

Unionsrättens skydd för grundläggande rättigheter i sanktionssystemet för finansiella företag

MAGNUS SCHMAUCH*

1. Inledning

Finansinspektionens uppdrag är att verka för finansiell stabilitet och ett högt konsumentskydd samt att säkerställa det finansiella systemet präglas av ett högt förtroende med väl fungerande marknader. Den lagstiftning som reglerar Finansinspektionens tillsyn över finansmarknaden återfinns i ett flertal lagar. I den lagstiftningen, som till stor del har sitt ursprung i unionsrätten, finns ett sanktionssystem där ingripanden såväl mot finansiella företag som mot emittenter och enskilda regleras. I en artikel i JT net 2017–18 förespråkar Helena Forsaeus, Ann-Christine Lindeblad och Johan Lycke en reformering av sanktionssystemet för finansiella företag.¹ I artikeln efterlyser de även ett ”helhetsgrepp” om reglerna för ingripanden på det finansiella området.²

Den bakomliggande grundtanken hos Forsaeus m.fl. bygger på rättighetskyddet i Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen eller EKMR). Trots att författarna i artikeln i princip uteslutande tar sin utgångspunkt i unionsrättsliga rättsakter, är det anmärkningsvärt att EU:s stadga för grundläggande rättigheter (stadgan) inte nämns. En analys av det unionsrättsliga rättighetskyddet lyser med sin frånvaro. Inte heller det förvaltningsrättsliga perspektivet blir särskilt framträdande, trots att det rör sig om en statlig myndighets verksamhet. Därmed finns skäl att iaktta viss försiktighet innan grundtankarna i artikeln kan godtas. Stadgan innehåller till skillnad från Europakonventionen ett explicit skydd för näringsfriheten och de flesta processuella garantierna enligt stadgan är inte begränsade till ”brott” och ”civila rättigheter”. Stadgan medför inte heller

* Jur.dr (HSG) och anställd vid Finansinspektionen. Artikeln uttrycker emellertid endast författarens personliga åsikter och reflektioner och kan inte tolkas som ett ställningstagande från Finansinspektionen.

¹ Forsaeus m.fl., Behovet av en reformering av sanktionssystemet för finansiella företag, JT net 2016–17 [s. 226].

² Forsaeus m.fl., a.a., s. [226].

några oklarheter när det gäller dess tillämpning på fysiska och juridiska personer. Även regeringsformen har i vissa delar samma utvidgade tillämpningsområde. Inte heller det nämns i artikeln. Dessutom måste man ta hänsyn till att Finansinspektionen är en förvaltningsmyndighet som i sin tillsyn och myndighetsutövning tillämpar unionsrätten, vilket innebär att stadgan blir tillämplig i myndighetens verksamhet, både vad gäller rätten till en rättvis rättegång och oskuldspresumtionen.

2. Finansinspektionen är en förvaltningsmyndighet

Finansinspektionen är en förvaltningsmyndighet.³ Den leds av en styrelse, där generaldirektören är ledamot.⁴ Myndighetens beslut, både de som meddelas av styrelsen och de som meddelas av andra instanser inom myndigheten, överklagas till förvaltningsdomstol. En diskussion om Finansinspektionens ingripanden bör därför ta sin utgångspunkt i vad som är förvaltningens uppgifter. Förvaltningen spelar en viktig roll i det svenska systemet. Den statliga förvaltningsmodellen kännetecknas i Sverige av starka förvaltningsmyndigheter med en hög grad av självständighet. En gränsdragning mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter kan göras på i huvudsak organisatoriska och funktionella grunder. Medan förvaltningsmyndigheter är organ vars huvudsakliga uppgift är att sköta den offentliga förvaltningen är domstolarna organ som har till huvudsaklig uppgift att ägna sig åt rättskipande verksamhet (avgöra rättstvister, tillämpa straffrättsliga bestämmelser och pröva rättsfrågor). Någon skarp gräns mellan rättskipande och förvaltande uppgifter är ibland svår att dra. I likhet med domstolarna har förvaltningsmyndigheterna således t.ex. till uppgift att – självständigt i förhållande till den styrande makten – i enskilda ärenden tillämpa lagar, förordningar och myndighetsföreskrifter.⁵ Den självständigheten brukar ibland beskrivas som en dualistisk ordning, med regeringen på den ena sidan och förvaltningens myndigheter på den andra. Två viktiga begrepp är myndigheternas självständighet och deras lydnadsplikt.⁶

