

Stockholm den 26 juni 2020

R-2020/0726

Till Finansdepartementet

Fi2020/00993/V

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 3 april 2020 beretts tillfälle att avge yttrande över betänkandet Nya kapitaltäckningsregler för värdepappersbolag (SOU 2020:12).

Sammanfattning

Då huvuddelen av de frågor som rör aktuellt betänkande avser rättsakter som antagits av EU, väljer Advokatsamfundet att kommentera den föreslagna lagstiftningen utifrån vissa tillämpningsaspekter, som rör definitionen av ”kreditinstitut” samt risker utifrån rättssäkerhetsperspektiv sammanhängande med de beslut som förutsätts fattas av Finansinspektionen inom ramen för tillämpningen av lagstiftningen.

Advokatsamfundets närmare synpunkter redovisas nedan.

Definitionen av ”kreditinstitut”

Den nuvarande svenska regleringen av kreditinstitut i förhållande till värdepappersrörelse avviker från de unionsrättsliga kraven¹ bl.a. därigenom att kreditinstitut för att bedriva värdepappersrörelse måste erhålla särskilt tillstånd (se 3 kap. 10 § lagen om värdepappersmarknaden). Utredningen har inte diskuterat hur den nya definitionen av ”kreditinstitut” – som har hämtats direkt från unionsrätten – fungerar inom ramen för den speciella svenska regleringen. Förutom lagen om värdepappersrörelse och lagen om bank- och finansieringsrörelse, förekommer uttrycket ”kreditinstitut” i en rad andra författningar, såsom t.ex. 8 kap. 10 § konkurslagen, lagen (2010:751) om betaltjänster, lagen (2016:1024) om verksamhet med bostadskrediter, lagen (2015:1017) om

¹ Se D. Hanqvist, ”Tillståndsförvaltningen — särskilt avseende den finansiella sektorn (Del I av II)”, SvJT 2019 s. 397 (s. 424 ff.).

förebyggande statligt stöd till kreditinstitut, 45 § lagen (2014:836) om näringsförbud, lagen (2020:474) om skyldighet för kreditinstitut och försäkringsgivare att lämna vissa uppgifter till Arbetsförmedlingen, 7 § resegarantiförordningen (2018:1340), förordningen (2017:1180) om förvaltningen av kärnavfallsfondens medel. I varje sådant fall bör undersökas om den nya definitionen är lämplig också för dessa andra syften, eller huruvida definitionen i alla eller vissa sådana författningar bör motsvara den nu gällande i stället för den nya.

Regelverkets komplexitet och Finansinspektionens tillämpning

Den nya regleringen ökar komplexiteten i det finansiella regelverket. På flera punkter avses i de föreslagna reglerna att Finansinspektionen ska fatta beslut om vilka regler ett enskilt institut ska tillämpa, såsom i den föreslagna lydelsen av 2 kap. 1 a § femte stycket och 1 b § andra stycket, 4 kap. 2 § andra stycket och 3 § andra stycket, 5 a kap. 4 § samt 7 kap. 4 § och 5 § första stycket lagen om värdepappersmarknaden. Kriterierna för sådana beslut är synnerligen vaga och i förslaget lämnas ingen vägledning om hur Finansinspektionen ska gå till väga för att avgöra hur reglerna ska tillämpas på olika institut. Finansinspektionens tjänstemän har inte längre, mer adekvat eller annars bättre utbildning än företrädarna och beslutsfattarna för instituten. De har heller inte längre erfarenhet av vare sig finansiella marknader och företag eller regelverken än företrädarna och beslutsfattarna för instituten. Den höga personalomsättningen hos Finansinspektionen medför i stället att många av dess tjänstemän har mycket begränsad erfarenhet. Redan de nu gällande reglerna har visat sig bereda Finansinspektionen problem. Advokatsamfundet erfar att Finansinspektionen t.ex. har haft svårigheter att tillämpa redan de gällande bestämmelserna i tillsynsförordningen på ett korrekt sätt (exempelvis avseende artikel 113 och 150 och deras inbördes förhållande²). Det förekommer också att Finansinspektionen genom otillåtna analogiska resonemang försöker utöka sin behörighet och tillämpa regelverken på företag som inte omfattas av dem.³ Det finns således ingen mekanism och föreligger inga omständigheter, som talar för att Finansinspektionen automatiskt skulle vara bättre lämpad att fatta beslut avseende lämplig regeltillämpning än instituten själva.

