända vid tidpunkten för tillståndsansökan. Det var således snarare fråga om att korrigera ett felaktigt beviljat tillstånd än att ”bestrafva” en överträdelse. Bland återkallelsegrunderna fanns dock också att banken i fråga hade visat sig olämplig att utöva tillståndspliktig verksamhet genom att bryta mot någon bestämmelse i lagen. I sådana fall kunde inspektionen, om det var tillräckligt, meddela varning i stället för att återkalla tillståndet. Denna återkallelsegrund har i högre grad karaktären av ett repressivt ingripande, en bestraffning av ett klandervärt beteende. Men även i dessa fall synes utgångspunkten ha varit att en återkallelse skulle bli aktuell endast om det var fråga om en så allvarlig överträdelse att företaget inte längre kunde anses lämpligt att ägna sig åt tillståndspliktig verksamhet, dvs. förutsättningarna för att ha tillstånd var inte längre för handen. De ändringar som genomfördes år 2004 innebar ett mer förfinat sanktionssystem med möjlighet för Finansinspektionen att meddela varning och anmärkning och att (kunna) förena dessa sanktioner med straffavgifter upp till 50 miljoner kr. Skälet bakom förändringarna var att det gamla systemet inte gav Finansinspektionen tillräckliga möjligheter att ingripa på ett ändamålsenligt sätt och att det behövdes fler olika alternativa ingripandemöjligheter.⁴

Regleringen som sådan är fortfarande uppbyggd med krav på rättelse och återkallelse av tillståndet som bas. Grundregeln är att om företaget begår en överträdelse ska inspektionen förelägga företaget att vidta rättelse eller, om rättelse inte är möjlig, meddela en anmärkning. Om det är fråga om en allvarlig överträdelse ska tillståndet som huvudregel återkallas. Men om det är ”tillräckligt” får i stället en varning meddelas. När reglerna infördes för banker talades det i förarbetena nästan enbart om systemstabilitet. Inspektionen skulle med

² Se prop. 2002/03:139 s. 379.

³ Finansinspektionen kunde liksom i dag förhindra verkställighet av ett beslut och förelägga ett företag att göra rättelse.

⁴ Prop. 2002/03:139 s. 382.

hjälp av de nya mer nyanserade reglerna fokusera på ”överträdelser av från systemstabilitetssynpunkt allvarligare slag”. Bedömningen av vad som skulle ses som en allvarlig överträdelse utgick alltså från stabiliteten; ”överträdelse av en regel som har till syfte att stabiliteten i institutet ska upprätthållas bör i princip föranleda ett strängare ingripande” och ”vad som åsyftas är hur allvarlig överträdelser är från stabilitetssynpunkt”.⁵ Detta framstår som naturligt i ett historiskt perspektiv. Vid den tidpunkten var regleringen av de finansiella företagen huvudsakligen inriktad på stabilitetsfrågor. Utrymmet för självreglering och ”god sed” på områden såsom kundskydd, transparens och bolagsstyrning var mycket större än i dag. Sedan reglerna infördes har dock regelverken för banker och andra finansiella företag genomgått stora förändringar. Regleringen har blivit mycket mer detaljerad på alla områden. Samtidigt som reglerna om bankers kapitaltäckning och riskhantering har blivit fler och mer detaljerade har också regleringen på områden som bolagsstyrning, kundskydd och information växt i samma utsträckning.

3. Sanktionssystemet på europeisk nivå

Strax efter de genomförda ändringarna i svensk rätt förändrades och utvecklades reglerna om sanktioner för finansiella företag på europeisk nivå. År 2010 förklarade kommissionen att man önskade harmonisera och skärpa sanktionerna på det finansiella området.⁶ Ambitionen var att se till att det skulle finnas ett tillräckligt brett spektrum av sanktioner för att tillsynsmyndigheterna i varje enskilt fall skulle kunna välja sanktioner som var effektiva, proportionerliga och avskräckande. Bland de åtgärder som föreslogs fanns bland annat höga administrativa böter, sanktioner mot både fysiska och juridiska personer och gemensamma kriterier för valet av sanktioner. Ambitionen har därefter fullföljts i den europeiska lagstiftningen för respektive företagstyp.⁷ Bland de första euro-

⁵ Se prop. 2002/03:139 s. 382–384.

⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Structural Committee and the Committee of the regions, Reinforcing sanctions regimes in the financial sector, COM (2010) 716 final.

⁷ För kreditinstitut i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/36/EU av den 26 juni 2013 om behörighet att utöva verksamhet i kreditinstitut och om tillsyn av kreditinstitut och värdepappersföretag, om ändring av direktiv 2002/87/EG och om upphävande av direktiv 2006/48/EG och 2006/49/EG (kapitaltäckningsdirektivet), för värdepappersinstitut i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/65/EU av den 15 maj 2014 om marknader för finansiella instrument och om ändring av direktiv 2002/92/EG och av direktiv 2011/61/EU och för fondbolag i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/91/EU av den 23 juli 2014 om ändring av direktiv 2009/65/EG om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag) när det gäller förvaringsinstitutsfunktioner, ersättningspolicy och sanktioner (UCITS V).

peiska regelverken som ändrades i denna riktning var alltså reglerna för banker och andra kreditinstitut i kapitaltäckningsdirektivet.⁸ Kapitaltäckningsdirektivet har därefter tjänat som modell för motsvarande regler för värdepappersbolag, börser, fondbolag m.fl.