Under de senaste decennierna har det skett förändringar av lagstiftningen som har lett till att åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning har ökat. Ärenden som tidigare handlagts av förvaltningsmyndigheter prövas nu i större utsträckning i domstol. Vidare har institutet rättsprövning införts och utvecklats. Dessa reformer har tydliggjort att förvaltning och rättskipning i hög grad hante-

³ Förordning (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen.

⁴ Styrelsen består huvudsakligen av externa ledamöter som inte är inblandade i Finansinspektionens löpande tillsyn eller verksamhet i övrigt.

⁵ Prop. 2016/17:180, s. 26.

⁶ Jfr 12 kap. 1 och 2 §§ regeringsformen. Se Bull och Sterzel, Regeringsformen – en kommentar, andra upplagan, s. 276, och Holmberg m.fl., Grundlagarna, tredje upplagan, s. 558 f.

rar ärenden av olika slag och med olika förutsättningar för handläggningen.⁷ Det är ett av skälen till att rättskipning och förvaltning idag regleras separat i regeringsformen. Förändringarna syftade till att tydliggöra och markera vikten av ett opartiskt domstolsväsende samt förvaltningens betydelse och självständighet.⁸

3. När Finansinspektionen tillämnar unionsrätten blir stadgan tillämplig

Stadgan blev juridiskt bindande när Lissabonfördraget trädde i kraft den 1 december 2009 och utgör gällande rätt i Sverige. Dess tillämpningsområde definieras i artikel 51 i stadgan. De grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan måste iaktas när en nationell lagstiftning omfattas av unionsrättens tillämpningsområde och något fall som omfattas av unionsrätten, utan att de grundläggande rättigheterna äger tillämplighet, är inte möjligt. Är unionsrätten tillämplig är de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan alltid tillämpliga.⁹ I artikel 52 i stadgan regleras rättigheternas och principernas räckvidd och hur de ska tolkas. Av särskilt intresse är artikel 52.3 i stadgan, där förhållandet mellan Europakonventionen och stadgan regleras. I den mån som stadgan omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av Europakonventionen ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Denna bestämmelse hindrar inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd. Bestämmelsen syftar till att säkerställa en viss skyddsnivå och utgör bl.a. den rättsliga grunden när EU-domstolen prövar om unionsrättsliga bestämmelser strider mot Europakonventionen.¹⁰

Förhållandet mellan stadgan och regeringsformen regleras i artikel 53 i stadgan. Av EU-domstolens avgöranden följer att när en unionsrättsakt kräver nationella genomförandeåtgärder förblir nationella myndigheter och domstolar behöriga att tillämpa nationella normer för skydd av grundläggande rättigheter förutsatt att tillämpningen av dessa normer inte undergräver den skyddsnivå som föreskrivs i stadgan, såsom den tolkats av domstolen, eller unionsrättens ”företrädare, enhetlighet och verkan”.¹¹ EU-domstolen har också betonat att Europakonventionen inte utgör ett bindande rättsligt dokument i unionsrättsliga sammanhang.¹²

⁷ Prop. 2009/10:80 s. 119.

⁸ Holmberg m.fl., a.a., s. 515 och 554.

⁹ EU-domstolens dom C-617/10 *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:280, p. 21.

¹⁰ Schmauch, Tillämpningen av begränsningssystemet i EU:s stadga om grundläggande rättigheter, SvJT 2016 s. 265, s. 274.

¹¹ EU-domstolens dom C-399/11 *Melloni*, EU:C:2013:107, p. 60.

