

# Om besök – välkomna och ovälkomna\*

*Oannonserade platsundersökningar i banker  
ur ett rättighetsperspektiv*

GUSTAF SJÖBERG\*\*

## Inledning<sup>1</sup>

Besöken i Görans arbetsrum på Centret är frekventa – många är de kolleger som suttit i besöksstolen. Tillströmningen beror på kombinationen att Göran är både trevlig att språka med och juridiskt skicklig. Han har en sällsynt förmåga att kombinera trevligt snack med lyssnande. Aldrig blir det intetsägande och inte sällan kommer någon riktigt vass replik. När så behövs får den besökande goda råd och en allmänt sund inställning till livet förmedlas.

Den som från stolen för besökare spanar ut över rummet kan i boktravarna få syn på en bok med titeln ”Det är jag som äger banken”. Den handlar om Carnegie och titeln syftar på riksgäldsdirektör Bo Lundgrens uttalande när han ville besöka bankens lokaler efter att Riksgälden i september 2008 tagit över alla aktier i banken. Boken har legat där några år och det är lätt att fastna med blicken på den. Vilket system Göran tillämpar för boktravarna står inte alldeles klart, men en observation är att den aktuella boken har vandrat neråt genom åren. Det kan bero på att den blivit mindre aktuell. Det gäller dock inte ämnet för boken, nämligen statens förhållande till banker.

Hoppet från Bo Lundgrens uttalande till ämnet för den här uppsatsen är inte så långt och halsbrytande som i förstone kan tyckas. Uttalandet föranleddes av att staten tagit över Carnegie till följd av att bankens tillstånd

\* Har tidigare publicerats i Gorton, Lars m.fl. (red.), Festskrift till Göran Millqvist, Jure Förlag AB, Stockholm, 2019, s. 563 ff.

\*\* Professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten och prefekt vid Juridiska institutionen, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

<sup>1</sup> Ett hjärtligt tack för ingående läsning och värdefulla synpunkter till Helen Andersson, Lars Hörngren och Jane Reichel. Tack också till Ragnar Söderbergs stiftelse för ekonomiskt stöd.

återkallats.<sup>2</sup> Statens förhållande till banker genom reglering och tillsyn liknar i många avseenden den styrning som ägare och fordringsägare utövar i icke-finansiella företag. En väsentlig skillnad föreligger dock, nämligen beträffande vilka bestämmelser som reglerar förhållandet. Medan ägares och fordringsägares ställning i förhållande till bolag, inklusive banker, regleras av civilrätt och avtal regleras statens förhållande till banker under tillsyn av offentlig rätt och i förlängningen grundläggande rättigheter. När Bo Lundgren ville komma in i Carnegies kontor åberopade han sin ställning som ägare medan Finansinspektionen kan bereda sig tillträde genom offentlig-rättsliga regler.

De generella frågor som följer av förhållandet mellan staten och tillsynsobjekten är brännande och svåra. Här ska endast en liten delfråga behandlas, nämligen Finansinspektionens tillsyn på plats i banker. Särskilt riktas intresset mot oannonserade (och i många fall ovälkomna) besök på plats i bankers lokaler.

Bestämmelsen om s.k. platsundersökningar i lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse (BFRL) är kortfattad och ger inte närmare besked om Finansinspektionens befogenheter (se nedan). Vid en första anblick kan ordalydelsen ge intryck av att inspektionen utan begränsning kan bereda sig tillträde till bankers lokaler. Vid närmare eftertanke stannar nog de flesta vid att den rätten rimligen måste ha några begränsningar, men att dessa är oklara. Det är dessa begränsningar som den här uppsatsen handlar om.

Att begränsningarna är intressanta att undersöka beror bl.a. på att de är ganska vaga och framgår av rättsprinciper och rättighetsinstrument. I artikeln kommer Europakonventionen (Konventionen) i förgrunden men även EU:s rättighetsstadga (Stadgan) berörs en hel del.<sup>3</sup> Att fokus främst ligger på Konventionen har sin förklaring i att praxis och doktrin än så länge är mer utvecklad kring den. Särskilt gäller detta på konkurrensområdet från vilket undersökningen hämtar betydande inspiration eftersom detta är ett utvecklat rättsområde med god tillgång till doktrin och praxis som belyser Konven-

<sup>2</sup> Det bör nämnas att jag var med och fattade beslutet om återkallelse. Jag var ledamot av Finansinspektionens styrelse från och med 2007 till och med 2017. Åsikterna som framförs här är mina egna och sammanfaller inte nödvändigtvis med inspektionens ståndpunkter.

<sup>3</sup> Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna respektive Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02).

tionens och även Stadgans tillämpning.<sup>4</sup> Blickar mot konkurrensområdet är av värde inte endast rättsligt utan även för det rikhaltiga materialet om hur platsundersökningar på det området praktiskt går till. Inriktningen mot Konventionen medför dock risken att de skillnader som föreligger mellan rättsakterna inte i tillräcklig utsträckning framträder. Stadgan bygger nämligen på en annan logik än Konventionen och ger i vissa fall ett bättre skydd än den samt har också ett vidare tillämpningsområde.<sup>5</sup> En redan alldeles för lång artikel skulle bli ännu längre om dessa skillnader belystes och bedömningen är att huvudinriktningen mot en jämförelse med konkurrensområdet har ett sådant värde att dessa nackdelar vägs upp. Åtminstone om man är medveten om dem.

Genom detta förfaringssätt är det också i viss mån fråga om en metodövning som diskuterar hur man gör för att fylla en intetsägande och otidsenlig bestämmelse med innehåll.<sup>6</sup> I det här fallet är det alltså fråga om att för tolkningen använda rättskällor på en högre nivå och i viss mån från ett annat rättsområde, vilka inte, eller åtminstone knappt, var påtänkta när den tolkade bestämmelsen faktiskt kom till.

Av utrymmesskäl är det inte möjligt att här på djupet penetrera alla frågor som aktualiseras av Finansinspektionens rätt att genomföra platsundersökningar. Inte heller undersöks i tillräckligt grad bestämmelser och praktiker rörande platsundersökningar på närliggande rättsområden. Återigen är det främst platsbrist som motiverar avgränsningen, men även ett försök att få en mer principiell bild av problemen.

Genom att peka på relevanta principer och bestämmelser och orsaken till svårigheterna att bestämma deras närmare innebörd blir den här artikeln närmast en inventering av potentiella tillämpnings- och gränsdragnings-svårigheter. För tydlighetens skull bör poängteras att det är just *potentiella* svårigheter som berörs. Såvitt känt förekommer i Sverige inte oannonserade platsundersökningar i banker och inte heller har de här frågorna orsakat

<sup>4</sup> Självt har jag hämtat betydande inspiration från Helen Anderssons utmärkta avhandling Dawn Raids under Challenge, A study of the European Commission's Dawn Raid Practices in Competition Cases from a Fundamental Rights Perspective, Doctoral Thesis in European Law at Stockholm University, 2017.

<sup>5</sup> Schmauch, M. Unionsrättens skydd för grundläggande rättigheter i sanktionssystemet för finansiella företag, JT 2017–18 s. 69 på s. 72.

<sup>6</sup> Bestämmelsen om platsundersökningar kan beskrivas som otidsenlig trots att den nominellt är av ganska fårskt datum, eftersom dess mer eller mindre oförändrade lydelse är av gammalt datum.

praktiska problem i Finansinspektionens verksamhet.<sup>7</sup> I så måtto är artikeln en akademisk produkt.

Av två skäl kan man dock tänka sig att resonemangen inte endast är av teoretiskt intresse. Det första är att analysen kan vara av intresse även för andra frågor som berör skärningspunkten mellan tillsynsåtgärder och grundläggande rättigheter. Platsundersökningar kan alltså tjäna som ”proxy” för andra tillsynsåtgärder. Metoden för att analysera frågorna som uppstår vad gäller platsundersökningar kan komma till användning även vid analysen av andra frågor. Det andra är att det inte framstår som osannolikt att de här frågorna får ökad aktualitet. Dels kan Finansinspektionens tillsynsmetoder komma att förändras i riktning mot fler (anmälda och oanmälda) platsundersökningar, antingen på inspektionens initiativ eller till följd av utvecklingen av mer harmoniserade tillsynsmetoder på EU-nivå. Dels får fundamentala rättigheter allmänt en alltmer framträdande roll i samhället och det är långt ifrån omöjligt att banker finner det intressant att ställa de här frågorna på sin spets.

En komplikation som inte behandlas närmare i det följande är den som följer av att styrelseledamöter och andra befattningshavare numera kan drabbas av ingripanden i form av bl.a. sanktionsavgift.<sup>8</sup>

## Oannonserade platsundersökningar – en överblick

### Rättskällor

Finansinspektionens oannonserade platsundersökningar är endast knapphändigt behandlade i rättskällorna.<sup>9</sup> I 13 kap. 4 § BRFL stadgas följande:

<sup>7</sup> Med det senare menas att situationen inte har förelegat att Finansinspektionen har funnit behov av en oannonserad platsundersökning men inte företagit en sådan av någon anledning.

<sup>8</sup> 15 kap. 1 a § BFRL. – Förutsättningar för det är att en bank överträtt i BFRL uppräknade bestämmelser och att överträdelsen är allvarlig samt att personen i fråga uppsåtligen eller av grov oaktsamhet orsakat överträdelsen. Det är klart att fysiska personer som kan drabbas av betydande sanktionsavgifter för det fall de medverkar till en banks överträdelser omfattas av det skydd som grundläggande rättigheter ger, t.ex. skyddet mot självbelastning. I vilken mån bankens grundläggande rättigheter påverkas av att fysiska personer kopplade till den kan drabbas av sanktioner är nog ganska svårbedömt i en del situationer. Emellertid är den preliminära bedömningen här, att påverkan i huvudsak är så liten på de frågor om oannonserade platsundersökningar som behandlas i artikeln att den inte förlorar sin relevans.

<sup>9</sup> Platsundersökning är en vedertagen term för Finansinspektionens undersökningar på plats i bankers lokaler. Det gäller också på andra områden, som t.ex. konkurrensområdet,

Finansinspektionen får när inspektionen anser att det är nödvändigt genomföra en undersökning hos ett kreditinstitut och sådana utländska kreditinstitut som inrättat filial i Sverige.<sup>10</sup>

Som synes är bestämmelsen mycket kortfattad, generellt hållen och i viss mån intetsägande.<sup>11</sup> Åtminstone ordalydelsen ger intryck av att Finansinspektionen kan genomföra platsundersökningar helt utan begränsningar. Förarbetena ger knapphändiga besked i frågan om bestämmelsens tolkning. I propositionen till nuvarande lag anges endast att bestämmelsen enligt regeringens mening innebär att ”Finansinspektionen genom en undersökning på plats kan inspektera alla aspekter av bankens verksamhet som inspektionen har tillsyn över. Som regel är det dock fråga om att ta del av handlingar och studera rutiner på plats, i stället för att först begära in dem till inspektionen.”<sup>12</sup>

Lagrådet hade då påpekat att frågan hur långt möjligheten att genomföra undersökningar sträcker sig borde uppmärksammas i det fortsatta beredningsarbetet.<sup>13</sup> Lagrådet hänvisade till grundlagsskyddet i regeringsformen. Men regeringen hörsammade alltså inte uppmaningen att uppmärksamma grundlagen i den fortsatta beredningen.

Intressant är att lagrådet endast hänvisar till den svenska grundlagen. Möjligen beror detta på att den främst i Konvention och EU-rätt baserade rättighetsdiskussionen inte fullt ut tagit fart i Sverige vid denna tid.<sup>14</sup> Numera råder emellertid knappast någon tvekan om att svaret på den fråga som uppsatsen handlar om – nämligen vilka begränsningar i den vida rätt till platsundersökningar som ges av lagen – primärt står att finna i Konvention och Stadga och den praxis som utvecklats kring dem samt eventuellt i allmänna EU-rättsliga principer. Stadgan är tillämplig endast vid tillämpning

se t.ex. prop. 2014/15:96 s. 17. Så används termen i den här uppsatsen också, men det bör noteras att den inte förekommer i lagtext. Oannonserade platsundersökningar är platsundersökningar där banken inte underrättats om den i förväg. Se vidare strax nedan.

<sup>10</sup> Banker är kreditinstitut. Filialer behandlas inte i den här uppsatsen.

<sup>11</sup> Här kan noteras att den härvidlag har samma karaktäristika som en del andra bestämmelser i BFRL, men att regleringen av platsundersökningar därigenom avviker från den detaljerade regleringen inom konkurrensrätten och på en del andra områden inom finansmarknadsregleringen.

<sup>12</sup> Prop. 2002/03:139, s. 545.

<sup>13</sup> Lagrådets yttrande finns intaget i prop. 2002/03:139, bilaga 6, diskussionen finns på s. 151.

<sup>14</sup> Detta trots att Konventionen funnits länge och dessutom sedan ansenlig tid varit införlivad i svensk rätt. Diskussionerna om stadgan hade också pågått ganska länge och den var vid denna tid också antagen om än inte bindande.

av unionsrätt.<sup>15</sup> På bankområdet är det till övervägande del fråga om just det, så Stadgans relevans är betydande. Emellertid är det inte i alla lägen så lätt att avgöra huruvida det är fråga om tillämpning av unionsrätt eller inte.<sup>16</sup>

I den här uppsatsen riktas intresset nästan uteslutande mot Konventionen och Stadgan även om en del andra rättskällor berörs. Principiellt ska det instrument som ger bäst skydd i det enskilda fallet tillämpas. Rättsläget är dock långtifrån klart och bilden som förmedlas av den rikhaltiga praxis som finns beträffande en del frågor är ganska suddig.<sup>17</sup>

Vad gäller de grundläggande rättigheterna kan det primära skyddet sägas följa av bestämmelserna om rätten till privatliv i Konvention respektive Stadga (trots att banker inte uppenbart har ett privatliv) samt den allmänna proportionalitetsprincipen som finns i såväl Konvention och Stadga som unionsrätt och svensk rätt.<sup>18</sup> Även rätten till en rättvis rättegång enligt Konventionens artikel 6 aktualiseras liksom också i viss mån rätten till effektiva rättsmedel enligt artikel 13. De grundläggande rättigheterna är till viss del uppbyggda så att de är beroende av bedömningar i flera led. Ett exempel är rätten att inte behöva belasta sig själv, vilken innebär att den som är anklagad för brott inte ska behöva medverka till utredningen. För att kunna avgöra huruvida denna rättighet gäller är det alltså nödvändigt att först bedöma om det är fråga om en anklagelse för brott

Terminologin är även i detta sammanhang viktig. Oannonserade platsundersökningar är ingen allmänt vedertagen term och i vart fall är den inte särskilt precis. En distinktion som den inte fångar är skillnaden mellan välkomna och ovälkomna undersökningar. En platsundersökning kan ju mycket

<sup>15</sup> Artikel 51 i Stadgan anger dess tillämpningsområde. Artikeln anger att stadgan riktar sig till ”medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten.”

<sup>16</sup> Frågan behandlas kort nedan under rubriken *Konvention eller Stadga?*

<sup>17</sup> Det finns exempel på fårska EU-rättsakter som behandlar platsundersökningar i finansiella företag. Hur dessa är utformade skulle kunna tjäna till viss ytterligare ledning vad gäller frågan om hur skyddet är utformat även vad gäller platsundersökningar i banker. Ett exempel är EU:s marknadsmissbruksförordning (Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 596/2014), närmare bestämt artikel 23.2 första stycket e och 23.2 andra stycket. Viss försiktighet är dock påkallad i en sådan jämförelse eftersom de undersökningarna också gäller subjekt som inte är juridiska personer och som inte är underkastad en särskild regleringsregim samt också eftersom det inte är givet att dessa rättsakter eller de åtgärder som kan vidtas med stöd av dem är förenliga med överordnade normer. Av utrymmesskäl följs detta spår inte upp här.