Det rådande förhållandet har också medfört att Finansinspektionens ”praxis” har varierat kraftigt. När Finansinspektionen ändrar sin ”praxis”, också när ändringen beror på att en tidigare felaktig regeltillämpning korrigeras, meddelar Finansinspektionen vanligen inte detta på ett offentligt sätt till alla institut (till skillnad från utländska tillsynsmyndigheter,

² Exempel finns också på motsvarande svårigheter avseende redan svensk lagstiftning. Efter att under flera år ha tillämpat 2 kap. 1 § jfrd med 1 kap. 7 § och 1 kap. 4 § lagen om bank- och finansieringsrörelse på ett sådant sätt att företag finansierade sin kreditgivning genom att ge obligationer i enlighet med prospektreglerna inte behövde tillstånd för finansieringsverksamhet, ändrade Finansinspektionen i januari 2016 sin uppfattning och började i stället kräva tillstånd i motsvarande situationer. Ändringen motiverades inte av någon lagändring och kommunicerades endast till enskilda företag som ställde frågor till Finansinspektionen eller annars hade verserande ärenden hos myndigheten.

³ Se t.ex. Financial Tech Sweden AB (tidigare Paylevo AB) mot FI (2016-11-07, mål nr 1354-16) (KamR Stockholm; HFD beviljade inte prövningstillstånd (beslut 2017-05-22, mål 6413-16)). I det konkreta fallet valde företaget att efter Finansinspektionens felaktiga ingripande flytta sin verksamhet till ett annat EU-land.

såsom t.ex. den finländska finansinspektionen), utan begränsar sig till att kommunicera förändringen i enskilda ärenden.

Redan i dag föreligger således betydande utmaningar för Finansinspektionen att tillämpa regelverken på ett korrekt, konsekvent och förutsägbart sätt. Det föreligger således utmaningar vad gäller Finansinspektionens förmåga att agera i enlighet med regeringsformens krav att offentlig maktutövning ska vara normbunden (1 kap. 1 § tredje stycket), saklig och med respekt för allas likhet inför lagen (1 kap. 9 §).

Finansinspektionens beslut får ofta stor verkan på institutens verksamhet. Den tid som krävs för att slutligt få ett överklagat beslut ändrat i domstol är ofta utdragen – inte sällan rör det sig om år – varför institut kan drabbas mycket hårt, helt utan kompensation, för misstag och felaktigheter i Finansinspektionens regeltillämpning, inte minst som Finansinspektionen regelmässigt (utan närmare motivering) beslutar att dess beslut ska gälla omedelbart när detta formellt är möjligt. Det är således av mycket stor vikt att Finansinspektionens beslut blir rätt i såväl formellt som materiellt hänseende, eftersom de rättsmedel som erbjuds inte sällan är otillräckliga för att undanröja de negativa konsekvenserna av Finansinspektionens felaktiga beslut. Lagstiftningen bör således, enligt Advokatsamfundets mening, utformas så att den närmare anger hur Finansinspektionen ska fatta beslut och styr Finansinspektionen än vad som är fallet i det remitterade förslaget. Exempelvis kan införas hårdare krav på motivering av beslut; mer omfattande och formaliserade krav på samråd och konsultationen; och regler om att besluten inte får verkställas innan de har vunnit laga kraft eller överprövats av domstol eller t.ex. särskild prövningsnämnd inom myndigheten. Finansinspektionens förmåga att korrekt hantera det allt mer komplexa regelverket behöver också stärkas. Delvis torde detta kunna uppnås genom fastare normativ styrning av dess verksamhet, dels genom att tillräckliga resurser tillförs myndigheten för att den ska kunna attrahera tillräckligt kompetent personal och också behålla den över tid.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander