

Områdeskansliet för humaniora, juridik
och samhällsvetenskap

Remiss: Förstärkta kapitaltäkningsregler, SOU 2013:65

Utredarens huvudsakliga uppdrag har varit att i svensk rätt genomföra de europeiska rättsakter som blivit följden av den s.k. Basel 3-överenskommelsen. Det är fråga om ett direktiv, ofta benämnt CRD 4, och en förordning, ofta benämnd CRR. En särskild del av uppdraget, utan direkt koppling till det övriga uppdraget, var att analysera ordningen för beslut om sanktioner på det finansiella området. Tyngdpunkten i Juridiska fakultetsnämndens yttrande ligger på denna sistnämnda del av utredarens uppdrag.

Generellt om arbetet rörande CRD 4 och CRR

Allmänt kan sägas att utredarens arbete med att anpassa svensk rätt till de europeiska rättsakterna varit omfattande och tekniskt komplicerat till följd av materialets omfattning och komplexitet. Förslagen berör vida fält; från kapitaltäckning till bolagsstyrning, inklusive ersättningar, och skydd för s.k. visselblåsare. Med reservationen att begränsad tid stått till buds för granskningen och att förslagen därför inte kunnat penetreras tillräckligt har Fakultetsnämnden ingen erinran mot förslagets inriktning och allmänna uppläggning.

När det gäller införlivandet av CRD 4 i svensk rätt anger utredaren att de genomförandeåtgärder som föreslås inte ska vara vare sig strängare eller mjukare än vad som följer av direktivet och syftet med regleringen. Utredaren anger dock att i vissa fall gjorts avsteg från denna princip samt att dessa då motiverats särskilt. Återigen med den ovan angivna reservationen har Fakultetsnämnden ingen erinran mot de gjorda bedömningarna. Det samma gäller förslagen rörande en anpassning av svensk rätt till den direkt verkande CRR.

Fakultetsnämnden noterar att utredarens förslag om vilken myndighet som ska besluta om den kontracykliska kapitalbufferten (avsnitt 6.2) numera är överspelat genom en politisk överenskommelse som pekar ut Finansinspektionen som ansvarig myndighet. Fakultetsnämnden kan dock inte se att detta förändrar bedömningen av utredarens förslag i övrigt.

Juridiska fakulteten

Fakultetsnämnden bedömer att förutsättningarna för ett samlat grepp på kapitalkraven såväl på den finansiella sektorn som helhet som på enskilda institut blir bättre när besluten ligger i en myndighets hand.

Nya bestämmelser om sanktioner m.m. (kap. 11)

Till skillnad från de äldre direktiven på området innehåller CRD 4 bestämmelser om sanktioner. De innebär krav på medlemsstaterna att införa bestämmelser om sanktioner av angiven art och av viss nivå. Sanktionerna ska kunna drabba såväl institut som fysiska personer på hög nivå inom instituten som har varit ansvariga för överträdelsen.

Till följd av direktivet måste även införas en utökad möjlighet att förelägga ett institut ett utökat särskilt kapitalbaskrav. En sådan möjlighet måste finnas redan om det är sannolikt att ett institut kommer att bryta mot de regler som gäller för verksamheten eller för att täcka risker som ett institut kan komma att bli utsatt för. Syftet synes vara att tillsynsmyndigheterna mer proaktivt, med hjälp av individuella kapitalkrav, ska kunna ta höjd för framtida situationer. Liknande möjligheter ska finnas för likviditetsrisker.

Av direktivet följer vidare att i fall där ett institut gjort sig skyldigt till överträdelser som ska föranleda sanktioner så ska sanktioner även kunna tillgripas mot personer i ledande ställning. Utredaren föreslår att det i svensk rätt ska vara styrelse och verkställande direktör. Direktivet anger att de sanktioner som kan bli aktuella mot fysiska personer är ett offentliggörande av att en överträdelse begåtts, föreläggande att upphöra med verksamheten, administrativa sanktionsavgifter, förbud för aktieägare att utöva sina rösträtter samt tillfälligt förbud att utöva uppdrag i institut.

Utredningen är otydlig huruvida de ingripanden som finns tillgängliga för Finansinspektionen är att betrakta som anklagelser om brott eller, efter beslut, som ett konstaterande av Finansinspektion att brottet är fullbordat (med utredarens språkbruk brottsliga anklagelser). Likväl har det betydelse i flera avseenden, bl.a. vad gäller tolkningen av lagstiftningen och den nedan nämnda rätten att inte yttra sig på ett sätt som skadar ens egna sak. I syfte att få ett samlat grepp om de ingripandemöjligheter som Finansinspektionen har och de verkningar som användandet av dem får, borde frågan utredas ytterligare.

Såväl för institut som fysiska personer föreslås en tvådelad modell för att beräkna den administrativa sanktionsavgiften. Gemensamt är en nyhet som innebär att vinsten av eller kostnaden som undvikits genom regelöverträdelsen ska läggas till grund för beräkningen i de fall beloppen kan fastställas. Avgiften ska i dessa fall bestämmas till två gånger vinsten eller kostnaden som undvikits. Den andra modellen innebär att det sätts ett tak för avgiftens storlek som för institut är satt till 10 procent av årsomsättningen och för fysiska personer till motsvarande fem miljoner euro. Helt klart är alltså att såväl institut som fysiska personer kan drabbas av mycket höga administrativa sanktionsavgifter.

För att fysiska personer ska kunna påföras avgift fordras enligt lagförslaget att det föreligger särskilda skäl (förslagets 15 kap. 7 § andra stycket). Kommissionens avsikt synes vara att fysiska personer framförallt ska påföras sanktioner i de fall de kan hållas ensamt ansvariga för en överträdelse (COM[2010]716 final, s. 13). Utredaren anger också att svårigheten att avgöra om en enskild individ är ansvarig för ett instituts överträdelse liksom svårigheten att fördela sanktionsavgiften mellan enskilda personer innebär att denna typ av sanktion kommer att användas endast i undantagsfall.

Fakultetsnämnden noterar att varken direktivet eller utredarens motivering är entydiga vad gäller om det är institutets vinst eller undvikande av kostnad som ska läggas till grund för bestämmandet av en fysisk persons administrativa sanktionsavgift eller om det är den fysiska personens egna vinst eller undvikande av kostnad. Skillnaden mellan de olika beräkningsmodellerna kan bli enorm. Det är därför bra att den föreslagna lagtexten (förslaget 15 kap. 8 a §) är klar på denna punkt, rimligen genom att ange det senare alternativet, dvs den fysiska personens egna vinst eller undvikande av kostnad.

Sanktionsprocessen

En av de frågor som utredaren haft att ta ställning till är i vilken ordning sanktioner ska beslutas. Utredaren föreslår att Finansinspektionen, och närmare bestämt dess styrelse, även fortsättningsvis ska ha denna uppgift. Fakultetsnämnden har inte underlag för någon annan uppfattning, men anser att frågan borde ha belysts mer allsidigt och djupare.

En oklarhet i utredarens förslag är att begreppet sanktioner inte definieras. Vad gäller kreditinstitut kan Finansinspektionen, enligt 15 kap. 1 § lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse (förslaget innebär ingen ändring i denna del), ingripa genom utfärdande av föreläggande att inom viss tid begränsa rörelsen i något avseende, minska riskerna i den eller vidta någon annan åtgärd för att komma till rätta med situationen, förbud att verkställa beslut eller genom anmärkning. Vidare anges att om överträdelsen är allvarlig ska tillståndet återkallas, eller om det är tillräckligt, varning meddelas. Enligt 15 kap. 7 § samma lag får anmärkning och varning förenas med en straffavgift om högst 50 miljoner kr (i förslaget benämnd administrativ sanktionsavgift och beräknad på sätt som framgår ovan). Betänkandet ger intrycket av att anmärkning och varning, eventuellt förenade med straffavgift samt återkallelse av tillstånd, står i centrum för övervägandena. I avsnittet om inspektionens handläggning (13.5.1) hänvisas dock med orden ”övriga sanktionsärenden” till förelägganden och förbud. Huruvida utredaren behandlar hela batteriet av ingripandemöjligheter som står till buds eller endast den snävare kretsen är därmed oklart. Olika överväganden kan mycket väl göra sig gällande för olika typer av ingripanden och det är olyckligt att det inte framgår om detta analyserats eller inte. Samtidigt kan det mycket väl vara så att det beslutande organet bör ha samtliga ingripandemöjligheter att spela med, vilket innebär att det inte bör vara skilda beslutsordningar.

Betänkandet anger att Finansinspektionens arbetsordning innebär att styrelsen ska fatta beslut i ärenden om anmärkning och varning, eventuellt förenade med straffavgift samt återkallelse. Vidare anges att ”övriga sanktionsärenden” beslutas av generaldirektören eller chefsjuristen. Enligt fakultetsnämnden finns emellertid inget som hindrar att även ”övriga sanktionsärenden” förs upp till styrelsen, tvärtom måste det ske om de är av större betydelse (4 § 5 p Myndighetsförordningen (2007:515)).