¹² *Åkerberg Fransson*, p. 44. Unionsrätten reglerar inte förhållandet mellan Europakonventionen och medlemsstaternas rättsordningar, och den fastställer inte heller vilka slutsatser en nationell

Som Forsaeus m.fl. påpekar är den rättsliga regleringen på finansmarknaden huvudsakligen unionsrättslig.¹³ Den unionsrättsliga regleringen innehåller bl.a. detaljerade bestämmelser om olika sanktioner som ska genomföras i medlemsstaternas nationella rätt. Detta innebär att det inte går att bedöma det tillämpliga skyddet för grundläggande rättigheter i sanktionssystemet för finansiella företag utan att beakta stadgans bestämmelser.¹⁴ Stadgans skyddsnivå skiljer sig i flera avseenden från Europakonventionens skydd.¹⁵ I flera fall föreskriver stadgan en högre skyddsnivå än Europakonventionen och den har ett vidare tillämpningsområde. Även systematiken kan skilja sig åt. Stadgan har till skillnad från Europakonventionen delvis sitt ursprung i förvaltningsrätten och dess rättssäkerhetsgarantier bygger till stor del på förvaltningsrättslig praxis. Det blir särskilt tydligt när det gäller tillämpningen av rättigheter som gäller för företag och de rättssäkerhetsgarantier som Forsaeus m.fl. hänvisar till i den aktuella artikeln (rätten till en rättvis rättegång och oskuldspresumtionen) inom ramen för förvaltningsprocessen.

4. Exkurs: Näringsfriheten i artikel 16 i stadgan

Ett exempel på hur de olika regleringarna i stadgan och Europakonventionen kan skilja sig åt är hur näringsfriheten regleras. Näringsfriheten regleras uttryckligen i stadgan. Enligt artikel 16 i stadgan ska näringsfriheten erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis. Näringsfriheten omfattar bland annat rätten för varje företag att, inom ramen för de begränsningar som följer av det ansvar som företaget har för sina egna handlingar, fritt disponera över sina ekonomiska, tekniska och finansiella resurser.¹⁶ Bestämmelsen omfattar friheten att utöva en ekonomisk eller kommersiell verksamhet, avtalsfriheten och den fria konkurrensen.¹⁷ Av EU-domstolens rättspraxis framgår att artikel 16 i stadgan kan tillämpas på frågor om tillstånd att utöva viss näringsverksamhet.¹⁸

domstol ska dra i ett fall där en nationell bestämmelse är oförenlig med de rättigheter som garanteras i denna konvention. Det hindrar inte att en bestämmelse även måste bedömas i ljuset av stadgan.

¹³ Forsaeus m.fl., a.a., s. [218] ff., särskilt fotnot 7.

¹⁴ Jfr t.ex. HFD 2015 ref. 79 och NJA 2014 s. 79.

¹⁵ Schmauch, a.a., s. 281.

¹⁶ EU-domstolens mål C-314/12 *UPC Telekabel Wien*, EU:C:2014:192, p. 49, och C-134/15 *Lidl*, EU:C:2016:498, p. 28.

¹⁷ EU-domstolens mål *Sky Österreich*, p. 42, C-101/12 *Schaible*, EU:C:2013:661, p. 25, och *Lidl*, p. 28.

¹⁸ EU-domstolens mål C-283/11 *Sky Österreich*, EU:C:2013:28.

Näringsfriheten i artikel 16 i stadgan är dock inte en absolut rättighet, utan den ska beaktas i förhållande till vilken funktion den har i samhället.¹⁹ Näringsfriheten kan bli föremål för myndighetsingrepp som i det allmänna intresse begränsar hur näringar får bedrivas.²⁰ En begränsning måste vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.²¹ Detta gäller även vid EU-domstolens bedömning av om en EU-förordning ska anses strida mot näringsfriheten och därför förklaras ogiltig.²² Av artikel 51 i stadgan följer att även svenska myndigheter och domstolar ska tillämpa bestämmelsen när unionsrätten tillämpas.

En bestämmelse motsvarande artikel 16 i stadgan saknas i Europakonventionen. Europadomstolen har i sin rättspraxis istället utformat ett skydd – i rist på uttrycklig reglering – t.ex. genom en extensiv tolkning av skyddet för äganderätten kombinerat med processuella rättighetsgarantier.²³ Enbart en analys av rättspraxis från Europadomstolen bidrar därför inte till ett klargörande om vilka krav som ska ställas vid återkallande av tillstånd vid tillämpning av EU-direktiv och förordningar som reglerar finansmarknaden.²⁴ Det visar på ett tydligt sätt utmaningen i att tillämpa Europakonventionens systematik på förhållanden som omfattas av stadgans tillämpningsområde.

