

**SVENSKA
FONDHANDLARE
FÖRENINGEN**

REMISSYTTRANDE

2013-11-20

Finansdepartementet

103 33 STOCKHOLM

Fi.registrator@regeringskansliet.se

Fi2013/3294

Förstärkta kapitaltäckningsregler (SOU 2013:65)

Sammanfattning

Svenska Fondhandlareföreningen (föreningen) har beretts möjlighet att yttra sig över ovan nämnda betänkande. Föreningen instämmer i det yttrande som lämnas av Svenska Bankföreningen. För egen del vill Svenska Fondhandlareföreningen betona betydelsen av ett rättssäkert sanktionsförfarande för enskilda och företag. Ett förfarande som präglas av förutsebarhet och genomlysning samt innehåller en tvåpartsprocess. Förutsebarheten vad gäller sanktioner bör också ökas på så sätt att det i lagen preciseras vilka överträdelser som kan föranleda sanktioner. Med hänsyn till de mycket hårda sanktioner som föreslås, även mot fysiska personer är det inte acceptabelt att föreskriva att i princip alla överträdelser av förordningar, lagar, föreskrifter, bolagsordning m.m. kan föranleda att sanktioner påförs. Föreningen har därutöver följande synpunkter.

Frågan om retroaktiv lagstiftning

I juni 2013 antogs direktiv 2013/36/EU och förordning (EU) nr 575/2013. Förordningen blir med vissa undantag direkt tillämplig i nationell rätt från och med den 1 januari 2014. Beträffande direktivet ska medlemsstaterna senast den 31 december 2013 anta och offentliggöra de lagar och författningar som är nödvändiga för att följa direktivet. Det svenska genomförandet kommer med all sannolikhet att träda i kraft senare, kanske 1 juli 2014. I Bankföreningens remissyttrande diskuteras effekterna av senareläggningen av det svenska genomförandet och särskilt frågan om instituten ska tillämpa direktivets bestämmelser redan innan det svenska genomförandet av dessa regler har trätt i kraft.

SVENSKA FONDHANDLARE FÖRENINGEN

Blasieholmsgatan 5, 6tr, Box 1426, S-111 84 STOCKHOLM SWEDEN
Telefon växel +46 (0)8-562 607 00, Telefax +46 (0)8-611 61 37

Föreningen delar helt Bankföreningens synpunkter och vill för egen del framhålla följande. Enligt föreningens bedömning är det tveksamt om det finns utrymme för retroaktiv lagstiftning, särskilt med beaktande av att vissa regler är förenade med sanktioner som kan jämföras med straffrättsliga dylika i svårighetsgrad. Generellt sätt är retroaktiv lagstiftning inte tillåten inom straffrätten, och i övrigt anses retroaktiva lagar i första hand vara godtagbara om lagstiftningen gynnar den enskilde. Det kan därför ifrågasättas om det finns skäl att låta denna lagstiftning verka retroaktiv till enskildas nackdel. Det bör dessutom inte kunna komma ifråga att exempelvis sanktionera ett institut eller en enskild person på grund av beslut som tagits före lagstiftningen trädde i kraft.

Ingripandeåtgärder och sanktioner

I betänkandet föreslås att Finansinspektionen ska få utvidgade befogenheter att utdöma sanktionsavgifter samt att sådana avgifter även ska kunna utdömas mot fysiska personer (ledande befattningshavare och styrelseledamöter). Det kan inledningsvis konstateras att sanktionsavgifterna ligger på en sådan nivå att de utan tvekan kan jämföras med brottspåföljder. Dessutom framstår det som mer eller mindre oundvikligt att ärenden om sanktionsavgifter gentemot enskilda kommer att medföra en prövning av subjektiva rekvisit (uppsåt och oaktsamhet). Att sanktionsavgifterna kan uppgå till betydande belopp har tidigare ansetts utgöra ett tungt vägande skäl för att sådana ärenden bör prövas i en tvåpartsprocess inför domstol. Detsamma gäller om det kan komma att äga rum en prövning av subjektiva rekvisit.

I betänkandet diskuteras när administrativa sanktioner kan riktas mot fysiska personer. Enligt betänkandet har kommissionen avsett att så ska ske framförallt när de (fysiska personerna) kan hållas ensamt ansvariga för en överträdelse. Enligt betänkandet är det svårt att förutse vilka situationer som kan komma ifråga och det bör istället överlämnas till Finansinspektionen att i varje enskilt fall ta ställning till om omständigheterna i fallet utgör skäl att rikta en sanktion mot en fysisk person. I första hand ska en sanktion riktas mot institut och sanktioner mot fysiska personer bör enligt betänkandet *inte tillgripas regelmässigt* (vår kursivering) utan endast på grund av omständigheterna i det enskilda fallet om det finns *särskilda skäl* (vår kursivering). Som exempel nämns i betänkandet att en ledamot undanhållit väsentlig information eller underlåtit att sköta väsentliga åligganden. I betänkandet anges vidare att sanktionerna mot en enskild inte bara ska vara effektiva och avskräckande utan också *proportionerliga* (vår kursivering).

Enligt föreningens mening bör det i lag preciseras vilka överträdelser som kan föranleda sanktioner. Det är enligt föreningens mening inte acceptabelt att föreskriva att i princip alla överträdelser av förordning, lag, bolagsordning m.m. kan föranleda att sanktioner påförs. Föreningen kan konstatera att det inte i betänkandet preciseras vad som utgör särskilda skäl och inte heller vad som avses med att sanktionerna ska vara proportionerliga. Det är enligt föreningens mening anmärkningsvärt att utredningen i betänkandet överlämnar till Finansinspektionen att, utan vägledning, i enskilt fall, avgöra vad som utgör särskilda skäl.

Enligt föreningens mening har inte utredningen närmare prövat konsekvenserna för främst enskilda av de höga sanktionsavgifterna. Det är uppenbart att det kan bli fråga om mycket svåra följder. De maximala sanktionsavgifterna är mycket höga, ett belopp i kronor som motsvarar 5 miljoner euro. De höga avgifterna har fört med sig ett krav på domstolsprövning i en del medlemsstater eftersom sanktionsavgifterna är att jämföra med en brottspåföljd. Beträffande avgifternas storlek kan en jämförelse göras med det maximala bötesstraffet för dagsböter, nämligen 200 000 kr. Till detta bör läggas att konsekvenserna för en enskild av en sanktionsavgift sannolikt inte blir begränsade till avgiften utan sammanfaller med förlust av arbete och möjlighet till utkomst i den finansiella sektorn.

Enligt betänkandet kommer Finansinspektionen vid prövningen av om sanktioner ska utdömas inte behöva göra en bedömning av subjektiva rekvisit. Enligt föreningens uppfattning är denna fråga inte tillräckligt analyserad. Föreningen anser att sanktionsprövningen i många fall kan komma att innehålla en prövning av den subjektiva sidan när det gäller enskilda personer. Det kan exempelvis vara fråga om en bedömning av vilken roll personen spelade vid överträdelsen och hur ansvaret rent faktiskt varit fördelat inom institutet. Vidare kommer det att ske en prövning av, utöver de faktiska omständigheterna, den enskildes och institutets förklaringar till överträdelsen liksom till de åtgärder som vidtagits eller till bristen på åtgärder. Enligt betänkandet bör överträdelsens allvarlighet och varaktighet vara utgångspunkten för valet av sanktion och sanktionsavgiftens storlek. När det gäller ansvar för fysiska och juridiska personer anses i betänkandet att det är lämpligt att det är nära till hands att uppfatta det som att överträdelser som skett uppsåtligt och med stort risktagande ska bedömas strängare jämfört med om överträdelsen skett av oaksamhet (s.377). En prövning kommer således även enligt betänkandet att ske av den subjektiva sidan vid bestämmande av vilka omständigheter som ska läggas till grund för sanktionsavgiften.

När det gäller sanktioner gentemot enskilda vill föreningen peka på en faktor som inte har berörts i betänkandet, nämligen hur risken för att påföras sanktionsavgifter kan komma att påverka en enskild persons vilja att lämna uppgifter i en utredning till Finansinspektionen. Föreningen har tidigare konstaterat att sanktionsavgifterna är av den storleken att de mycket väl kan jämföras med en brottspåföljd. Föreningen vill därför erinra om förbudet i Europakonventionen, artikel 6, mot att tvinga någon att ta fram bevisning som kan användas mot honom i ett efterkommande brottmål. Enligt föreningens mening bör frågan om självangivelse (self-incrimination) bli föremål för överväganden i det fortsatta lagstiftningsarbetet och då inte bara frågan om tillåtligheten av förfarandet utan även, vilket är av vikt för systemet, om det är lämpligt med hänsyn till vikten av informationsgivning till inspektionen.