I EU-direktiven görs en åtskillnad dels mellan verktyg för tillsyn och sanktioner (där återkallelse av tillståndet är en av sanktionerna), dels mellan återkallelse av tillståndet som sanktion och återkallelse av tillståndet på grund av sådana grundläggande orsaker som att företaget inte bedriver verksamhet eller har fått tillståndet på felaktiga grunder. Regleringen är uppbyggd så att det förhållandet att ett företag har fått sitt tillstånd på grund av oriktiga uppgifter kan leda till en återkallelse av tillståndet enligt bestämmelser i tillståndskapitlet i direktiven.⁹ Samma sak – tillstånd på oriktiga uppgifter – ska också kunna leda till en sanktion enligt bestämmelser i direktivens sanktionskapitel.¹⁰ En av de sanktioner som ska kunna komma i fråga enligt dessa bestämmelser är återkallelse av tillståndet.¹¹ Det hela ger intryck av en ogenomtänkt rundgång och att samma sak är reglerat på två olika ställen i direktivet, men så är nog inte fallet. Bland återkallelsegrunderna i tillståndskapitlet finns också den omständigheten att företaget under en längre tid inte bedriver sådan verksamhet som tillståndet avser. Att företaget inte driver verksamhet är dock ingen ”överträdelse” som återkommer i sanktionskapitlet. Att ett företag lämnar falska uppgifter för att få tillstånd är ett klandervärt förfarande som bör kunna bestraffas, medan det faktum att ett företag inte bedriver verksamhet inte är något som behöver bestraffas. I båda fallen finns det dock objektiva skäl att återkalla tillståndet. Det rör sig i båda fallen om företag som inte är vad de ser ut att vara. Inget av dem bör därför kunna uppträda, eller finnas i tillsynsmyndighetens register, som ett företag med tillstånd. För företaget som inte bedriver verksamhet är dock återkallelsen av tillståndet inte någon bestraffning utan en korrigerande av ett felaktigt förhållande. För företaget som har lämnat falska uppgifter är återkallelsen också en korrigerande men kan även ses som en bestraffning av det klandervärda beteendet att lämna falska uppgifter. För det företaget kan även andra sanktioner komma i fråga; det kan enligt sanktionsreglerna också bli fråga om exempelvis sanktionsavgifter för företaget och sanktionsavgifter för ansvariga ledande befattningshavare.

En annan viktig skillnad är att det i direktivens sanktionskapitel, men inte i tillståndskapitlet, finns hänvisningar till nationell rätt. Befogenheterna att utdöma sanktioner ska utövas ”i enlighet med ... nationell rätt”.¹² Vanligt förekommande är också bestämmelser om att en medlemsstat inte behöver införa sanktioner i enlighet med direktivet för överträdelser som redan omfattas av

⁸ Direktiv 2013/36/EU.

⁹ Se t.ex. artikel 18 i kapitaltäckningsdirektivet.

¹⁰ Se t.ex. artikel 67.1.a i kapitaltäckningsdirektivet.

¹¹ Se t.ex. artikel 67.2.c kapitaltäckningsdirektivet.

¹² Se t.ex. artikel 64.2 i kapitaltäckningsdirektivet.

nationell straffrätt.¹³ Detta indikerar att de sanktioner som behandlas i sanktionskapitlet är av repressiv, bestraffande karaktär¹⁴ och att det kan finnas särskilda principer och bestämmelser i medlemsstaterna för hanteringen av denna typ av ingripanden.

Bestämmelserna i sanktionskapiteln i direktiven är uppbyggda så att de dels beskriver de sanktioner som ska finnas på plats i medlemsstaterna, dels de överträdelse som ska leda till sanktioner. De sanktioner som räknas upp är offentligt utlåtande, föreläggande att upphöra eller inte upprepa ett beteende, återkallelse av tillstånd, förbud för ledande befattningshavare att utöva vissa uppdrag,¹⁵ och sanktionsavgifter. I överträdelsekataloger räknas de överträdelse som ska kunna leda till sanktioner. I dessa kataloger räknas upp i princip alla de av direktivets artiklar som ålägger företagen någon skyldighet. Men det anges inte närmare hur sanktionerna ska beslutas, mer än att ett beslut om sanktioner ska kunna överklagas.¹⁶ Dock anges att befogenheterna att besluta om sanktioner (och utöva tillsynsbefogenheter) kan utövas direkt (av den behöriga myndigheten), i samarbete med andra myndigheter, genom delegering och efter ansökan till rättsliga myndigheter.