Avslutningsvis finns det anledning att kort uppmärksamma regleringen av näringsfriheten i 2 kap. 17 § regeringsformen. Enligt bestämmelsen får begränsningar i rätten att driva näring eller utöva yrke endast införas för att skydda angelägna allmänna intressen och aldrig i syfte enbart att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag. Bestämmelsen tar sikte på reglering som gör det svårt eller omöjligt att bedriva viss verksamhet.²⁵ Bestämmelsen har sitt ursprung i likhetsprincipen snarare än i egendomsskyddet.²⁶ Den är således endast begränsat tillämplig i fall av myndighetsutövning i enskilda fall.

Det som här kortfattat anförts kring näringsfriheten i stadgan visar att även tillståndsfrågor måste behandlas med viss försiktighet ur ett rättighetsperspektiv. En indelning av återkallanden i ”repressiva” och ”icke-repressiva” återkallanden ger inte nödvändigtvis en rättvisande bild. Europakonventionen innehåller ingen uttrycklig reglering av näringsfriheten och ett mer processuellt synsätt

¹⁹ EU-domstolens mål *Sky Österreich*, p. 45, C-201/15 *AGET Iraklis*, EU:C:2016:972, p. 85.

²⁰ EU-domstolens mål *Sky Österreich*, p. 46, *Lidl*, p. 34, *AGET Iraklis*, p. 86.

²¹ EU-domstolens mål *Sky Österreich*, p. 48, *Lidl*, p. 31.

²² EU-domstolens mål C-72/15 *Rosneft*, EU:C:2017:236, p. 143–150.

²³ Europadomstolens mål *Capital Bank AD mot Bulgarien*, ansökan 49429/99.

²⁴ Wollenschläger ”Article 17(1) – Scope of Application”, i Peers m.fl. (utg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, s. 472 f.

²⁵ Bull och Sterzel, a.a., s. 92.

²⁶ Holmgren m.fl., a.a., s. 161.

passar bättre när den tillämpas, så ur det begränsade perspektivet kan man ha förståelse för den vikt som Forsaeus m.fl. ger den frågan. Den uttryckliga regleringen i stadgan – och i begränsad mån den i regeringsformen – medför att det blir nödvändigt med en alternativ analys när det gäller sanktionssystemet för finansiella företag, som grundar sig på unionsrätten. Det finns dock inte utrymme att utveckla den frågan ytterligare här.

5. ”Administrativa sanktioner av straffrättslig karaktär”

Den bakomliggande grundtanke som Forsaeus m.fl. baserar sina resonemang på, är rättsfiguren ”administrativa sanktioner av straffrättslig karaktär” i Europakonventionens mening. Administrativa sanktioner av straffrättslig karaktär är ett särskilt fenomen som följer av att vissa av rättssäkerhetsgarantierna i artikel 6 EKMR endast omfattar civila rättigheter och anklagelser om brott. För att undvika att administrativa förfaranden som i praktiken har straffrättsliga drag skulle vara undantagna från rättssäkerhetsgarantierna i artikel 6 EKMR har Europadomstolen från början på 1970-talet och framåt utvecklat rättsfiguren ”administrativa sanktioner av straffrättslig karaktär”. Syftet har varit att utsträcka tillämpningsområdet för artikel 6 EKMR till förvaltningsprocessen i vissa fall.²⁷ Rättsfiguren har fått stort genomslag bl.a. inom ramen för skatteprocessen.²⁸

De flesta argument som förs fram av Forsaeus m.fl. hänför sig till idén att administrativa sanktioner mot finansiella företag ska likställas med anklagelser om brott. Forsaeus m.fl. hänvisar till att rättssäkerhetsgarantierna i artikel 6 EKMR blir tillämpliga på Finansinspektionens ingripanden eftersom det är fråga om sanktioner av straffrättslig karaktär.²⁹ Med stöd i de rättssäkerhetsgarantier som följer av artikel 6 EKMR argumenterar Forsaeus m.fl. sedan för en reform av sanktionssystemet för finansiella företag.³⁰

²⁷ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, fjärde upplagan, s. 164. Se t.ex. Europadomstolens dom av den 8 juni 1976 i målet *Engel m.fl. mot Nederländerna*, serie A nr 22, § 82, av den 21 februari 1984 i målet *Öztürk mot Tyskland*, serie A nr 73, § 53, och av den 25 augusti 1987 i målet *Lutz mot Tyskland*, serie A nr 123, § 54.