<sup>18</sup> Rätten till privatliv regleras i artikel 8 i Konventionen och artikel 7 i Stadgan. Proportionalitetsprincipen är central i såväl konventionsrätt och unionsrätt som i svensk rätt. I den senare numera lagfäst i 5 § förvaltningslagen (2017:900).

väl vara både oannonserad och välkommen. Hans Danelius använder i sin bok om Konventionen genomgående termen husrannsakan för undersökningar på plats i någons hem eller affärslokaler oavsett om det rör en fysisk eller juridisk person.<sup>19</sup> Underförstått i hans text tycks vara att det rör sig om ofrivilliga undersökningar. Betydelsen av samtycke är ganska knepig och i synnerhet gäller detta i relationen mellan tillsedd och tillsynsmyndighet, bl.a. eftersom det finns en skyldighet att samarbeta. I fortsättningen används termen oannonserade platsundersökningar för i förväg icke annonserade samt ovälkomna undersökningar på plats i en banks lokaler.

### **Allmänt om Konvention och Stadga**

Även om det här inte är fråga om en generell framställning om gällande rätt enligt Konvention och Stadga, bör något kort sägas allmänt om dessa instrument och om rättsutvecklingen vad gäller grundläggande rättigheter. Samspelet mellan dessa instrument och deras tillämpning är komplicerat och att förbigå detta riskerar att göra framställningen svår att begripa för dem som inte är specialiserade inom området.

Konventionen är införlivad med svensk rätt.<sup>20</sup> Den gäller därmed som svensk lag. Genom att det i 2 kap. 19 § RF föreskrivs att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Konventionen har konventionsförpliktelserna getts en speciell ställning. Konventionens skydd för de medborgerliga fri- och rättigheterna kan ses som ett komplement till regeringsformens skydd. Det innebär att den bestämmelse som är mest restriktiv, det vill säga ger bäst skydd ska tillämpas.<sup>21</sup>

Vad gäller utvecklingen inom EU kan sägas att den varit dramatisk.<sup>22</sup> Till att börja med ansågs grundläggande rättigheter inte ens vara en del av EU-rätten, medan Stadgan numera finns i normhierarkins topp. Vägen mellan de båda ytterligheterna gick bland annat via hänvisningar på olika mer eller mindre direkta sätt till Konventionen.<sup>23</sup> Numera är det dock så att EU-dom-

<sup>19</sup> Se Danelius, H. (2015) *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, femte upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik, t.ex. s. 440 ff.

<sup>20</sup> Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>21</sup> Holmberg m.fl., *Grundlagarna*, (13 maj 2016, Zeteo) avsnittet Konvention och grundlag.

<sup>22</sup> Andersson, s. 52.

<sup>23</sup> En alldeles utmärkt koncentrerad beskrivning av utvecklingen finns i Andersson, s. 96 ff.

stolen vid tillämpning av Stadgan inte särskilt ofta ens hänvisar till Konventionen eller Europadomstolens praxis, utan tillämpar Stadgan självständigt.

En väsentlig skillnad mellan Konventionen och Stadgan är att den förra är betydligt äldre och har utvecklats kraftigt genom praxis. En annan skillnad är att Stadgan har förarbeten,<sup>24</sup> vilka rättstillämparna på flera sätt är ålagda att beakta.<sup>25</sup>

## Kontext

En väsentlig fråga vid avgörandet av vad Finansinspektionen får göra vid en oannonserad platsundersökning är vad inspektionens tillsyn omfattar.<sup>26</sup> Frågan vad tillsynen omfattar är dock inte helt enkel att besvara. I lagtexten anges att tillsynen över banker omfattar att deras rörelse drivs enligt BRLF, andra författningar som reglerar bankens verksamhet, bankens bolagsordning och interna instruktioner som har sin grund i författningar som reglerar bankens verksamhet.<sup>27</sup> Inspektionen har dessutom tillsyn över att kreditinstitutets ägare och ledning uppfyller kraven på lämplighet i BRLF.<sup>28</sup>

Banker har en omfattande rapporteringsskyldighet till Finansinspektionen. Banker ska vidare lämna Finansinspektionen de upplysningar om sin verksamhet och därmed sammanhängande omständigheter som inspektionen begär.<sup>29</sup> Denna skyldighet att lämna upplysningar är utsträckt till att också omfatta personer som är anställda av banker.<sup>30</sup> Om en bank ingår i en koncern ska dessutom övriga företag i koncernen lämna Finansinspektionen de upplysningar om sin verksamhet och därmed sammanhängande omständigheter som inspektionen behöver för sin tillsyn över banken.<sup>31</sup>

Att tillsynen omfattar frågan huruvida rörelsen bedrivs enligt BRFL och andra författningar som reglerar bankers verksamhet är alltså klart, men inte heller detta konstaterande leder så värst långt. En del av bestämmelserna i

<sup>24</sup> Kallas på engelska ”the Explanations”.

<sup>25</sup> I preamble till Stadgan och i dess artikel 52(7) samt i artikel 6(1) i Fördraget om Europeiska Unionen.

<sup>26</sup> Bankers rörelse står under Finansinspektionens tillsyn, 13 kap. 2 § 1 st. BFRL. Tillsynsmyndigheten benämns här genomgående Finansinspektionen eller inspektionen trots att en del av redogörelsen hänför sig till förhållanden när tillsynsmyndigheten hade ett annat namn.

<sup>27</sup> 13 kap. 2 § 2 st. BFRL.

<sup>28</sup> 13 kap. 2 § 3 st. BFRL.

<sup>29</sup> 13 kap. 3 § 1 st. BFRL.

<sup>30</sup> 13 kap. 3 § 2 st. BFRL.

<sup>31</sup> 13 kap. 5 § BFRL.



BRFL är nämligen allmänt hållna och samtidigt långtgående. Det är därför svårt att avgöra var gränsen för tillsynen över dessa bestämmelser går.

Här kan särskilt nämnas bestämmelsen om soliditet och likviditet, som anger att en banks rörelse ska drivas på ett sådant sätt att institutets förmåga att fullgöra sina förpliktelser inte äventyras, samt bestämmelsen om sundhet, vilken anger att rörelsen även i andra avseenden än de allmänna kraven på soliditet, likviditet, riskhantering och genomlysbarhet ska bedrivas sunt.<sup>32</sup> Men även bestämmelserna om riskhantering och genomlysning har betydelse.<sup>33</sup>

Det är fullt möjligt att hävda att de nämnda bestämmelserna innebär att alla delar och aspekter av en banks rörelse är föremål för Finansinspektionens tillsyn. Bestämmelserna innebär nämligen att riskerna i den samlade rörelsen ska övervakas och begränsas samt att det ska vara möjligt att bilda sig en uppfattning om rörelsens ställning. Till detta kommer det oklara kravet att rörelsen ska vara sund. Det är svårt att se att någon verksamhet skulle med automatik falla utanför tillsynens räckvidd.

En svårighet att komma vidare i tolkningen med stöd av de svenska rättskällorna är att de tycks utformade efter en annan tids förhållanden. Det gäller såväl bankers rörelse som den omgivande regleringsmiljön. I den mån det vid lagens och dess förarbetens utformning fanns någon utmejslad tanke om vad som utgör bankrörelse så tycks den ha vilat på traditionell grund. En sådan syn innebär att rörelsen är relativt okomplicerad och huvudsakligen består av inlåning och kreditgivning och kanske en del värdepappersaffärer av olika slag. Vidare innebär synen att en bank har ett huvudkontor och kanske ett (större eller mindre) antal lokalkontor samt att det är i dessa lokaler som bankens rörelse bedrivs. I sin tur innebär detta också att (en eller flera) platsundersökningar i dessa lokaler kan ge en bild av bankens rörelse, bland annat för att i lokalerna förvaras relevanta handlingar och där kan bankens rutiner studeras. Vid en undersökning på plats i lokalerna tänktes inspektionen kunna antingen bilda sig en uppfattning om den undersökta verksamheten eller ta med sig handlingar som möjliggjorde detta. När det gäller regleringsmiljön måste framhållas efterkrigstidens hårda reglering av bankväsendet som gränsade till planekonomi.<sup>34</sup> Nuvarande tankar och strömningar angående grundläggande rättigheter var främmande. Lagrådets

<sup>32</sup> 6 kap. 1 § respektive 4 § BFRL.