I vissa fall är det fråga om för enskilda och företag långtgående sanktioner där rättssäkerhetsaspekter ska vägas mot effektivitet såväl i meningen kostnadsbesparande som god tillsyn. Det finns flera tänkbara varianter för hur beslutsfattandet kan gå till, varav huvudalternativen är (i) den nuvarande ordningen där Finansinspektionens styrelse fattar beslut (åtminstone om viktigare ingripanden), (ii) en ordning där en särskild sanktionsnämnd inrättas inom inspektionen samt (iii) en ordning som innebär att inspektionen ska föra talan i domstol om sanktioner.

Utredarens argument för att det inte finns anledning att inrätta en särskild sanktionsnämnd inom Finansinspektionen är att styrelsen redan är fristående från tjänstemännen och att de utredande och beslutande funktionerna redan är separerade. Mot detta resonemang kan invändas att styrelsen i enlighet med myndighetsförordningen utgör myndighetens ledning. Den har därför det yttersta ansvaret för den utredande organisationen och kan i så måtto inte anses fristående. En ordning med en sanktionsnämnd som endast har ansvar för att besluta i sanktionsärenden och som i övrigt är helt fristående från Finansinspektionens organisation tillför onekligen oberoende. Man kan till och med tänka sig en ordning med en (förenklad) tvåpartsprocess inför en sådan sanktionsnämnd, där sanktionsnämnden ledamöter är ansvariga för att utreda ärendet och skriva beslutet. En sådan ordning liknar dock inrättandet av en ytterligare nivå inom domstolshierarkin och det måste ifrågasättas, om detta skulle vara den önskade riktningen för en förändring, om det i så fall inte är lämpligare att låta inspektionen föra talan direkt i domstol.

En sanktionsnämnd som, i likhet med Revisorsnämndens Tillsynsnämnd, avgör ärendena efter föredragning från myndighetens personal och på basis av beslutsutkast från dem kan inte anses tillföra sådan grad av ytterligare oberoende att det motiverar en förändring. En sådan ordning medför nämligen nackdelar i form av minskad överblick för de organ som ska besluta. Finansinspektionens styrelse skulle inte få den erfarenhet som ingripandeärendena ger och sanktionsnämnden skulle inte få den erfarenhet som tillsynen ger. I det här sammanhanget bör framhållas att erfarenhet och kompetens av det slag som behövs vid tillsyn och i ingripandeärenden inte är vanligt förekommande. Samtidigt bedömer fakultetsnämnden att det är svårt att rekrytera personer som är beredda att godta den låga ersättning som erbjuds samtidigt som de är förhindrade att verka i den finansiella sektorn.

Vad gäller en ordning där inspektionens styrelse fattar beslut i sanktionsärenden kan tilläggas att besluten delvis gäller tillämpningen av bestämmelser styrelsen själv beslutat om (föreskrifter och allmänna råd), något som inger betänkligheter från ett maktodelningsperspektiv. Det finns således argument mot att låta Finansinspektionen själv besluta om sanktioner, särskilt med tanke på den ingripande naturen av en del sanktioner.

Återigen med reservationen att underlaget inte är fullständigt anser fakultetsnämnden likväl att skälen för den nuvarande ordningen väger över. I denna riktning talar såväl omsorg om den finansiella tillsynens kvalitet i dess helhet som mer snäva effektivitetshänsyn. När det gäller den första aspekten bör hållas i minnet att de formella sanktionerna endast är en del av Finansinspektionens tillsyn, såväl vad gäller tillsynen i dess helhet som vad gäller ett visst institut.

En ordning där Finansinspektionen är hänvisad att föra talan i domstol för att få en sanktion till stånd blir betydligt mer resurskrävande och tillsynsprocessen riskerar att förlora vad gäller helhetssyn och effektivitet. Särskilt gäller detta om inspektionen skulle vara hänvisad att föra talan i domstol om alla typer av ingripanden. Finansiell tillsyn karaktäriseras av att kontakterna mellan tillsynsmyndigheten och tillsynsobjekten är fortlöpande och att tillsynsmyndigheten kan fatta en lång rad beslut angående tillsynsobjekten, vilka är mer eller mindre ingripande.

Fakultetsnämnden har redan varit inne på skillnaden mellan det som i någon mening kan betecknas som formella sanktioner (anmärkning och varning, eventuellt förenade med straffavgift, samt återkallelse av tillstånd) och övriga ingripanden, men det finns också andra åtgärder som kan få stora verkningar för enskilda institut. Det är inte så att det som

formellt betecknas som sanktioner nödvändigtvis är de för tillsynsobjekten mest ingripande besluten. Som exempel kan nämnas att beslut om kapitaltäckning för individuella institut kan ha större ekonomiska konsekvenser än en anmärkning, vilken endast har indirekta effekter.