²⁸ Se t.ex. NJA 2013 s. 502.

²⁹ Se t.ex. Forsaeus m.fl., a.a., s. [226].

³⁰ Se t.ex. Forsaeus m.fl., a.a., s. [229].

6. Rätten till en rättvis rättegång enligt stadgan – det förvaltningsrättsliga perspektivet

Rätten till en rättvis rättegång regleras i artikel 47 andra stycket i stadgan. Enligt bestämmelsen har var och en rätt att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag. I artikel 6.1 EKMR begränsas rätten till en rättvis rättegång till prövningen av civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse om brott. Någon sådan begränsning finns inte i artikel 47 andra stycket i stadgan.³¹ Artikel 47 i stadgan gäller för ”var och en” och oberoende av om det rör sig om en civil rättighet eller en anklagelse om brott. EU-domstolen drar av bestämmelsens ordalydelse den enkla slutsatsen att i de fall där unionsrätten är tillämplig, är de grundläggande rättigheter som garanteras i artikel 47 i stadgan också tillämpliga.³² Det innebär att bestämmelsen till skillnad från artikel 6 EKMR redan genom sin ordalydelse omfattar såväl fysiska som juridiska personer.³³

Frågan är om det leder till att rättsfiguren ”administrativ sanktion av straffrättslig karaktär” blir överflödigt när det gäller frågan om tillämpningen av rätten till en rättvis rättegång enligt stadgan. Ståndpunkten hos Forsaeus m.fl. att vissa ingripanden från Finansinspektionen ska behandlas annorlunda på grund av de är av straffrättslig karaktär enligt Europakonventionen är i vart fall inte avgörande för frågan om rätten till en rättvis rättegång blir tillämplig vid Finansinspektionens ingripanden mot finansiella företag. EU-domstolen verkar inte göra någon skillnad på ingripandets svårhetsgrad när det gäller tillämpligheten av artikel 47 i stadgan.³⁴ Samtidigt är det tydligt att bestämmelsen främst ska tillämpas på rättskipning och aktualiseras vid överklaganden av Finansinspektionens beslut – oavsett beslutets karaktär. För att rättigheten ska anses tillgodosedd krävs att ett beslut av en förvaltningsmyndighet som inte själv uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet undergår en senare kontroll av en domstol som ska ha behörighet att pröva alla relevanta frågor.³⁵ I det avseendet återspeglar stadgan skillnaden mellan förvaltning och rättskipning på ett sätt som motsvarar regeringsformens systematik.

En liknande reglering återfinns i fråga om rätten till en rättvis rättegång enligt 2 kap. 11 § andra stycket regeringsformen. Eftersom grundlagsbestämmelsen

³¹ EU-domstolens dom C-682/15 *Berlioz Investment Fund*, EU:C:2017:373, p. 44–52. Se särskilt generaladvokatens förslag till avgörande den 10 januari 2017 i samma mål, EU:C:2017:2, p. 37, med vidare hänvisningar.

³² *Berlioz Investment Fund*, p. 49, med vidare hänvisningar.

³³ Förklaringen till artikel 47. Förklaringarna till stadgan utgör en rättskälla som ska konsulteras för dess tolkning. Se t.ex. artikel 6.1 tredje stycket FEU och artikel 52.7 i stadgan. Förklaringarna har publicerats i EUT 2007 C 303, s. 17.

³⁴ Shelton, “Article 47 – Scope of application”, i Peers m.fl. (utg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, s. 1210.