<sup>33</sup> 6 kap. 2 § respektive 3 § BFRL.

<sup>34</sup> Som nämnts är visserligen dagens lag antagen för inte så länge sedan, men bestämmelsen om platsundersökningar har varit materiellt oförändrad under lång tid.

ovan citerade uttalande är ett tecken på att sådana tankar började få fäste, men uttalandet gäller endast svensk grundlag och nämner varken Konvention eller unionsrätt.

Dagens digitaliserade värld föresvävade uppenbarligen inte lagstiftaren. Från konkurrensärenden kan vi lära att där är frågor avseende digital information och hur den får hanteras av avgörande betydelse.<sup>35</sup> Säkerligen hade lagstiftaren också svårigheter att se utvecklingen mot flera och mer specialiserade banker. Visserligen dominerar de fyra stora bankerna marknaden för banktjänster totalt, men antalet små och specialiserade banker är betydande och växande. Lagstiftning och praxis från konkurrensrätt är upplysande på det sättet att man därigenom kan få en uppfattning om hur platsundersökningar genomförs i praktiken. Visserligen i icke-finansiella företag som inte står under tillsyn, men de ger en fingervisning om problem och möjligheter i en digitaliserad och fragmenterad värld.

Det kan invändas att olikheterna mellan banker under en särskild regleringsregim och icke-finansiella företag misstänkta för konkurrensöverträdelser är så betydande att jämförelsen brister i relevans.<sup>36</sup> En sådan invändning kan ta sikte på att den rapporteringsskyldighet som föreligger och de rapportsystem som utvecklats gör oannonserade platsundersökningar i banker onödiga eftersom inspektionen redan har sådan koll att de inte kan tillföra något. Visserligen kan sägas att det ligger en hel del i en sådan syn, särskilt när det gäller den allmänna ekonomiska styrkan i stora banker, men att behovet helt skulle saknas är svårt att tro. Möjligen kan sägas att ju mer det undersökta förhållandet skiljer sig från det som fångas i den generella rapporteringen och ju mindre banken är desto större är behovet av oannonserade platsundersökningar. Som exempel kan nämnas att behovet av oannonserade platsundersökningar för att utröna den allmänna ekonomiska styrkan hos en av storbankerna är litet, medan det kan finnas påtagliga behov vid misstankar om oegentligheter<sup>37</sup> i en liten bank med mindre utvecklade kontrollsystem.

Här nedan ges en skissartad bild av de rättsligt relevanta omständigheter som kan omgärda en oannonserad platsundersökning. Den kan ses som en

<sup>35</sup> Platsundersökningar i konkurrensrätt anses ha kraftigt förändrats under de senaste tjugo åren på grund av digitaliseringen, se Andersson, s. 51, och det framgår också av såväl praxis i konkurrensrätt som unionsrättslig och nationell reglering.

<sup>36</sup> En omständighet som visar de betydande olikheter som föreligger mellan banker och vanliga icke-finansiella företag är en praktik som begagnas i många länder, vilken innebär att tillsynsmyndigheten permanent har personal placerad hos banker.

<sup>37</sup> Såsom penningtvätt, korruption hos anställda eller otillåtet risktagande i värdepappershandel.

inventering av relevanta frågor inför genomgången av grundläggande rättigheter kombinerad med en kort genomgång av inhemsk svensk rätt.

### Vilka uppgifter eller förhållanden?

En avgränsning som kan tyckas möjlig är att inspektionen endast får undersöka *tillståndspliktig verksamhet*.<sup>38</sup> Ett annat sätt att uttrycka det skulle vara att inspektionen endast får undersöka de delar av rörelsen som fordrar tillstånd. Enligt ett sådant resonemang skulle det varken finnas anledning eller möjlighet för inspektionen att undersöka verksamhet som det inte fordras tillstånd för att bedriva. Detta sätt att avgränsa tillsynens räckvidd fungerar emellertid inte eftersom tillåten verksamhet enligt gällande rätt är negativt begränsad. Lagen är uppbyggd på så sätt att en bank endast får bedriva uttryckligen tillåten verksamhet. Banker får nämligen endast driva finansiell verksamhet och verksamhet som har ett naturligt samband med den.<sup>39</sup> Denna systematik innebär att bankens hela rörelse får undersökas, antingen för att verksamheten är tillståndspliktig eller för att utröna om banken i fråga bedriver verksamhet som inte är tillåten. En något annan sak är att undersökningar av verksamhet som misstänks vara inte tillåten sannolikt får en annan karaktär än undersökningar av klart tillåten verksamhet.

Det borde alltså vara möjligt att konstatera att ingen del av en banks rörelse är, så att säga med automatik, undantagen från tillsyn, men att det tillåtna djupet i undersökningen bör kunna skifta med vilken typ av verksamhet det är fråga om. Som kommer att framgå finns i detta avseende en anknytning till hur de grundläggande rättigheterna är utformade.

Ett annat sätt att avgränsa vilka uppgifter och förhållanden som får undersökas skulle kunna vara att uppgifterna inte har med rörelsen att göra eller eljest är av sådan karaktär att de inte får undersökas. Utgångspunkten här är alltså att uppgifterna eller förhållandena är kopplade till den tillståndspliktiga rörelsen, men att de inte har med rörelsens bedrivande att göra eller är av en karaktär som utesluter insyn. Som exempel kan tas uppgifter om de anställdas hälsoförhållanden eller uppgifter som av andra skäl ska vara fredade, t.ex. bakens kontakter med advokater.

<sup>38</sup> Här kan nämnas att BFRL:s terminologi är uppbyggd så att "rörelse" avser en banks samtliga aktiviteter och "verksamhet" avser en del av rörelsen. Exempel är att 6 kap. 1 § anger att en banks *rörelse* ska drivas så att förmågan fullgöra förpliktelser inte äventyras, medan 7 kap. 1 § anger tillåten *verksamhet*.

<sup>39</sup> 7 kap. 1 § BFRL.

Något som rimligen inte kan vara tillåtet är undersökningar som har ett syfte som inte har med finansiell tillsyn att göra. Ett exempel är om rätten till oannonserade platsundersökningar enligt BFRL skulle användas för att hjälpa polisen att utreda pågående brottsmisstankar i syfte att undvika de strängare reglerna om tvångsåtgärder under förundersökning. Den exakta gränsen för vad som är tillåtet i detta avseende är nog inte helt lätt att dra.<sup>40</sup> Inte heller denna fråga behandlas ytterligare här.

### Vilka metoder?

Såvitt bekant använder sig Finansinspektionen inte av oannonserade platsundersökningar. Den normala rutinen tycks vara att inspektionen i ganska god tid innan en platsundersökning planeras äga rum meddelar banken i fråga om tid och plats samt också talar om vad undersökningen är avsedd att leda till och hur den ska genomföras.

Inget talar emellertid för att det skulle vara generellt omöjligt att genomföra oannonserade platsundersökningar. Varken lagtext, förarbeten eller någon annan svensk rättskälla berör såvitt jag kan se frågan direkt.

På förhand inte anmälda undersökningar i bankers lokaler kan åtminstone teoretiskt tänkas se mycket olika ut. Alltifrån att en anställd vid inspektionen går in till en anställd i en bank för att fråga något som hen glömt att fråga vid ett telefonsamtal alldeles nyss till att i hemlighet bereda sig tillträde till en banks lokaler mitt i natten för att installera kameror i verkställande direktörens tjänsterum.<sup>41</sup>

Metoden för genomförande av en oannonserad platsundersökning kan sägas ha såväl självständig betydelse som i relation till syftet med åtgärden. Med att metoden har självständig betydelse avses att vissa åtgärder kan tänkas aldrig få vidtas oavsett syftet med undersökningen. Sådana åtgärder förekommer naturligtvis, men de blir sannolikt sällan praktiskt relevanta. Oftast blir det fråga om att mot bakgrund av syftet med undersökningen bedöma vad som är tillåtna metoder för att genomföra den.