Direktiven ger intryck av en genomtänkt struktur där man skiljer mellan fall där ett tillstånd ska återkallas för att korrigera en felaktighet (t.ex. företag som inte bedriver verksamhet) och fall där återkallelse och sanktioner utgör ”effektiva, proportionerliga och avskräckande” bestraffningar av ett klandervärt beteende. Tydligt avskilt från dessa regler finns sedan tillsynsmyndigheternas verktyg – möjligheter att begära information, hålla förhör, göra platsbesök m.m. – för att kunna bedriva en effektiv tillsyn. Hur denna struktur sedan kommer till uttryck i verkligheten beror dock på de enskilda medlemsstaterna. Genomförandet i medlemsstaternas nationella lagstiftning är mycket skiftande och ger därför ingen tydlig bild av hur direktivens teoretiska struktur fungerar i praktiken. Det är för det första fråga om relativt nya regler. Bestämmelserna från kapitaltäckningsdirektivet genomfördes för några år sedan, bestämmelserna avseende marknadsmissbruk och bestämmelserna för fondbolag genomförs åren 2016 och 2017 och bestämmelserna för värdepappersföretag och börser m.fl. ska genomföras först år 2018. Genomförandetiderna har dessutom varit korta och många medlemsstater har, för att hinna med, gjort så små förändringar som möjligt i sina befintliga strukturer. En tydligare bild av hur strukturen kan se ut i verkligheten kan man i stället få genom förordningen om kreditvärderingsföretag, den s.k.

¹³ Se t.ex. artikel 65.1 i kapitaltäckningsdirektivet.

¹⁴ I direktivens skäl anges regelmässigt att det finns ett behov av ”effektiva, proportionella och avskräckande” sanktioner, se t.ex. skäl 35 i kapitaltäckningsdirektivet, vilket också indikerar att det är fråga om bestraffning.

¹⁵ Normalt uppdrag i sådana institut som regleras i direktivet.

¹⁶ Se t.ex. artikel 72 i kapitaltäckningsdirektivet.

CRA-förordningen.¹⁷ CRA-förordningen har genomgått stora förändringar åren 2013 och 2014 då den Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten, Esma, fick en självständig roll i fråga om tillsyn och sanktioner mot kreditvärderingsinstitut. Eftersom numera regleringen, tillsynen och sanktionerna hanteras helt och hållet på europeisk nivå har strukturen kunnat utformas från ax till limpa av den europeiska lagstiftaren. I CRA-förordningen regleras tillståndsgivningen och frågan om återkallelse av tillstånd på objektiva grunder (falska uppgifter, företaget bedriver ingen verksamhet m.m.) i ett sammanhang.¹⁸ Esma fattar själv beslut om tillstånd och om denna typ av återkallelse. Därefter regleras Esmas tillsyn och sanktioner.¹⁹ Själva tillsynen, inhämtande av information m.m., utövas av Esma, som själv beslutar vilka åtgärder som ska vidtas. Förordningen tar dock höjd för att det i vissa fall kan krävas tillstånd från en nationell ”rättslig myndighet” för vissa ingripande tillsynsåtgärder, t.ex. för att inhämta uppgifter om tele- och datatrafik,²⁰ eller för att genomföra ett platsbesök.²¹ Om Esma i sin tillsyn upptäcker att det finns allvarliga indikationer på överträdelse av förordningens bestämmelser ska en oberoende utredare inom Esma utreda saken.²² Denne utredare ska vara någon som inte varit involverad i tillsynen av det berörda kreditvärderingsinstitutet. Den som är föremål för utredning ska ha möjlighet att yttra sig och ska få ta del av det utredningsmaterial som utredaren till slut ska lämna över till Esmas tillsynsstyrelse. Tillsynsstyrelsen är sedan den instans som fattar beslut om sanktioner. Vilka överträdelse som kan leda till sanktioner²³ och vilka sanktioner som kan bli aktuella²⁴ är reglerat i detalj i förordningen. Även vilka försvårande och förmildrande omständigheter som ska beaktas, och hur, är reglerat.²⁵ Bland de sanktioner som kan bli aktuella finns återkallande av tillstånd, föreläggande att upphöra med en överträdelse, förbud att utfärda kreditbetyg och böter. För att det ska bli fråga om böter ska överträdelsen ha begåtts uppsåtligt eller av oaktsamhet.²⁶ EU-domstolen kan pröva Esmas beslut om böter och viten.²⁷

CRA-förordningen har i dessa delar tydligt utformats så att man skiljer på åtgärder av tillsynskaraktär och sanktioner. För de senare liknar processen ett straffrättsligt förfarande, med olika funktioner (i och för sig fortfarande inom

¹⁷ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1060/2009 av den 16 september 2009 om kreditvärderingsinstitut.

¹⁸ Artiklarna 14-20 i CRA-förordningen. I förordningen talas det inte om ”tillstånd” utan om ”registrering” och ”återkallelse av registrering”.