³⁵ *Berlioz Investment Fund*, p. 55.

gäller alla rättegångar i domstol har bestämmelsen ett vidare tillämpningsområde än motsvarande bestämmelse i Europakonventionen.³⁶ Någon begränsning till sådana fall där prövningen avser civila rättigheter eller skyldigheter – en begränsning som finns i artikel 6.1 EKMR – gäller inte enligt regeringsformens bestämmelse.³⁷

Sammantaget följer att stadgan – och i viss mån regeringsformen – tillhandahåller ett vidare skydd för grundläggande rättigheter än Europakonventionen. För att rätten till en rättvis rättegång ska bli tillämplig i de fall som anförs av Forsaeus m.fl. krävs det således inte att det är fråga om ”repressiva” ingripanden; det är inte heller nödvändigt att bedöma om det är fråga om en ”administrativ sanktion av straffrättslig karaktär”. Stadgan tillhandahåller oberoende av de två rekvisiten ett skydd för rätten till en rättvis rättegång. Artikel 47 i stadgan blir också tillämplig på förfaranden av mindre ingripande karaktär.

7. Oskuldspresumtionen och rätten till försvar enligt stadgan – det förvaltningsrättsliga perspektivet

Enligt artikel 48 i stadgan ska var och en som har blivit anklagad för en lagöverträdelse betraktas som oskyldig till dess att hans eller hennes skuld lagligen fastställts. Ordalydelsen i artikel 48.1 i stadgan som hänvisar till en ”lagöverträdelse” visar att bestämmelsen, till skillnad från ordalydelsen i artikel 6.2 EKMR, inte är beroende av att en gärning klassificeras som straffrättslig för att oskuldspresumtionen ska vara tillämplig. Kopplingen mellan skuldprincipen och oskuldspresumtionen är i unionsrätten följaktligen inte kopplad till frågan om ett visst förfarande ska anses vara av straffrättslig karaktär.

En fråga som uppkommer i det sammanhanget liknar den som Forsaeus m.fl. också ställer sig. Det är frågan om oskuldspresumtionen ska vara tillämplig på ett förfarande som i och för sig inte kräver oaktsamhet eller uppsåt för att en myndighet ska fastställa ansvar, men där ingripandet är av straffrättslig karaktär enligt Europakonventionen.³⁸ Trots att oskuldspresumtionen i och för sig har nära band till den straffrättsliga skuldprincipen, tillämpas oskuldspresumtionen inom unionsrätten även i förvaltningsrättsliga förfaranden. Den unionsrättsliga oskuldspresumtionen är tillämplig på alla överträdelser där det krävs uppsåt eller oaktsamhet, oberoende av om det handlar om en straffrättslig eller en förvaltningsrättslig reglering. För närvarande pågår i EU-domstolen en diskussion om det enligt artikel 48.1 i stadgan krävs ett subjektivt rekvisit i en bestämmelse

³⁶ Prop. 2009/10:80 s. 161. Se även Bylander, Regeringsformens krav på alla rättegångars genomförande rättvist och inom skälig tid, SvJT 2017 s. 370, s. 384.

³⁷ NJA 2015 s. 374, p. 18.

³⁸ Forsaeus m.fl., a.a., s. [228].

för att oskuldspresumtionen ska vara tillämplig. Argument i den riktningen har förts fram av bl.a. generaladvokaten Kokott i ett förslag till avgörande på miljörettens område.³⁹ Även Ruiz-Jarabo Colomer har diskuterat frågan och anfört att skuldprincipen är en grundläggande regel för såväl straffrätten som de påföljdsregler som tillämpas av förvaltningar.⁴⁰ Principen har dock fått sitt huvudsakliga tillämpningsområde inom konkurrensrätten, där oaktsamhet eller uppsåt är en förutsättning för ansvar.⁴¹ Sammantaget kan man – ur det unionsrättsliga perspektivet – konstatera att Forsaeus m.fl. har förenklat den här problematiken när de i artikeln drar ett likhetstecken endast mellan subjektiva rekvisit och oskuldspresumtionen. I vart fall går det inte att avfärda möjligheten att det enligt stadgan kan finnas en oskuldspresumtion inom förvaltningsrätten oberoende av om en reglering innehåller ett subjektivt rekvisit för ansvar. Det krävs i så fall inte heller i fråga om oskuldspresumtionen att det är fråga om ”repressiva” ingripanden; det är inte heller nödvändigt att bedöma om det är fråga om en ”administrativ sanktion av straffrättslig karaktär”. Stadgan tillhandahåller oberoende av de två rekvisiten ett krav på att oskuldspresumtionen iaktas vid förvaltningsrättsliga förfaranden.