Ytterligare en fråga som uppstår är var gränsen går mellan vad som är en platsundersökning och vad som utgör andra tillsynsåtgärder. Ingår t.ex. i rätten för inspektionen att genomföra en platsundersökning även en skyl-

<sup>40</sup> Jämför not 36.

<sup>41</sup> Som nämnts ger konkurrensrätten inblickar i vilka metoder som används på det området. I vilken mån de är överförbara till det här behandlade området är en diskussionspunkt som inte heller den berörs vidare.

dighet för bankens personal att vara behjälplig med åtkomst till olika rum – fysiska liksom virtuella?<sup>42</sup> Finns en sådan skyldighet och i så fall hur långt sträcker sig den att svara på frågor i samband med platsundersökningen? Frågorna är avgörande för hur framgångsrik en undersökning kan bli men har inget klart svar.<sup>43</sup>

### **Betydelsen av syftet med undersökningen**

Att det finns behov av att ange ett någorlunda precist syfte med en ingripande tvångsåtgärd mot ett företag som varken är specialreglerat eller står under tillsyn är ganska lätt att förstå. Behovet av att avgränsa undersökningen till det som är relevant för den som vill genomföra den är påtagligt. Det kan t.ex. knappast komma i fråga att Konkurrensverket vid en platsundersökning skulle kunna få undersöka alla aspekter av ett företags rörelse som inte har något med konkurrensfrågor att göra. Som nämnts finns knappast denna automatiska avgränsning vad gäller Finansinspektionens tillsyn över banker. Alla aspekter av bankers rörelse står under tillsyn och åtminstone initialt finns inga hinder mot att vid en platsundersökning undersöka rörelsen i hela dess vidd. Även här får dock antas att syftet trots allt har betydelse för vilka åtgärder som kan tillåtas. Redan steget att vidta oannonserade platsundersökningar fordrar någon slags kvalificering av syftet, nämligen att det finns förhoppningar om att upptäcka något som inte skulle uppdagas vid en anmäld undersökning.<sup>44</sup> Sannolikt förhåller det sig så att ju mer riktad och preciserad en undersökning är och ju allvarigare de misstänkta missförhållandena är desto mer ingripande kan åtgärderna vara.

Att syftet med undersökningen har betydelse för hur den får genomföras måste därmed anses stå klart. Eftersom det inte finns något krav på tillstånd från någon extern instans, så aktualiseras inte angivande av ett mer eller mindre precist syfte för att få godkännande till åtgärden. Slutsatsen är i stället att det internt inom Finansinspektion fordras en nyanserad analys av syftet med undersökningen och vilka uppgifter som eftersöks innan en oannonserad platsundersökning företas.

<sup>42</sup> Rent praktiskt är det förmodligen närmast meningslöst att genomföra en platsundersökning utan att få tillgång till t.ex. drivrutiner och lösenord för datasystem.

<sup>43</sup> Ett klart svar har inte hittats i vare sig inhemsk svensk rätt eller i den genomgång av grundläggande rättigheter som följer.

<sup>44</sup> Här kan åter noteras att Finansinspektionen enligt uppgift från tjänstemän vid inspektionen i stort sett aldrig anser detta steg behövt och genomför oannonserade platsundersökningar.

## Den rättsliga och praktiska betydelsen av en särskild regleringsregim

På det här stadiet finns skäl att beröra betydelsen av att banker är underkastade en särskild regleringsregim, vilken innebär att det fordras tillstånd för att bedriva bankrörelse samt att rörelsen är underkastad omfattande reglering och står under (potentiellt intensiv) tillsyn. Den särskilda regleringsregimen har betydelse i två hänseenden (som ska utvecklas nedan). Dels rättsligt eftersom tolkningen av grundläggande rättigheter sker i ljuset av de motstående intressen som finns.<sup>45</sup> Dels faktiskt för att behovet av oannonserade undersökningar kan minska genom vissa typer av reglering och tillsyn.

Bankrörelse kan medföra stora risker för samhället och samhällsekonomin men också för enskilda konsumenter. Ett skäl till detta är att bankrörelse är förenad med grundläggande marknadsmisslyckanden som nödvändiggör statliga åtgärder av olika slag. Vidare bör man komma ihåg att delar av den verksamhet som banker bedriver knappast skulle vara tillåten enligt generell lagstiftning om den inte hade tillstånd enligt särslagstiftning. De statliga åtgärderna innefattar – i Sverige för närvarande och även i de flesta länder i världen – omfattande reglering av vad banker får göra samt tillsyn. Även andra åtgärder för att komma till rätta med marknadsmisslyckandena behövs, såsom att staten åtar sig att vara så kallad *lender of last resort*.<sup>46</sup> Flera av de åtgärder som kan sägas innebära ett skyddsnät för bankerna ger upphov till en så kallad implicit garanti, vilken i förlängningen innebär att banker kan finansiera sig mer förmånligt än de annars skulle kunna.<sup>47</sup> Regleringsregimen som omgärdar banker innebär således såväl betydande fördelar för bankerna som relativt hårda begränsningar i hur rörelsen får bedrivas samt tillsyn. Mycket för att inte säga det mesta av den reglering som gäller för svenska banker härstammar från EU.

Svensk tillsyn innebär bland annat omfattande rapporteringsplikt till Finansinspektionen. Tillsynen bygger på att bankerna är skyldiga att löpande lämna en mängd olika uppgifter om sina ekonomiska och andra förhållanden till inspektionen. Därutöver är bankerna skyldiga att på inspektionens

<sup>45</sup> Ska man vara noga är det vid bedömningen av grundläggande rättigheters omfattning sannolikt ytterst inte den särskilda regleringsregimen som är avgörande utan skälen bakom den. Att det finns en särskild regleringsregim har dock ändå betydelse, bl.a. för det element av frivillig underkastelse som nämns nedan.

<sup>46</sup> Åtagandet innebär att staten kan ge s.k. nödkrediter till banker med likviditetsproblem. Lagen om Sveriges riksbank (1988:1385) 6 kap. 8 §.

<sup>47</sup> Se t.ex. den s.k. Liikanen-rapporten (High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector, chaired by Erkki Liikanen, Final EU-report, Brussels 2 October 2012) s. 23.

begäran lämna upplysningar och i vissa fall bör de även på eget initiativ meddela inspektionen händelser av väsentlig betydelse.<sup>48</sup>

Kopplingen mellan reglering och tillsyn synes vara ovanligt stark vad gäller banker eftersom de centrala reglerna förutsätter interna riskhanterings- och kontrollsystem. Tillsynen omfattar en kontroll över att de interna systemen är tillfyllest. Dessa system kan Finansinspektionen sedan använda för att kontrollera rörelsen. Möjligen kan man uttrycka det som att inspektionen kan ”koppla in sig” på bankernas interna system för att underlätta övervakningen.

Intensiteten i kontakterna mellan tillsyn och tillsedd varierar med storleken på bank. Kontakterna mellan inspektionen och de fyra största bankerna är tät, helt enkelt av det skälet att deras rörelser ger större risker för det finansiella systemet, medan de allra minsta bankernas kontakter är betydligt mindre frekventa och under vissa perioder bara består av att banken löpande rapporterar till Finansinspektionen. Behovet av överraskande tillsynsåtgärder och därmed oannonserade platsundersökningar kan tänkas stå i omvänd proportion till närheten mellan inspektion och bank i ordinarie tillsyn. Primärt gäller detta för de omständigheter som undersöks i tillsynen och för de stora bankerna är fokus mot den ekonomiska styrkan och förmågan att hantera risker. För att det i praktiken skulle bli aktuellt med en oannonserad platsundersökning hos en av storbankerna avseende den generella ekonomiska hälsan eller riskhanteringsförmågan fordras sannolikt starka misstankar om grava missförhållanden i någon viss del av bankens rörelse. Det är en annan sak om misstankar föreligger om oegentligheter av annat slag. Ytterligare en skillnad mellan stora och små banker är att i små banker kan ett enskilt orapporterat problem hota bankens överlevnad.