¹⁹ Artiklarna 21-25a i CRA-förordningen.

²⁰ Artikel 23c.5 i CRA-förordningen.

²¹ Artikel 23d.8 i CRA-förordningen.

²² Artikel 23e.1 i CRA-förordningen.

²³ Bilaga III till CRA-förordningen.

²⁴ Artiklarna 24 och 36a i CRA-förordningen.

²⁵ Bilaga IV till CRA-förordningen.

²⁶ Artikel 36.a.1 i CRA-förordningen.

²⁷ Artikel 36e i CRA-förordningen.

Esma) för tillsyn, utredning och sanktionsbeslut. I den processen försöker man säkerställa principerna om en rättvis rättegång, rätten till försvar och möjligheter till överprövning. Även skuldprincipen kommer till uttryck genom att böter endast kan komma i fråga om det klandervärda beteendet har begåtts uppsåtligt eller av oaktsamhet.

4. Brottssanklagelser, regeringsformen och rättssäkerhetsgarantier

Enligt 2 kap. 19 § regeringsformen får svenska lagar och föreskrifter inte strida mot den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). Det innebär bl.a. att vissa rättssäkerhetsgarantier gäller för den som anklagas för brott. Han eller hon ska exempelvis ha rätt till en rättvis rättegång och ska betraktas som oskyldig till dess hans eller hennes skuld har fastställts av en oavhängig och opartisk domstol. Rättssäkerhetsgarantierna ska tillämpas vid brottssanklagelser, såsom detta begrepp är definierat i Europakonventionen. Medan utgångspunkten i svensk rätt är en formell brottsdefinition – brott är en gärning som är beskriven i brottsbalken eller i annan lag och för vilken straff enligt 1 kap. 3 § brottsbalken är föreskrivet – utgår Europakonventionen och Europadomstolens praxis från materiella brotts- och straffbegrepp. Enligt det senare synsättet ska man utgå från vissa kriterier för att bedöma om ett ingripande är av straffrättslig karaktär. Vid en sådan bedömning har Europadomstolen i ett antal avgöranden utgått från de s.k. Engel-kriterierna: klassificeringen i nationell rätt, överträdelsens natur samt påföljdens natur och stränghet.²⁸ Att repressiva ingripanden i form av framför allt höga sanktionsavgifter – oavsett hur de formellt klassificeras – ofta utgör förfaranden som rör brottssanklagelser i Europakonventionens mening råder det numera relativt stor enighet om.²⁹ Det är framför allt överträdelsens och påföljdens natur som föranleder den bedömningen. Syftet är att avskräcka och bestraffa och inte att kompensera för någon skada. Att även juridiska personer omfattas av fri- och rättigheter enligt Europakonventionen, med viss urskiljning, får anses klarlagt i Europadomstolens praxis. Juridiska personer omfattas

²⁸ Se Engel m.fl. mot Nederländerna, dom den 8 juni 1976 och Öztürk mot Tyskland, dom den 21 februari 1984. Kriterierna har i flera efterföljande fall bekräftats och förtydligats av domstolen, se t.ex. Bendenoun mot Frankrike, dom den 24 februari 1994.

²⁹ Se t.ex. prop. 2016/17:22 s. 102 f., SOU 2015:62 s. 128, SOU 2015:2 s. 546, RÅ 2000 ref. 66, RÅ 2004 ref. 17, Warnling-Nerep, Sanktionsavgifter, Nordstedts juridik 2010, s. 143 f. och 153 ff., Hanqvist, Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder, en kommentar, Nordstedts juridik, 2016, s. 771 ff.

exempelvis av rättssäkerhetsgarantier såsom rätten till domstolsprövning.³⁰ Det svenska systemet för repressiva ingripanden mot företag måste således betraktas mot bakgrund av att åtminstone sanktionsavgifter för överträdelse kan betraktas som brottsanklagelser i Europakonventionens mening och att konventionens rättssäkerhetsgarantier ska tillämpas.

En annan aspekt är hur väl dagens sanktionssystem stämmer överens med regeringsformen. Enligt 1 kap. 8 § regeringsformen finns för rättskipningen domstolar och för förvaltningen förvaltningsmyndigheter. Rättskipningen och förvaltningen regleras var för sig i 11 kap. och 12 kap. Någon klar definition av begreppet rättskipning finns inte men begreppet inrymmer under alla förhållanden uppgifterna att avgöra rättstvister, tillämpa strafflag och i övrigt pröva rättsfrågor.³¹ I ljuset av Europadomstolens praxis beträffande vad som ska betraktas som straff är beslut i sådana frågor rättskipning och borde därför fattas av domstol och inte, som i dag, av en förvaltningsmyndighet.

