

2015-10-23

Dnr SU FV-1.1.3-2257-15

Regeringskansliet
(Finansdepartementet)
103 33 Stockholm

Remiss: UCITS V En uppdaterad fondlagstiftning (SOU 2015:62)

Delbetänkandet innehåller förslag på lagändringar för att genomföra 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-direktivet). Ändringar föreslås huvudsakligen i lagen (2004:46) om värdepappersfonder.

Arbetet med delbetänkandet har skett synnerligen skyndsamt. Regleringen måste vara implementerad den 18 mars 2016 enligt unionsrätten. I princip följer förslaget unionsrätten nära, det vill säga det är närmast fråga om att utan större anpassningar låta direktivets text transformeras till svensk författningstext. Ett sådant arbetssätt är inte utan vissa risker eftersom svensk rättskultur och svensk tolkningskultur kan avvika från unionsrättslig. Å andra sidan blir det enkelt att använda så kallad direktivkonform tolkning. Juridiska fakultetsnämnden är av uppfattningen att utredningen inom de givna ramarna lyckats med sin uppgift.

Fakultetsnämnden önskar ta upp en fråga till diskussion – sanktionsavgifterna samt andra ingripanden (kap. 8 i delbetänkandet).

Fakultetsnämnden delar uppfattningen att sanktionsavgift är att anse som brottspåföljd och att detta leder till vissa, för Sverige mycket välkända, problem med bland annat *ne bis in idem* samt förbud mot regler om självangivelse (se också SOU 2015:49 Nya regler för revisorer och revision, särskilt kapitel 10, samt fakultetsnämndens synpunkter i remiss Dnr SU FV-1.1.3-1949-15 till justitiedepartementet på det betänkandet).

Fakultetsnämnden vill särskilt peka på problemställningen kring de mänskliga rättigheterna för fysiska personer i termer av skillnader mellan ingripanden utan ekonomiskt inslag och ingripanden med ekonomiskt inslag. Ett tillfälligt verksamhetsförbud kan i realiteten vara

Juridiska fakultetsnämnden

ett mycket allvarligt ingripande med vittgående ekonomiska konsekvenser och en saklig skillnad gentemot sanktionsavgifter kan inte alltid anses föreligga. Man kan till exempel se olika typer av verksamhetsförbud som en ekonomisk sanktion ex ante, vilken innebär ett hinder mot att tjäna pengar, medan sanktionsavgifter kan ses som en ekonomisk sanktion ex post, vilken i praktiken innebär ett föreläggande att betala in redan intjänade vinster. Verksamhetsförbud kan vidare vara mer ekonomiskt ingripande än även mycket höga sanktionsavgifter. Fakultetsnämnden uppfattar att det nu lagda förslaget innebär att verksamhetsförbud och sanktioner skall ses som påföljder av brott vilket fakultetsnämnden som utgångspunkt anser vara en rimlig ordning.

I vissa fall kan dock ett sådant likhetstänkande sannolikt medföra mindre lämpliga konsekvenser. Problemet har också att göra med samordningen mellan de administrativa åtgärderna/sanktionerna och de straffrättsliga. Rimligen bör de allvarligaste överträdelsena mötas av de allvarligaste påföljderna. Förslaget anger nu att ingripande i form av verksamhetsförbud inte får ske om överträdelsen omfattas av åtal. Det kan argumenteras för att även det omvända gäller – de administrativa åtgärderna som övervägs eller är under prövning förhindrar att åtal väcks. Till detta kommer att hanteringen av de administrativa åtgärderna ska ske i förvaltningsdomstolar och att straffrättsliga påföljder ska hanteras i de allmänna domstolarna.

Fakultetsnämnden ser en viss risk för att försumliga personer drabbas av vare sig administrativa åtgärder eller rena straff. Det kan också finnas en risk för att en straffad person inte kan beläggas med verksamhetsförbud vilket kan te sig egendomligt. Utredningen skulle med avseende på denna fråga med fördel ha kunnat beakta hur skattetillägget och skattebrottet ska samordnas i framtiden, eftersom problematiken i grunden är densamma ("Dubbelprövningsförbudet och andra rättssäkerhetsfrågor" prop. 2014/15:131). Det synes som utredningen uppfattar att den i den här frågan inte haft så stort manöverutrymme (s. 162), vilket inte utesluter att ett mer principiellt övergripande grepp hade varit välkommet.

Fakultetsnämnden uppfattar vidare att det kan finnas ett incitament i systemet för att undvika att väcka åtal, på grund av regleringen att en person som samarbetar med finansinspektionen i en utredning kan få fördelar på grund av detta, med avseende på de administrativa påföljderna. Att väcka åtal kan således uppfattas som olämpligt eftersom det kan försvåra att en önskad medverkan kommer till stånd. Det kan leda till att beslut om att väcka åtal skjuts på framtiden, vilket inte nödvändigtvis kan anses främja effektiv straffrättsskipning.

Det är i grunden fråga om en form av "plea bargaining" som traditionellt har setts på med misstro från svensk horisont. Eftersom det är fråga om genomförande av EU-rätt, kan Sverige givetvis inte undvika att tillämpa regelverket. Förklaringen till den rättsliga lösningen återfinns sannolikt i moderna tankar om effektiv samhällsstyrning, till exempel "responsive regulation", som innebär att en myndighet som finansinspektionen i första hand skall arbeta med samarbete, och i andra hand med en arsenal av lindrigare och strängare åtgärder.

Resultatet kan dock bli att en och samma gärning bedöms på olika sätt, vilket kan anses stå i strid med likabehandlingsprincipen. Den makt Finansinspektionen ges att diskretionärt förfoga över en palett av olika åtgärder kan vara problematisk. Myndigheten ges rollen av polis, åklagare och domare på samma gång. Det kan konstateras att myndighetens givna befogenheter kan komma i strid med traditionell svensk ”god förvaltningssed” om arbetet med samverkan och kontroll inte regleras noggrant.

Reglerna om ”visselblåsare” går i samma riktning. Det är självklart av godo om personer med integritet anmäler missförhållanden. Fakultetsnämnden delar utredningens uppfattning att några nya regler som skyddar visseblåsare inte behöver införas.

Utredningen föreslår att Finansinspektionen och fondbolag var för sig ska utarbeta regler för effektiva procedurer och ändamålsenliga system för att motta anmälningar om missförhållanden. Fakultetsnämnden vill i det sammanhanget framhålla att det är utomordentligt viktigt för en myndighet med stora befogenheter att beakta rättssäkerhetsintresset och ett arbetssätt som främjar goda relationer. Det finns viss vägledning i betänkandet (s 151 ff). Den är dock av mycket allmän natur och ger ingen direkt hjälp för hur besvärliga avvägningar ska kunna göras.

Det finns också ett insynsproblem. Finansinspektionens beslut som skulle gå i en lindrande riktning i en situation av samarbete kan naturligtvis inte kontrolleras av en oberoende domstol. Tanken är att endast negativa påföljder behöver kontroll av domarmakten. En utvärdering av kravet på likabehandling kräver emellertid kunskap om de faktiska besluten. Fakultetsnämnden anser att det bör övervägas huruvida Finansinspektionen bör utarbeta närmare riktlinjer, som binder den egna myndighetens arbete, samt någon form av mekanism som säkerställer att en oberoende kvalitetsuppföljning och kontroll utan svårighet kan ske av myndighetens överväganden och beslut. Det finns en trend inom förvaltningen att tillskapa ”inspektioner”, och dessa myndigheter med starka maktmedel bör vara underkastade demokratisk insyn.