Om man jämför med konkurrensärenden kan konstateras att den särskilda regleringsregimen för banker gör att behovet av oannonserade platsundersökningar är annorlunda och säkerligen mindre. I konkurrensärenden är det närmast en förutsättning för fortsatt utredande att oannonserade platsundersökningar kan företas och sådana företas också regelmässigt. Möjligen kan man för banker uttrycka det så att oannonserade platsundersökningar i praktiken skulle utgöra den sista utvägen när starka misstankar om specifika missförhållanden föreligger.

<sup>48</sup> Finansinspektionens allmänna råd om rapportering av händelser av väsentlig betydelse, FFFS 2018:5.

Det kan alltså konstateras att svenska banker är underkastade en särskild regleringsregim bestående av omfattande reglering och potentiellt intensiv tillsyn. Och som påpekats är betydelsen av detta en i det följande återkommande fråga, såväl vad gäller omfattningen av grundläggande rättigheter som vid jämförelsen med konkurrensområdet. Eftersom företag som förekommer i konkurrensrättsmål inte står under tillsyn – åtminstone inte på grund av konkurrensfrågorna – blir frågan närmast avgörande för jämförelsen.

Redan här kan sägas att frågan om den särskilda regleringsregimens närmare betydelse för de grundläggande rättigheternas omfattning inte får något klart svar i den här undersökningen. Det tycks vara en genuint oklar fråga. Generellt kan emellertid sägas att vid avgörandet av grundläggande rättigheters omfattning är det med stor sannolikhet så att ju större risk en verksamhet innebär för samhället, med därpå följande starka skäl för en särskild regleringsregim, desto mindre blir kraven vad avser grundläggande rättigheter.<sup>49</sup> Resonemanget kan motiveras av att en verksamhet som egentligen skulle vara förbjuden kan tillåtas om den som vill bedriva den måste söka tillstånd och är villig att underkasta sig en särskild regleringsregim. Ett led i en sådan resonemangslinje skulle vara att intrånget i företagets integritet är mindre om regleringsregimens intensitet redan på förhand gör klart att omfattande insyn är nödvändig för att verksamheten ska få bedrivas. Slutsatsen skulle kunna dras att åtgärder vidtagna av offentliga organ som inte är tillåtna för ordinära företag skulle kunna vara det för företag under en särskild regleringsregim, såväl för att intrånget bedöms mindre allvarligt som för att intrånget också kan anses mer motiverat.

Stöd för en sådan resonemangslinje finns i ett avgörande från Europadomstolen som berör betydelsen av att lyda under en särskild regleringsregim.<sup>50</sup> Avgörandet gäller fortkörning och vägran av bilens ägare att ange vem som körde bilen vid tillfället. En person som vägrat lämna sådana uppgifter dömdes till böter för detta. Europadomstolen bedömde att detta var förenligt med rätten att inte belasta sig själv enligt artikel 6 i Konventionen. Delar av domstolens motivering är intressant i det här sammanhanget.

<sup>49</sup> Det ideala tillståndet är visserligen att bankernas intressen beaktas fullt ut vid utformningen av direkt tillämplig lagstiftningen. En korrekt tillämpning av sådan perfekt avvägd lagstiftning skulle därmed innebära att de grundläggande rättigheterna respekteras fullt ut. Skulle detta idealtillstånd uppnås så bortfaller behovet av överordnade normer eller i vart fall behovet av att i efterhand kontrollera att de följs. Ännu har vi inte uppnått idealtillståndet.

<sup>50</sup> O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket, dom 29 juni 2007.



Två personer var registrerade som ägare av bilar. Enligt nationell lag var de därmed skyldiga vid äventyr av böter att uppge vem som hade kört bilarna när de framförts för fort. Europadomstolen godtog att det var fråga om ett direkt tvång att lämna uppgifter. Vidare noterade domstolen att såväl tvånget som de bakomliggande överträdelserna visserligen var av ”straffrättslig” karaktär, men tvånget härstammade inte från detta.<sup>51</sup> Genom en hänvisning till Lord Bingham slog domstolen fast att alla som äger eller kör en bil därigenom underkastar sig en regleringsregim, som inte kommer sig av det är ett privilegium givet av staten att äga eller köra bil utan för att innehav av och användandet av bilar (liksom, till exempel, hagelgevär) kan orsaka allvarlig skada.<sup>52</sup> I slutklämmen återkom domstolen till att det är fråga om en särskild regleringsregim.<sup>53</sup> En möjlig tolkning är att domstolen öppnar för att det är en generell princip att kraven enligt Konventionen blir mindre stränga om någon frivilligt underkastar sig en regleringsregim som föranleds av risken för samhällsskador. Detta skulle i så fall kunna vara tillämpligt på banker.

Ytterligare stöd för resonemangslinjen står att finna i tillämpningen av Stadgans artikel 16 som behandlar näringsfriheten.<sup>54</sup> Näringsfriheten kan bli föremål för myndighetsingrepp som i det allmännas intresse begränsar hur näringar får bedrivas. Begränsningar är tillåtna om de är nödvändiga och proportionerliga samt siktar mot ett mål av allmänt samhällsintresse.<sup>55</sup> EU-domstolen har i ett avgörande uttalat att finansiell stabilitet utgör ett överordnat allmänintresse.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Domstolen skrev ”criminal” inom citationstecken, punkt 57.

<sup>52</sup> ”The Court notes that, although both the compulsion and the underlying offences were ‘criminal’ in nature, the compulsion flowed from the fact, as Lord Bingham expressed it in the Privy Council in the case of *Brown v. Stott* (see paragraph 31 above), that ‘[a]ll who own or drive motor cars know that by doing so they subject themselves to a regulatory regime. This regime is imposed not because owning or driving cars is a privilege or indulgence granted by the State but because the possession and use of cars (like, for example, shotguns...) are recognised to have the potential to cause grave injury’. Those who choose to keep and drive motor cars can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom these responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion.” Punkt 57.

<sup>53</sup> ”Having regard to all the circumstances of the case, including the special nature of the regulatory regime in issue and...” Punkt 62.

<sup>54</sup> Jag är medveten om att Konventionens skydd är uppbyggd på ett annat sätt, men drar ändå denna parallell.

<sup>55</sup> Se Schmauch s. 72 f. med angivna rättsfall.

<sup>56</sup> C-526/14 – *Kotnik* m.fl.

Däremot kan inte slutsatsen dras, att rättighetskyddet helt kan efterges. Det framgår t.ex. av ett fall rörande återkallelse av tillstånd i en bulgarisk bank.<sup>57</sup> Målet gällde rätten enligt Konventionens artikel 6.1 att få civila rättigheter prövade av domstol. Tillsynsmyndighetens (i Bulgariens fall centralbankens) beslut att återkalla bankens tillstånd kunde inte enligt bulgarisk rätt materiellt prövas i domstol vilket ansågs strida mot artikel 6.1.<sup>58</sup> I domen slår Europadomstolen fast att de viktiga intressen som står på spel i banker i form av t.ex. skydd för insättare och av samhället i stort inte innebär att Konventionens artikel 6.1 kan trädas för när.<sup>59</sup>

Slutligen ska något sägas om de skillnader i reglering som föreligger mellan platsundersökningar i banker och i konkurrensärenden. Skillnaderna kan ge en bild av vilka skyddsintressen som lagstiftarna anser föreligga på de olika områdena, men framför allt tjäna som en förberedelse för genomgången nedan av praxis rörande konkurrensrätt.