5. Det svenska sanktionssystemet i förhållande till regeringsformen och Europakonventionen

Något samlat grepp – motsvarande det som tagits på EU-nivå – avseende sanktionssystemen har inte tagits i Sverige. För var och en av de olika företagstyperna har vissa begränsade anpassningar av sanktionerna genomförts i samband med ändringar i regleringen på EU-nivå. De förändringar som har skett har huvudsakligen rört sanktioner mot fysiska personer medan sanktionssystemet för företagen har behållits i stort sett intakt. Vi tror som sagt att det skulle vara värdefullt att ta ett samlat grepp om det svenska sanktionssystemet på det finansiella området. De problem som skulle kunna åtgärdas i en sådan samlad översyn kan delas in i tre huvudområden.

1. Det svenska sanktionssystemet gör inte skillnad mellan ingripanden av bestraffande karaktär och andra ingripanden.
2. Beslut vid ingripanden av bestraffande karaktär fattas inte av en oberoende instans.
3. För ingripanden av bestraffande karaktär ställs inga krav på subjektiva rekvisit.

³⁰ Se t.ex. *Fortum Corporation mot Finland*, dom den 15 juli 2003 och *Ligue du Monde Islamique och Organisation Islamique Mondiale du Secours Islamique mot Frankrike*, dom den 15 januari 2009.

³¹ Se Eka, *Regeringsform (1974:152)*, Lexino 2016-11-14, kommentaren till 11 kap.

5.1 Det svenska sanktionssystemet gör inte skillnad mellan ingripanden av bestraffande karaktär och andra ingripanden

Det svenska systemet för ingripanden mot företag är uppbyggt så att Finansinspektionens möjligheter att ingripa har samlats i en eller två paragrafer i respektive rörelselagstiftning.³² I dessa bestämmelser anges att inspektionen ska ingripa om företaget har åsidosatt sina skyldigheter enligt respektive rörelselagstiftning och andra författningar som reglerar företagets verksamhet. Därefter sägs att Finansinspektionen ska ingripa genom att förelägga företaget att vidta någon viss åtgärd, eller förbjuda verkställandet av visst beslut eller meddela anmärkning. Om överträdelsen är allvarlig ska dock företagets tillstånd återkallas eller, om det är tillräckligt, ska inspektionen meddela en varning. Om inspektionen meddelar en anmärkning eller varning kan detta kombineras med en sanktionsavgift. De ingripandemöjligheter som står till buds är alltså en blandning av icke-repressiva ingripanden (förelägga företaget att vidta viss åtgärd eller förbjuda verkställighet av beslut och återkallelse av tillstånd i vissa fall) och repressiva ingripanden (anmärkning, varning, sanktionsavgift och återkallelse av tillstånd i vissa fall). De icke-repressiva ingripandena syftar till att realisera tillsynssyftena och vill påverka framtida beteende eller uppnå framtida tillstånd, t.ex. avvärja fara.³³ Dessa ingripanden utgör normalt inte straff i Europakonventionens mening, även om de naturligtvis är underkastade de allmänna förvaltningsrättsliga begränsningarna. De repressiva ingripandena på den andra sidan har karaktären av bestraffning av redan begångna klandervärda handlingar.

Denna blandning av repressiva och icke-repressiva ingripanden i samma bestämmelse får flera olyckliga konsekvenser. För det första är de ingripandemöjligheter som står till buds vid allvarliga överträdelser enbart repressiva (återkallelse av tillstånd, varning och sanktionsavgift). Om överträdelsen är allvarlig ska Finansinspektionen således inte förelägga företaget att vidta någon viss åtgärd för att komma till rätta med problemet. I många situationer där det föreligger en allvarlig överträdelse kan man mycket väl tänka sig att ett föreläggande att vidta någon viss åtgärd är det mest effektiva medlet för att avvärja en akut fara för investerare eller marknaden i stort. Det torde vara mer ändamålsenligt och proportionerligt att förelägga ett företag som distribuerar en direkt

³² Se t.ex. 15 kap. 1 § lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse, 18 kap. 1 och 2 §§ försäkringsrörelselagen (2010:2043), 25 kap. 1 § lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden, 12 kap. 1 § lagen (2004:46) om värdepappersfonder och 14 kap. 1 § lagen (2013:561) om förvaltare av alternativa investeringsfonder. Därutöver finns möjligheter för Finansinspektionen att ingripa med stöd av speciallagstiftning på olika områden, som t.ex. kapitaltäckning.

³³ För en utförlig genomgång av ingripandenas olika karaktär och förhållandet till Europakonventionen se Hanqvist, Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder, en kommentar, Norstedts juridik, 2016, s. 771 ff. Hanqvist föreslår den något ålderdomliga, men träffande, termen "politiåtgärder" för de icke-repressiva ingripandena som syftar till att påverka ett framtida tillstånd.