I betänkandet konstateras att det saknas behov att i lag räkna upp vilka överträdelser som ska leda till en viss katalog av sanktioner. I stället föreslås att Finansinspektionen får möjlighet att besluta om sanktioner av samtliga överträdelser som anges i artikel 66 och 67 i direktivet. Vissa överträdelser återfinns i förordningen och vissa har enligt betänkandet redan genomförts i svensk rätt. Mot bakgrund av de hårda sanktioner som föreslås är det föreningens bestämda uppfattning att en uppräkningslista, i

erforderliga fall, precisering av vilka överträdelser som kan leda till sanktioner bör ske i svensk lag.

I betänkandet anges att man kan ha väl avvägda reaktioner på överträdelser av regelverket, trots att det vid sidan av ett administrativt sanktionssystem kan bli aktuellt att för samma överträdelser påföra sanktioner inom det straffrättsliga systemet. Vidare diskuteras i betänkandet om det finns behov av att ändra förseningsavgiften men utredningen anser i betänkandet att så inte är fallet. I stället anges det att en betald förseningsavgift inte fredar institutet mot att institutet vid en förseningsrapportering kan påföras mer ingripande sanktioner. Föreningen ställer sig mycket tveksam till resonemangen med hänsyn till principerna om dubbla bestraffningar.

Vid bedömning av sanktionsavgiftens storlek ska hänsyn tas till finansiell ställning. Här uttalas i betänkandet att även andra faktorer bör kunna tillmätas betydelse som utdömt skadestånd eller ålagd företagsbot. Enligt föreningens mening bör det klargöras att hänsyn ska tas till även andra omständigheter såsom försörjningsbörda och andra ekonomiska omständigheter (jämför dagsböter). Även konsekvenser såsom möjlighet till fortsatt utkomst från den finansiella sektorn bör medtas vid en bedömning av avgiftens storlek.

Skydd för anmälarens identitet m.m.

I betänkandet (avsnitt 12.3.5) föreslås att institut ska ha ändamålsenliga system för anställda att omhänderta rapporter om eventuella missförhållanden inom institutet. Enligt betänkandet och förslagen till lagtext ska det vara fråga om misstänkta överträdelser av det finansiella regelverket. Vad som avses med begreppet det finansiella regelverket är emellertid oklart, begreppet är inte definierat och inte heller lämnas någon närmare beskrivning i betänkandet. Enligt föreningens mening bör begreppet noga definieras med hänsyn till rättigheterna (skydd för anmälare) och skyldigheterna (för företagen att ha system och ta emot anmälningar på ett säkert sätt) som är förknippade med begreppet.

När det gäller skyddet för anmälarens identitet föreslås ett absolut skydd för uppgifter som avslöjar en anmälares identitet. Tystnadsplikten ska ha företräde framför meddelarfriheten och sekretessen bör gälla högst 50 år. Föreningen har inget att erinra, utan tvärtom, kan tillstyrka att ett relevant skydd införs för anmälare (s.k. visseblåsare), dock vill föreningen sätta ett frågetecken för bedömningen om absolut sekretess och undantag från meddelarfriheten som synes bygga på en tolkning av kravet på att medlemsstaterna ska "säkerställa" att uppgifterna inte röjs. Eftersom många finansiella institut är aktiva i flera medlemsstater skulle bedömningen av de föreslagna reglerna ha underlättats av en utblick hur detta krav tolkats i andra medlemsstater. Det är givetvis av stor vikt för systemet med visseblåsare att reglerna för dessa blir införda inom EES på ett harmoniserat sätt. När det gäller skyddet för enskildas personuppgifter hos instituten hänvisas till den s.k. banksekretessen, dock med utvidgningen i betänkandet att skyddet i första hand är att erbjuda ett identitetsskydd för anmälare som med gott uppsåt anmäler oegentligheter och då

särskilt i förhållande till den som anmälan avser. Vad som exakt avses med denna formulering är inte helt enkelt att förstå och det vore positivt om formuleringen kunde utvecklas närmare i det fortsatta lagstiftningsarbetet liksom förhållandet mellan det föreslagna skyddet och exempelvis reglerna om tystnadsplikt i lagen (2005:377) om marknadsmissbruk.