Att bestämmelsen i BFRL om platsundersökningar är kortfattad och intetsägande har redogjorts för ovan. I kontrast står bestämmelsen som ger Kommissionens kompetens att genomföra oannonserade platsundersökningar i konkurrensärenden. Visserligen är bestämmelsen vad gäller den allmänna kompetensen brett formulerad.<sup>60</sup> Dock anges ganska detaljerat vad tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat att genomföra en inspektion har befogenhet att göra under en inspektion. En lista anger följande: a) bereda sig tillträde till företags eller företagsammanslutningars lokaler, mark och transportmedel, b) granska räkenskaper och andra affärshandlingar, oavsett i vilken form de föreligger, c) göra eller erhålla alla former av kopior av eller utdrag ur sådana räkenskaper och affärshandlingar, d) försegla samtliga företagslokaler, räkenskaper eller affärshandlingar så länge och i den omfattning det är nödvändigt för inspektionen, e) begära

<sup>57</sup> Capital Bank AD mot Bulgarien, dom 24 november 2005, slutlig 24 februari 2006.

<sup>58</sup> Danelius, s. 206.

<sup>59</sup> Så här uttrycker domstolen det: ”The fact that banks are legal entities and that the banking industry is tightly regulated in view of the important interests at stake, such as those of depositors and of the public at large, is not a sufficient reason for concluding that proceedings in respect of a bank fall outside the scope of Article 6 § 1. To hold otherwise would create an important lacuna in the system of human rights protection in that area.” Punkt 88.

<sup>60</sup> Bestämmelsen lyder: För fullgörandet av de uppgifter som kommissionen tilldelas genom denna förordning får den genomföra alla nödvändiga inspektioner hos företag och företagsammanslutningar. Artikel 20(1) i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (Förordning 1/2003).

att företagets eller företagssammanslutningens företrädare eller medarbetare lämnar förklaringar till sakförhållanden och dokument som har samband med föremålet för och syftet med inspektionen och protokollföra deras svar.<sup>61</sup>

Till detta kommer att Kommissionen själv hävdar att rätten att undersöka räkenskaper och affärshandlingar innefattar även elektronisk information samt möjlighet att genomsöka IT-miljöer.<sup>62</sup> Vidare tolkar Kommissionen företagets skyldighet att samarbeta som att personalen inte endast ska hjälpa till att förklara företagets struktur och IT-miljö utan också hjälpa till att blockera mejlkonton, koppla bort datorer från nätverk, hjälpa till med lösenord och liknande tjänster för att det ska vara möjligt att i praktiken få tillgång till ett företags IT-miljö. Kommissionens åsikter om vad de kan göra är kanske inte av omedelbart intresse i det här sammanhanget, men de pekar på vilka problem som aktualiseras vid en platsundersökning i företag som är IT-baserade.

## Grundläggande rättigheter enligt Konvention och Stadga Konvention eller Stadga?

Eftersom skyddet enligt Konvention och Stadga kan skilja sig åt bör framhållas att de har något olika tillämpningsområden.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Artikel 20(2) i Förordning 1/2003.

<sup>62</sup> Explanatory note, se Andersson fotnot 267 s. 80.

<sup>63</sup> Vad gäller Stadgans aktualitet i Sverige bör något sägas. När den ursprungligen antogs av Europaparlamentet år 2000 som en icke-bindande deklaration gick det nästan obemärkt förbi i Sverige (Bernitz, U. Rättighetsstadgan – utveckling och utmaningar, Stockholm Centre for Commercial Law, Årsbok VI. Jure förlag: Stockholm). Likaså när Stadgan ratificerades av Sverige (som en del av Lissabonfördraget) var intresset från statsmakterna svalt i så måtto att dess eventuella betydelse för svensk rätt inte kommenterades i förarbetena. (se t.ex. prop. 2007/08:168). – Intrycket är att när Konventionen väl fick fäste i svenskt medvetande så kom den att skymma Stadgan i olika sammanhang och inte minst på här aktuellt och därtill gränsande områden, nämligen finansiell tillsyn och sanktioner i allmänhet. Det gällde och gäller i viss mån alltså både i lagstiftningsarbetet och i andra sammanhang. Ett skäl för det svala mottagandet kan vara att Stadgan och Konventionen uppfattas ge samma skydd. Bakom denna uppfattning kan i sin tur ligga Stadgans bestämmelse om att de rättigheter i Stadgan som motsvarar en rättighet som finns i Konventionen ska ha samma innebörd och räckvidd som motsvarande rättigheter i Konventionen, artikel 52.3. – Ytterligare en intressant utveckling är att när det gäller den nya förvaltningslagen och arbetet med den så har EU-rätten och Stadgan framskjutna platser medan Konventionen står i bakgrunden. Förklaringen till detta är sannolikt att förvaltningsrätt som inte är straffrättsliknande i liten grad täcks av Konventionen.

Konventionen är obegränsat tillämplig vad gäller åtgärder vidtagna av Finansinspektionen. Stadgan är tillämplig endast i den mån inspektionen tillämpar rättsregler som härstammar från EU. Det principiella svaret på frågan huruvida inspektionen tillämpar rättsregler baserad på EU-rätt vid platsundersökningar är ganska klart, nämligen att så snart den materiella rätten går att hänföra till unionsrätten så innebär tillsynen en tillämpning av unionsrätt.<sup>64</sup>

Direktiv och förordningar innehåller ofta krav på olika åtgärder som tillsynsmyndigheterna måste kunna vidta och bland dem ingår ofta platsundersökningar. Härav följer att platsundersökningar som avser tillsyn av rättsregler som härstammar från unionslagstiftaren utgör sådana åtgärder där stadgan kan bli tillämplig.<sup>65</sup>

### Proportionalitet

Centralt för den fortsatta framställningen är principen om proportionalitet som på olika sätt genomsyrar all rättstillämpning baserad på Konvention och unionsrätt.<sup>66</sup> Även den generella principens samspel med olika rättigheter är betydelsefull och för den här framställningen gäller det särskilt rätten till respekt för privatliv enligt Konvention och Stadga.

Kravet på proportionalitet är en viktig rättsprincip inom EU. Den har också kommit till uttryck i artikel 5(4) i TEU, men den bestämmelsen gäller enligt sin ordalydelse endast åtgärder vidtagna av EU:s institutioner. Även vid tillämpning av Stadgan har proportionalitetsbedömningen en framträdande plats.

Även om det sålunda är tillämpningen av dessa båda rättsakters proportionalitetsprinciper som blir aktuell kan påpekas att principen om proportionalitet har sitt ursprung långt före dem. Innan det fanns rättighetskataloger fungerade principen som en inskränkning i offentlig maktutövning. Nu kan man säga att det, åtminstone i vissa fall, är fråga om att med proportionalitetsprincipen väga till synes obegränsade grundläggande rättigheter mot andra samhällsintressen.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> EU-domstolens dom C-617/10 Åkerberg Fransson.

<sup>65</sup> Se vidare Schmauch, s. 71 f.

<sup>66</sup> Även i regeringsformen och förvaltningslagen har proportionalitet en framträdande plats se regeringsformen 2 kap. 20–23 §§ och särskilt 21 § samt förvaltningslagen 5 §, men inte heller det behandlas ytterligare här.

<sup>67</sup> Andersson, s. 138.

## **Rätten till respekt för privatliv m.m.**

Såväl Konventionen som Stadgan innehåller bestämmelser avsedda att skydda privatlivet. Bestämmelserna är enligt sina respektive ordalydelser riktade mot skydd av fysiska personer och omfattar således inte uttryckligen juridiska personer. En gradvis utveckling har emellertid skett som lett till att även juridiska personer omfattas av bestämmelserna, låt vara inte nödvändigtvis i samma omfattning som fysiska personer.

Här behandlas Konventionen först eftersom den är äldst och tillämpningen av den kan sägas ha lett utvecklingen.