olämplig investeringsprodukt till konsumenter att upphöra med distributionen, eller förbjuda ett företag som skapar oreda i handeln på en viss marknadsplats att handla där, än att återkalla företagets tillstånd i dess helhet med de konsekvenser det kan få för kunder och motparter i andra delar av verksamheten. För det andra måste inspektionen vid en mindre allvarlig överträdelse välja om man ska vidta en icke-repressiv åtgärd (föreläggande eller förbud) eller en repressiv åtgärd (anmärkning och straffavgift). Det innebär att ett företag som har haft ett fel eller en brist av mindre allvarlig karaktär och sedan på eget initiativ har åtgärdat detta kan drabbas av en anmärkning och en sanktionsavgift medan ett annat företag med samma fel eller brist, men som inte har åtgärdat saken kan föreläggas att åtgärda bristen, men kan inte åläggas att betala sanktionsavgift.³⁴ Föreläggandet kan visserligen förenas med vite, men om företaget vidtar åtgärden i rätt tid ska vitet inte utgå. Konsekvensen blir att det företag som självt åtgärdat bristen kan bestraffas ekonomiskt medan det företag som inte självmant vidtar åtgärder kan tvingas göra det, men kan inte bestraffas ekonomiskt. Slutligen innebär blandningen av repressiva och icke-repressiva ingripanden att vi i svensk rätt inte gör någon åtskillnad mellan hur de olika åtgärderna hanteras processuellt, vilket behandlas i det följande.

5.2 Beslut vid ingripanden av bestraffande karaktär fattas inte av en oberoende instans

Enligt nuvarande regler för ingripanden mot företag är det Finansinspektionen som fattar beslut både om repressiva och icke-repressiva ingripanden. Finansinspektionens rätt att ingripa följer av de olika rörelselagarna för respektive företagstyp, t.ex. lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse och lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden. Hur inspektionen ska fatta beslut om sanktioner regleras dock inte i lag. Någon uttrycklig reglering av detta finns inte heller i de förordningar som reglerar inspektionens arbete.³⁵ Av dessa framgår dock att inspektionen ska ledas av en styrelse och att styrelsen ska avgöra ”ärenden som har principiell karaktär eller större betydelse”,³⁶ vilket har fått till följd att beslut om repressiva ingripanden normalt fattas av styrelsen.³⁷ För fysiska personer i företagets ledning är ordningen en annan. Om en ledande befattningshavare ska påföras en sanktion för företagets överträdelser fattas

³⁴ Enligt förarbetena till den aktuella bestämmelsen i lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse ska föreläggande om att vidta åtgärder användas endast när det finns något att åtgärda, och anmärkning (med vilken sanktionsavgift kan kombineras) när det inte finns något att åtgärda, se prop. 2002/03:139 s. 548.

³⁵ Myndighetsförordningen (2007:515) och förordningen (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen.

³⁶ 4 § 5 myndighetsförordningen.

³⁷ Se p. 3.1 i Arbetsordning för Finansinspektionen, 2017-02-01, dnr 17-1045.

beslut om sanktion som huvudregel av domstol, på Finansinspektionens talan. Liksom i straffrätten finns dock en ordning med sanktionsföreläggande, som motsvarar strafföreläggande. Finansinspektionen ska först utfärda ett sanktionsföreläggande och om detta inte godtas föra talan inför domstol. Skälen för denna ordning är att dessa sanktioner mot fysiska personer anses vara av straffrättslig karaktär.³⁸

Det är, som konstaterats ovan, troligen så att i vart fall sanktionsavgifter mot juridiska personer utgör straff i Europakonventionens mening. Redan detta är ett skäl att för repressiva ingripanden mot företag överväga en annan ordning än den nuvarande. Det är inte möjligt att inom ramen för denna artikel gå in närmare på hur beslutsordningen bör utformas.³⁹ Men vi kan konstatera att Finansinspektionens nuvarande roll när det gäller repressiva ingripanden är problematisk. Även om regeringsformen inte bygger på maktodelningsläran ger den uttryck för en funktionell separation mellan normgivning, rättskipning och förvaltning. Och genom 2010 års ändringar i regeringsformen betonades separationen mellan rättskipning och förvaltning genom uppdelningen i olika kapitel med rättskipningen i 11 kap. och förvaltningen i 12 kap.⁴⁰ Någon klar definition av begreppet rättskipning finns inte men begreppet inrymmer under alla förhållanden uppgifterna att avgöra rättstvister, tillämpa strafflag och i övrigt pröva rättsfrågor.⁴¹ I ljuset av Europadomstolens praxis av vad som ska betraktas som straff bör man överväga om inte beslut om repressiva ingripanden mot företag utgör rättskipning även enligt regeringsformen. Och för att upprätthålla separationen mellan rättskipning och förvaltning borde beslutsordningen för repressiva ingripanden vara en annan än ordningen för icke-repressiva ingripanden.