Handläggningen av sanktionsärenden

I betänkandet föreslås att Finansinspektionen bör behålla rätten att vidta sanktioner mot finansiella företag och dess ledning. Svenska Fondhandlareföreningen har, som framgår av betänkandet, tillsammans med andra branschorganisationer gjort en framställan till regeringen om behovet av en översyn av hanteringen av sanktionsärenden. Den huvudsakliga grunden för branschorganisationernas framställan var, och är, att Finansinspektionen har för många roller. Rollerna som utredare, åklagare och domare samt i allt ökande grad regelgivare, direkt genom föreskrifter eller genom inspektionens arbete i ESMA, är mycket svåra att förena. Risken för bl.a. intressekonflikter som kan underminera förtroendet för sanktionsförfarandet är uppenbar. Enligt föreningens bedömning kan dessa roller svårligen förenas i en och samma myndighet utan betydande organisatoriska förändringar och införande inom inspektionen av "riktiga kinesiska murar". Till detta kommer att inspektionen i nu aktuella ärenden kan komma att tolka sina egna regler och även sätta praxis utan att någon vidare ledning ges (i vart fall inte i betänkandet). Enligt föreningens bedömning har inte utredningen i tillräcklig omfattning prövat frågan om inspektionens olika roller och om de går att förenas.

Inte heller förfarandet hos inspektionen vid sanktionsärenden har blivit föremål för någon närmare, kritisk granskning i betänkandet. Enligt föreningens uppfattning är nuvarande förhållanden, processen hos inspektionen i förening med förvaltningslagens regler, inte tillräckliga för en rättssäker prövning av ärenden med så allvarliga påföljder. Ärenden som dessutom kan innehålla en prövning av subjektiva rekvisit och bevisbedömning. Sådana ärenden bör i första hand behandlas av domstol med dess väl utvecklade processuella regler.

Finansinspektionen har sedan länge haft möjlighet att meddela beslut om avgifter gentemot juridiska personer, dvs. ett finansiellt företag som överträtt regelverket. Enligt föreningens uppfattning är Finansinspektionens beslut i sådana ärenden relativt välskrivna vad avser grunden för utdömandet av t.ex. en avgift i förening med en varning. Däremot är det svårare att utröna på vilka grunder inspektionen har bestämt avgiften till ett visst belopp. I en tvåpartsprocess inför en domstol eller för den delen en nämnd skulle även avgiftens storlek bli bättre belyst genom argumenteringen från parterna.

Sammanfattningsvis anser föreningen att kännbara ingripande mot fysiska personer bör beslutas av domstol. Avgörande för hur prövningen ska ske bör vara om de bedömningar som krävs är sådana att de är lämpliga att lägga på fackmyndigheter. Regeringen har tidigare (se prop. 2004/05:142 s. 47) slagit fast att det krävs att den förbjudna handlingen måste vara väl definierad och inte ställa krav på bedömningen av

uppsåt eller oaktsamhet hos personen i fråga och inte heller i övrigt innefatta alltför omfattande skönsmässiga bedömningar. Det bör också beaktas i vilken omfattning olika sanktioner är sådana att de skulle komma att anses som en brottspåföljd i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen och därmed omfattas av konventionens krav på rätt till en rättvis rättegång (se prop. 2004/05:142 s. 47). Enligt föreningens bedömning är det nu fråga om kännbara ingripanden och överträdelser som definitivt inte är väl definierade. Vidare kommer det ske en prövning av uppsåt eller oaktsamhet och det är fråga om skönsmässiga bedömningar. Förutsättningar föreligger således inte enligt föreningen för att lägga avgörandet på en fackmyndighet såsom Finansinspektionen. Därutöver anser föreningen att det finns goda skäl för Sverige att hålla ett respektavstånd till Europakonventionen och då agera proaktivt, det vill säga med marginal försäkra sig om att de svenska processerna uppfyller kraven i konventionen, även på sikt.

Om så inte skulle anses lämpligt av något skäl anser Svenska Fondhandlareföreningen i likhet med Svenska Bankföreningen att en särskild nämnd för sanktionsärenden kan utgöra ett alternativ.

En sanktionsnämnd inom Finansinspektionen skulle kunna organiseras på följande sätt. En särskild sanktionsnämnd tillsätts som blir ett beslutsorgan inom Finansinspektionen. Det betyder att EU-regler som förutsätter att Finansinspektionen ska besluta tillgodoses. Inga lagändringar behövs för fall då någon lag förutsätter att beslut ska fattas av Finansinspektionen. Särskilda beslutsorgan som i nämndlikande sammansättning beslutar i vissa ärenden finns vid många myndigheter, se t ex instruktionerna för Vetenskapsrådet, Naturvårdsverket, Skolverket, Socialstyrelsen och Trafikverket samt Revisorsnämnden med dess Tillsynsnämnd.