I förhållande till finansiella företag, där ingripanden idag inte kräver uppsåt eller oaktsamhet i företaget, är en förutsättning för ett rättvist förfarande inför en förvaltningsmyndighet att rätten till försvar garanteras.⁴² Att artikel 48.2 i stadgan kan tillämpas på förfarandet inför Finansinspektionen kan inte anses vara kontroversiellt. EU-domstolen har slagit fast att rätten till försvar i artikel 48.2 i stadgan är tillämplig så snart en myndighet avser vidta en åtgärd gentemot en person som går denna emot. Det följer av principen att när ett beslut påtagligt påverkar adressatens intressen ska denne beredas tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt framföra sin ståndpunkt angående de omständigheter på vilka myndigheten avser grunda sitt beslut. Denna skyldighet åvilar myndigheterna i medlemsstaterna när de fattar beslut som faller inom unionsrättens tillämpningsområde, även om det inte uttryckligen uppställs något sådant formkrav i tillämplig unionslagstiftning.⁴³

³⁹ Förslag till avgörande av den 16 februari 2017 i mål C-129/16, *Türkevei Tejtermelő Kft.*, EU:C:2017:136, p. 44.

⁴⁰ Förslag till avgörande av den 24 januari 2008 i mål C-55/07, *Michaeler m.fl.*, EU:C:2008:42, p. 56 ff.

⁴¹ Jfr MD 2013:5, p. 162, med vidare hänvisningar.

⁴² Jfr 17 § förvaltningslagen.

⁴³ EU-domstolens dom C-419/14 *WebMindLicenses*, EU:C:2015:832, p. 84, med vidare hänvisningar.

8. De förvaltningsrättsliga särdragen för uppsåt och oaktsamhet

Forsaeus m.fl. väcker frågan om subjektiva rekvisit i sanktionssystemet för finansiella företag.⁴⁴ Enligt svensk rätt kan en juridisk person inte göra sig skyldig till brott.⁴⁵ Däremot finns det exempel på reglering där uppsåt och oaktsamhet krävs för att en förvaltningsmyndighet ska kunna ingripa. Inom skatterätten krävs uppsåt eller oaktsamhet för företrädaransvar.⁴⁶ Inom marknadsrätten krävs uppsåt eller oaktsamhet för att konkurrensskadeavgift respektive marknadsstörningsavgift ska kunna åläggas en näringsidkare.⁴⁷ Forsaeus m.fl. hänvisar till CRA-förordningens krav på uppsåt och oaktsamhet, men underlåter att nämna att CRA-förordningen har ett uppsåtsbegrepp som ligger nära det förvaltningsrättsliga uppsåtsbegreppet.⁴⁸ Definitionen av uppsåt i förordningen mildras genom en bevisregel i artikel 36a.1 andra stycket i CRA-förordningen. Enligt denna bestämmelse ska ett kreditvärderingsinstitut anses ha begått en uppsåtlig överträdelse om Esmas upptäcker objektiva omständigheter som visar att kreditvärderingsinstitutet eller dess företagsledning har handlat med avsikt att begå överträdelsen.

Eftersom ett subjektivt rekvisit som förutsättning för ansvar förmodligen inte medför att fler rättssäkerhetsgarantier blir tillämpliga, finns det anledning att kort beröra frågan om ett subjektivt rekvisit för ansvar skulle påverka beviskraven för Finansinspektionen eller förvaltningsdomstolarna i deras bedömning. Det förvaltningsrättsliga beviskravet är lägre ställt än det straffrättsliga. Det innebär att oskuldspresumtionen inom förvaltningsrätten främst kommer till uttryck i att det är myndigheten som ska visa att en överträdelse har ägt rum och vem som är ansvarig för den.⁴⁹ I förvaltningslagsutredningens slutbetänkande nämns särskilt att det i brottmålsliknande ärenden ankommer på det allmänna att förete övertygande bevisning om att ett ingripande är motiverat.⁵⁰ I rättspraxis har detta även beskrivits som att det måste vara otvetydigt att en överträdelse har ägt rum.⁵¹ Samma beviskrav gäller för att styrka uppsåt i förvaltningsrättsliga sammanhang.⁵² Ett subjektivt rekvisit för fastställandet av ansvar för finansiella företag skulle således inte påverka befintliga beviskrav i förvaltningsprocessen.