Det är inte självklart att den nuvarande beslutsordningen för sanktioner mot fysiska personer är den bästa förebilden även för repressiva ingripanden mot företag. Vid en översyn bör man antagligen hämta inspiration från utformningen av sanktionssystemen på europeisk nivå och i andra länder i Europa. Graden av oberoende hos den beslutande instansen är exempelvis en komponent som man bör fundera över. Enligt CRA-förordningen är processen för tillsyn, utredning och beslut fastslagen i förordningen (som är beslutad av rådet och parlamentet) och det är Esmas tillsynsstyrelse som fattar beslut om sanktioner.⁴² Tillsynsstyrelsen består av representanter från de europeiska tillsynsmyndigheterna och har, förutom befogenheten att fatta sanktionsbeslut, det övergripande ansvaret för Esmas tillsyn och regelgivning. Ur det perspektivet är tillsynsstyrelsen inte särskilt oberoende, men dess sammansättning och uppgifter är dock fastslagna i

³⁸ Se t.ex. prop. 2014/15:57 s. 39, 42 och 58, SOU 2015:2 s. 546 och 588, prop. 2015/16:170 s. 93 och 95 och SOU 2016:8 s. 433.

³⁹ För några förslag till lösningar i se Hanqvist, Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder, en kommentar, Norstedts juridik, 2016, s. 881 f.

⁴⁰ Prop. 2009/10:80.

⁴¹ Se Eka, Regeringsform (1974:152), Lexino 2016-11-14, kommentaren till 11 kap.

⁴² Artikel 23e.5 i CRA-förordningen.

en förordning från parlamentet och rådet.⁴³ En liknande ordning finns i Finland där den finska finansinspektionens direktion fattar beslut om påföljdsavgifter över en viss nivå. Hur direktionen utses och direktionsens uppgifter är fastställda i lag.⁴⁴ En motsvarande ordning i Sverige skulle stämma överens med regeringsformen enligt vilken bestämmelser om domstolars rättskipningsuppgifter och huvuddragen i deras organisation beslutas av riksdagen i lag.⁴⁵ Redan nu regleras inspektionens ingripanden, men inte huvuddragen i organisationen, i lag. Att inspektionen ska ha en styrelse och styrelsens uppgifter regleras som nämnts i förordningar från regeringen. En lagreglering av organisationen och formerna för beslutsfattande i ärenden om repressiva sanktioner skulle också innebära en viss renodling av dagens blandade reglering där vissa av Finansinspektionens uppgifter är reglerade i lag och vissa i förordning och regleringsbrev.⁴⁶ Denna blandning av lag och förordning kan sägas ingripa i maktfördelningen mellan riksdagen och regeringen,⁴⁷ medan en separation av det obligatoriska lagområdet – rättskipningsuppgifter – skulle innebära ett förtydligande vad som faller under riksdagens respektive regeringens områden. Möjligen bör därför den funktion som ska besluta om repressiva sanktioner mot företag vara ännu tydligare separerad från Finansinspektionen än i ovanstående exempel från CRA-förordningen och Finland. En mer självständig roll har exempelvis den franska sanktionskommittén, *Commission des sanctions*, som inte har några andra uppgifter i förhållande till den franska finansinspektionen än att besluta om sanktioner. Kommitténs olika ledamöter utses dels av franska domstolar⁴⁸, dels av det franska finansdepartementet.⁴⁹ Vilken väg man än väljer bör beslutsordningen vara densamma för repressiva ingripanden, oavsett om det handlar om fysiska eller juridiska personer. På så sätt undviker man den oönskade konsekvensen att ett och samma agerande prövas i olika domstolar eller nämnder

⁴³ Se artikel 40 i Europaparlamentet och rådets förordning (EU) nr 1095/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten), om ändring av beslut nr 716/2009/EG och om upphävande av kommissionens beslut 2009/77/EG.

⁴⁴ Lag om Finansinspektionen (878/2008).

⁴⁵ 11 kap. 2 § regeringsformen.

⁴⁶ I de olika rörelselagarna regleras inte enbart Finansinspektionens ingripanden utan också uppdraget att som tillsynsmyndighet övervaka efterlevnaden av bestämmelserna i lagen, tillståndsgivning, tillsynen i sig m.m.

⁴⁷ Se prop. 2009/10:175 s. 44 där regeringen behandlade Förvaltningskommitténs förslag om en lag om statlig förvaltning (SOU 2008:118) och uttalade ”Mot en lag talar att den skulle kunna ingripa i maktfördelningen mellan riksdagen och regeringen. En närmare lagreglering av den statliga förvaltningen skulle kunna begränsa regeringens förmåga och handlingsfrihet i dess grundlagsstadgade uppgift att styra riket (1 kap. 6 § regeringsformen). En lagreglerad delegering av uppgifter och befogenheter till enskilda myndigheter kan också leda till en ökad fragmentering av förvaltningen, genom att regeringens utrymme för att samla förvaltningen minskar”.

⁴⁸ Två ledamöter utses av *Conseil d'État*, och två av *Cour de cassation*.

⁴⁹ Sex ledamöter utses av finansdepartementet efter konsultation med företagen under tillsyn.

beroende på om det rör sig om en fysisk eller juridisk person.⁵⁰ Flertalet fall där repressiva ingripanden kan bli aktuella för fysiska personer avser den fysiska personens ansvar för företagets överträdelse.