Man bör inte heller negligera risken, förknippad med en ordning där sanktioner beslutas i domstol, att inspektionen inför den osäkerhet och det besvär som en talan i domstol medför i högre grad kommer att använda sig av andra påtryckningsmedel, vilka kan vara sakligt mindre lämpliga i det enskilda fallet och omgärdade av mindre rättssäkerhetsgarantier. En utveckling mot mer informella påtryckningar på instituten är inte önskvärd. Det skulle mycket väl kunna innebära att institutens rättssäkerhet försämrades. Vi ska inte glömma att det för inte alltför länge sedan, säg 25-30 år sedan, förekom få om ens några formella sanktioner och tillsynen utövades främst genom informella påtryckningar och ibland med tveksamt lagligt stöd.

Fakultetsnämnden noterar att den ordning som gäller i dag är vanlig inom svensk förvaltning (t.ex. vad gäller miljöstraffavgift och olika tullavgifter) samt att en ordning där inspektionen är hänvisad att föra talan i domstol skulle försena handläggningen betydligt. Fakultetsnämnden vill dock nämna att den inte känner till något annat område där avgifterna kan bli så höga som de föreslagna, förutom möjligen skattetillägg där egentligen ingen gräns finns. Samtidigt kan sägas att det på sätt och vis är en nödvändig följd av att det är fråga om en sektor där mycket pengar är i omlopp och som i ovanligt hög grad tycks vara styrd av ekonomiska incitament. Det kan slutligen noteras att enligt direktivets huvudregel är det tillsynsmyndigheten som ska fatta beslut om sanktioner, men det kan överlämnas till andra att göra det inklusive domstolar (artikel 64.2 i CRD 4).

Det hade varit intressant att få belyst hur andra tillsynsmyndigheter hanterar potentiellt mycket vinstgivande överträdelse av de regler som gäller för en viss verksamhet, t.ex. Strålsäkerhetsmyndighetens möjligheter till ingripanden. På andra områden kan det ofta vara fråga om perdurerande brister vilka med fördel kan hanteras genom förelägganden av olika slag eventuellt förenade med mycket höga viten.

Argumenten mot att hänvisa Finansinspektionen till att föra talan i domstol skulle, om de hårdras, även kunna anföras mot en rätt att överklaga inspektionens beslut. För det första kan emellertid konstateras att en sådan inskränkning strider mot Europakonventionen och för det andra är oacceptabel ur ett materiellt rättssäkerhetsperspektiv. Den möjlighet som instituten har att överklaga beslut som de är missnöjda med innebär en lämplig avvägning mellan rättssäkerhet och effektivitet. De särskilda problem som i detta avseende är förknippade med återkallelsebeslut, särskilt vad gäller banker, har enligt Fakultetsnämndens mening inte beaktats tillräckligt av utredaren.

Sanktioner mot enskilda individer

Som nämnts kommer det att bli möjligt att under vissa omständigheter rikta sanktioner mot enskilda individer verksamma på hög nivå inom bankerna. Förändringen innebär alltså att inte endast den juridiska personen kan bli föremål för sanktioner utan även enskilda individer verksamma inom den. I sin tur föranleder detta högre krav vad gäller rättssäkerhet och kan även få andra konsekvenser. Utredaren har enligt Fakultetsnämndens mening inte tillräckligt belyst dessa frågor. Särskild gäller det möjligheten för Finansinspektionen att påföra fysiska personer mycket höga sanktionsavgifter. En kompli-

kation vid bedömningen av denna fråga är att det finns flera olika typer av ingripanden tillgängliga även för fysiska personer och det framstår som mindre ändamålsenligt om de olika typerna av ingripanden är beroende av olika processer.

En särskild omständighet är att den sanktion som kan bli aktuell gentemot enskilda personer sannolikt är att betrakta som ett straff i Europakonventionens mening. Det innebär bl.a. att rätten att inte yttra sig på ett sätt som skadar ens egna sak träder in. Den komplikation som detta medför för tillsynsarbetet är inte belyst i betänkandet. Såväl i det löpande tillsynsarbetet som vid utredandet av någon särskild händelse kan det uppstå betydande svårigheter i inspektionens arbete om företrädare för institutet under utredning vägrar yttra sig. Visserligen kan sägas att denna svårighet uppstår direkt som en följd av direktivets krav och oberoende av vilken instans som fattar beslut om sanktionen, men frågan om svårigheterna kan mildras på något sätt borde ha behandlats.