⁴⁴ Forsaeus, a.a., s. [228].

⁴⁵ SOU 2016:82.

⁴⁶ 59 kap. 12–14 §§ skatteförfarandelagen (2011:1244).

⁴⁷ 3 kap. 5 § konkurrenslagen (2008:579), respektive 29 § marknadsföringslagen (2008:486).

⁴⁸ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1060/2009 av den 16 september 2009 om kreditvärderingsinstitut.

⁴⁹ Jfr utredningsansvaret i 19 § förvaltningslagen.

⁵⁰ SOU 2010:29 s. 407.

⁵¹ Se t.ex. RÅ 1989 ref. 67 ("på ett otvetydigt sätt"), RÅ 1990 ref. 108 ("styrkt"), RÅ 1993 ref. 26 ("slås fast otvetydigt"), RÅ 1996 ref. 15 ("klart ska framgå") och RÅ 1996 ref. 83 ("slås fast otvetydigt").

⁵² HFD 2017 ref. 12 ("visat").

Införandet av ett subjektivt rekvisit för ingripanden mot finansiella företag innebär ingen förändring av de processuella rättigheterna eller nivån på rättssäkerhetsgarantierna för dem. Det förvaltningsrättsliga uppsåtsbegreppet påverkar inte heller den förvaltningsrättsliga bevisbördan eller de förvaltningsrättsliga beviskraven. Den diskussion som förs av Forsaeus m.fl. berör därmed egentligen bara förutsättningarna, de rättsliga rekvisiten, för ansvar. Införandet av ett subjektivt rekvisit skulle innebära en begränsning i det avseendet jämfört med dagens reglering, utan att beviskraven skulle påverkas.

9. Slutord

En diskussion om grundläggande rättigheter i samband med reglering som omfattas av stadgans tillämpningsområde riskerar att bli direkt missvisande, om den begränsas till en analys av Europakonventionens bestämmelser. Det är inte alltid Europakonventionens systematik är tillräcklig för att klargöra hela omfattningen av rättighetsskyddet vid förvaltningsrättsliga ingripanden mot finansiella företag med tillämpning av unionsrätten. Det får konsekvenser för hur Finansinspektionens myndighetsutövning ska bedömas ur ett rättighetsperspektiv. Det faktum att Forsaeus m.fl. underlåtit att beakta det förvaltningsrättsliga och unionsrättsliga perspektivet i en diskussion om Finansinspektionens ingripanden mot finansiella företag innebär bl.a. att de har förbisett att flera av de rättssäkerhetsgarantier som diskuteras i deras artikel på ett eller annat sätt är tillämpliga på finansmarknadsrättens område, oaktat om det rör sig om "repressiva" eller "icke-repressiva" åtgärder. Stadgans rättssäkerhetsgarantier är tillämpliga *såväl* på "repressiva" *som* på "icke-repressiva" ingripanden (så som de definieras av Forsaeus m.fl.). Stadgan ger därmed ett mer omfattande och högre skydd än Europakonventionen när det gäller ingripanden mot företag på finansmarknadens område. I vart fall går det inte att ur Forsaeus m.fl. artikel härleda några rättsligt övertygande argument vare sig för en omorganisation av Finansinspektionens beslutsfattande organ, eller varför förutsättningarna för ansvar ska begränsas till överträdelser som begåtts uppsåtligt eller oaktsamt. Mot bakgrund av mångfalden av verksamheter som ryms inom finansmarknaden och floran av tillämpliga bestämmelser i ständig förändring är en finansmarknadsbalk inte heller lämplig. Däremot har Forsaeus m.fl. en poäng i att det finns frågor som bl.a. gäller den finansmarknadsrättsliga begreppsbildningen kring Finansinspektionens ingripanden som förtjänar att diskuteras. En sådan diskussion måste emellertid ta sin utgångspunkt i det unionsrättsliga och förvaltningsrättsliga regelverket.