5.3 För ingripanden av bestraffande karaktär ställs inga krav på subjektiva rekvisit

Om de repressiva ingripandena mot företagen betraktas som straff i Europakonventionens mening är den så kallade oskuldspresumtionen i artikel 6.2 tillämplig. Oskuldspresumtionen innebär att ingen ska betraktas som skyldig till brott utan att en domstol har konstaterat den misstänktes skuld efter ett förfarande där den misstänkte har fått tillfälle att försvara sig mot anklagelsen. Rätten att försvara sig innebär att ansvaret inte bör utformas som ett strikt ansvar utan det måste finnas någon form av ventil, t.ex. i form av ett subjektivt rekvisit. I svensk rätt finns bland förutsättningarna för repressiva ingripanden mot de finansiella företagen inget uttryckligt subjektivt rekvisit, även om agerandet som föranlett ingripandet som regel torde innehålla något av momenten oaktsamhet eller uppsåt.⁵¹ Det faktum att företaget har överträtt reglerna räcker för sanktion, och det oavsett om överträdelserna skett uppsåtligt/av oaktsamhet eller inte. Dock finns en ventil på så sätt att Finansinspektionen kan låta bli att ingripa om överträdelserna är ringa eller ursäktlig eller om företaget vidtar rättelse. Det är möjligt att denna ventil är tillräcklig för att tillgodose Europakonventionens krav.⁵² Enligt svenska straffrättsliga principer ska straff dock inte utdömas utan att gärningsmannen i något avseende har ådagalagt skuld (skuldprincipen).⁵³ Och de två skuldformer vi brukar använda är uppsåt och oaktsamhet. Enligt vår mening bör man överväga att införa krav på uppsåt eller oaktsamhet även för repressiva ingripanden mot företag. En sådan ordning skulle stämma bättre överens med svensk straffrätt i övrigt, och även med regleringen på europeisk nivå. Enligt t.ex. CRA-förordningen krävs som nämnts uppsåt eller oaktsamhet för att böter ska utgå. Detsamma gäller bestraffande avgifter enligt artikel 65 i EMIR,⁵⁴ och även när s.k. påföljdsavgift beslutas av tillsynsmyndigheten enligt den finska finansmarknadsregleringen.⁵⁵

⁵⁰ Se prop. 2014/15:57 s. 61.

⁵¹ Se prop. 2002/03:139 s. 551.

⁵² Se RÅ 2000 ref. 66 och RÅ 2004 ref. 17.

⁵³ Se Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 1 kap. 2 § Lexino 2015-11-05.

⁵⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 648/2012 av den 4 juli 2012 om OTC-derivat, centrala motparter och transaktionsregister. Artikel 65 rör avgifter för överträdelse inom det område av förordningen där Esma utövar tillsyn och beslut om sanktioner, dvs. transaktionsregister.

⁵⁵ Se 4 kap. 40 § lagen om Finansinspektionen (878/2008).

6. Slutord

En reformering av systemet för ingripanden mot företag på finansmarknaden kräver en mängd ställningstaganden och utredning av svåra frågor som det inte har varit möjligt att gå närmare in på inom ramen för denna artikel. Grundproblemet – uppdelningen mellan repressiva och icke-repressiva ingripanden – har vi bara berört översiktligt. På det området inställer sig en mängd gränsdragningsfrågor om vad som är vad och hur icke-repressiva och repressiva ingripanden ska förhålla sig till varandra. Ska t.ex. ett företag kunna bli föremål för båda typerna av ingripanden rörande samma sak?⁵⁶ Sanktionssystemet bör också utformas så att det blir enhetligt för olika företagstyper, t.ex. genom att regler om sanktioner, tillsammans med övrig lagstiftning som rör de finansiella marknaderna och aktörerna, samlas i ett regelverk, en finansmarknadsbalk.⁵⁷ Vidare får systemet inte äventyra effektiviteten i tillsynen. Finansinspektionen måste kunna ingripa snabbt och effektivt för att värna det finansiella systemets stabilitet, men också för att avvärja hot mot investerar- och kundskyddet. Vi tror dock att med en väl avvägd uppdelning mellan olika typer av ingripanden, och en för ingripandetyper anpassad beslutsprocess, bör man kunna uppnå både ett mer effektivt och ett mer rättssäkert system för ingripanden som därutöver, om det utformas efter europeisk förebild, kan underlätta det svenska genomförandet av framtida förändringar i lagstiftningen på europainivå.

⁵⁶ Som 2015 års penningtvätsutredning påpekat finns det antagligen behov av att ta ett ännu större samlat grepp om frågan om förbudet mot dubbel prövning och bestraffning. Det vore som utredningen säger viktigt att på ett övergripande plan klargöra vilka av flera möjliga förfaranden som kan tillämpas i en viss situation, se SOU 2016:8 s. 434 f.

⁵⁷ I samband med ett antal lagstiftningsärenden har det uttalats att det kan finnas fördelar med en sådan reform, se t.ex. prop. 2006/07:5 s. 320 och prop. 2009/10:220 s. 75.