Sanktionsnämnden ska besluta i ärenden om "återkallelse av verksamhetstillstånd, varning eller anmärkning samt om straffavgifter". Detta är ett citat från Finansinspektionens arbetsordning. Dessa sanktionsärenden beslutas i dag av styrelsen för Finansinspektionen.

Därutöver kan diskuteras om inte ytterligare två ärendegrupper borde föras in. Styrelsen ska enligt arbetsordningen fatta beslut "i ärenden som rör ledningsprövning och ägarledningsprövning när det gäller personer som ingått i styrelsen för eller varit vd i ett företag som fått sitt tillstånd återkallat, eller i ett företag som är finansiellt holdingföretag till ett sådant företag, samt personer som varit direkt föremål för ett beslut om anmärkning mot att denne ingår i styrelsen för eller är vd i ett företag som står under tillsyn". Den andra gruppen är s.k. *särskilda avgifter* som bl.a. förekommer i lagen (2000:1087) om anmälningsskyldighet för vissa innehav av finansiella instrument och lagen om handel med finansiella instrument (beträffande prospekt). Att generellt föreskriva att dessa två ärendegrupper ska hanteras av Sanktionsnämnden är möjligen att gå för långt. Besluten är i många fall en naturlig del av Finansinspektionens dagliga verksamhet och kan vara av schablonartad natur. Det finns emellertid undantag, exempelvis kan frågor om ledningsprövning och ägarledningsprövning var väl så ingripande för en enskild och ett negativt beslut av inspektionen kan i viss mån vara att jämställa med näringsförbud. Även när det gäller

särskilda avgifter kan det förekomma ärenden av särskild vikt och principiell natur. Sammantaget anser vi därför att området bör utvidgas på så sätt att Sanktionsnämnden även bör avgöra frågor om särskilda avgifter av principiell betydelse och ärenden som rör ledningsprövning och ägarledningsprövning i de fall Finansinspektionen avser att avslå ansökan. Detta framstår som särskilt viktigt när det gäller myndighetsutövning mot enskild (jämför 3 § i förordningen (2007:1077) med instruktion för revisorsnämnden).

Procedurregler brukar inte behövas eftersom förvaltningslagens regler är tillämpliga för dessa ärenden. För att öka genomlysningen av processen anser vi dock att det bör tas in en direkt hänvisning till förvaltningsprocesslagen, 8 – 12 och 17-18 §§. Ett exempel på en sådan hänvisning återfinns bl.a. i lagen om patentbesvärshänsen. Därutöver anser vi det finnas skäl att förorda att Finansinspektionen tar fram en instruktion för dess interna hantering av sanktionsärenden, en instruktion som bör finnas tillgänglig på exempelvis inspektionens webbplats.

En ytterligare fråga som bör diskuteras är hur brådskande ärenden ska hanteras. Finansinspektionens arbetsordning föreskriver i dag följande. Om ett ärende är så brådskande att styrelsen inte hinner sammanträda för att behandla det, får ärendet enligt 12 § myndighetsförordningen avgöras genom kontakter mellan ordföranden och de andra ledamöterna. Om inte heller detta hinns med eller är lämpligt, får ordföranden enligt samma bestämmelse ensam avgöra ärendet. Ett sådant beslut ska anmälas vid nästa sammanträde med styrelsen. Vi anser att en liknande skrivning bör införas i förordningen där det framgår hur brådskande ärenden ska hanteras av Sanktionsnämnden.

Andra frågor som man bör hantera är kvalifikationsregler för ledamöterna. För att sanktionsnämnden ska fylla sitt syfte och sin funktion anser vi att det är viktigt att nämndens ledamöter är fristående från Finansinspektionen. Det bör därför föreskrivas att en ledamot i nämnden inte får vara ledamot av inspektionens styrelse eller delta i myndighetens verksamhet utöver vad som framgår av förordningen.

Vi utgår från att nämnden kommer att tilldelas nödvändiga resurser för sin viktiga hantering. I det sammanhanget bör även diskuteras om behov föreligger för nämnden att ha ett eget kansli. Ett eget kansli skulle givetvis öka nämndens oberoende i förhållande till Finansinspektionen. Om förslaget till sanktionsnämnd antas och dessutom inspektionen tar fram en klar och tydlig instruktion för handläggningen av sanktionsärenden bör det finnas goda förutsättningar för att tillförsäkra nämnden nödvändigt oberoende.

SVENSKA FONDHANDLAREFÖRENINGEN

Lars Afrell

Direktör