### *Konventionen*

Konventionens artikel 8 lyder:

1. Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Bestämmelsen är alltså konstruerad så att först ska avgöras om en åtgärd är ett ingrepp i de rättigheter som tillerkänns genom artikel 8:1. Om så konstaterats vara fallet ska åtgärden prövas enligt artikel 8:2. Artikel 8:2 kan alltså sägas vara en undantagsbestämmelse och för att ett ingrepp ska vara förenligt med artikeln måste följande tre villkor vara uppfyllda.<sup>68</sup>

1. Ingreppet måste vara lagligt,
2. ingreppet måste vara ägnat att tillgodose något av de i artikeln uppräknade allmänna eller enskilda intressena (se ovan i artikeln), och
3. ingreppet måste vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle för att tillgodose detta intresse.<sup>69</sup>

När det gäller kravet på laglighet gäller i första hand att inskränkningen måste ha stöd i inhemsk lag, alltså i det här fallet svensk lag, men det krävs

<sup>68</sup> Konventionen är i princip genomgående uppbyggd på detta sätt.

<sup>69</sup> Domen i Niemietz mot Tyskland, dom 16 december 1992, är i de aktuella delarna disponerad så att de här punkterna uttryckligen framgår och behandlas var för sig, punkterna 34–37.

därutöver att lagen uppfyller rimliga krav på rättssäkerhet.<sup>70</sup> Det innebär att lagen måste vara i) tillgänglig för allmänheten och den måste vara ii) utformad med sådan precision att inskränkningarna i den grundläggande konventionsrättigheten (enligt artikel 8:1) kan förutses i rimlig utsträckning. Vidare måste iii) lagen ge skydd mot godtycke.<sup>71</sup> En nationell lag som ger de rättstillämpande organen utrymme för tolkning och skönsmässiga bedömningar är dock inte i och för sig oförenlig med kravet på förutsebarhet om gränserna för bedömningarna är tillräckligt klara för att ge skydd mot godtyckliga ingrepp.<sup>72</sup>

De i artikel 8:2 angivna legitima ändamålen är omfattande och allmänt formulerade. Det leder till att det oftast går att hänföra ett ingrepp till någon av dessa kategorier. Kravet på nödvändighet är dock mer svårtillämpat. Europadomstolen har framhållit att ”nödvändig” inte är liktydigt med ”oundgänglig”. Däremot krävs ett ”angeläget samhälleligt behov”. Varje stat har en viss frihet att avgöra om en inskränkning är nödvändig, men friheten är inte lika stor för alla ändamålen och alla inskränkningar är underkastade krav på proportionalitet.<sup>73</sup>

Att gå in på alla aspekter av den avvägning mellan friheten för nationella myndigheter och den prövning som Europadomstolen förbehåller sig skulle föra för långt i detta sammanhang. Det bör dock framhållas att vad gäller vissa av de angivna allmänna intressena anses det naturligt att ge de nationella organen vidsträckt frihet.<sup>74</sup> Ett sådant allmänt intresse som kan vara aktuellt i det här sammanhanget är landets ekonomiska välstånd. Intressant här är också att frågan om överträdelse av den finansmarknadsrättsliga lagstiftningen utgör brott eller inte kan få betydelse eftersom förebyggande av brott tillhör de legitima intressena.<sup>75</sup>

Nedan ska några viktiga avgöranden på det här området från Europadomstolen behandlas. Den i vissa delar ganska utförliga behandlingen motiveras inte primärt av de slutsatser som domstolen kommer fram till i vissa sakfrågor utan av att det ger en bild av domstolens sätt att resonera. En förståelse för detta är nödvändig för att bedöma det gällande rättsläget.

<sup>70</sup> Att inhemskt lagstöd inte alltid är tillfyllest slogs fast genom domarna Silver m.fl. mot Förenade Kungariket, dom 25 mars 1983 och Malone mot Förenade Kungariket, dom 2 augusti 1984.

<sup>71</sup> *Kruslin mot Frankrike*, dom 24 april 1990.

<sup>72</sup> Hela stycket, *Danelius*, s. 369 f. och *Andersson*, s. 202.

<sup>73</sup> Hela stycket, *Danelius*, s. 370.

<sup>74</sup> *Danelius*, s. 370.

<sup>75</sup> Se vidare om denna fråga nedan.

Ett i flera av de ovan diskuterade avseendena viktigt avgörande är *Niemietz*.<sup>76</sup> Det anses vara det första mål där skyddet enligt artikel 8 utsträckts till lokaler där näringsverksamhet bedrivs.<sup>77</sup> Vidare är det ett exempel på betydelsen av proportionalitetsbedömningar. Målet gällde en husrannsakan hos en advokat med syftet att klarlägga ett brevns ursprung i samband med en brottsutredning angående kränkande uttalanden mot en domare och försök att påverka denne i sin tjänsteutövning. Den första frågan för Europadomstolen att bedöma var om det över huvud taget var fråga om en åtgärd som skyddas av artikel 8.1.<sup>78</sup> Här fann domstolen att det inte var lämpligt att exkludera aktiviteter som var av kommersiell natur. Domstolen ansåg det inte möjligt att skilja mellan sådana aktiviteter och privatliv.<sup>79</sup> När det gäller termen ”hem” som används i artikel 8.1. konstaterade domstolen att flera länder hade utsträckt betydelsen till att omfatta även affärslokaler. Vidare fann domstolen att en sådan tolkning stämde väl med den franska lydelsen av Konventionen.<sup>80</sup>

Domstolen fann vidare att en tolkning av orden ”privatliv” och ”hem” som att de omfattar vissa professionella- och affärsaktiviteter också skulle stämma väl med syftet bakom artikel 8, nämligen att skydda individer mot godtyckliga åtgärder från det allmänna. En sådan tolkning ansåg domstolen inte skulle olämpligt hämma staterna eftersom de skulle ha kvar den rätt att ingripa som ges av artikel 8.2. Domstolen lägger till att en sådan rätt mycket väl kan vara mer omfattande om det är fråga om kommersiella aktiviteter.<sup>81</sup> Utöver de nämnda generella omständigheterna lades ytterligare en för målet speciell omständighet, vilken domstolen vägde in vid bedömningen enligt artikel 8.1, nämligen att undersökningen gällde korrespondens. Skyddet enligt artikel 8 omfattar nämligen uttryckligen sådan. Domstolen bedömde att undersökningen utgjorde en överträdelse av skyddet enligt artikel 8.1. Det bör observeras att skyddet genom avgörandet inte uttryckligen utsträckts

<sup>76</sup> *Niemietz mot Tyskland*, dom 16 december 1992.

<sup>77</sup> Andersson, s. 200 ff.

<sup>78</sup> Av möjligt intresse här är Europadomstolens bedömning att advokaters konfidentiella relation till sina klienter inte var en omständighet som fungerade som avgränsning vid bedömning av räckvidden hos artikel 8.1, punkt 28 i domen. Möjligen kan man av detta dra slutsatsen att det faktum att banker omfattas av sekretess beträffande sina kunder inte har betydelse för bedömningen av skyddet enligt artikel 8.1.

<sup>79</sup> Punkt 29.

<sup>80</sup> Det franska ordet ”domicile” ansågs ha en vidare betydelse än det engelska ”home”. Punkt 30.

<sup>81</sup> Hela detta stycke se punkt 30.

till juridiska personer utan, åtminstone bokstavligt, endast till fysiska personers affärslokaler.

Vad gäller bedömningen av om husrannsakan ändå var tillåten enligt artikel 8.2 ansågs den ha stöd i tysk lag och tjäna ett legitimt syfte, nämligen förebyggande av brott och skydd för andra personers fri- och rättigheter.<sup>82</sup> När det gäller det tredje kriteriet, nämligen om åtgärden är nödvändig i ett demokratiskt samhälle fann domstolen sig inte föranlåten att närmare gå in i denna bedömning. Domstolen gick i stället in på bedömning av om husrannsakan var proportionerlig. Domstolen bedömde att det brott som föranledde åtgärden knappast kunde anses som annat än mindre allvarligt. Vidare framhöll domstolen särskilt att den tyska domstolens medgivande till husrannsakan hade en mycket generell utformning och att åtgärden inkräktade på advokatsekretessen.<sup>83</sup> Här noterade domstolen att det vid husrannsakningar hos advokat i Tyskland inte krävdes några särskilda skyddsåtgärder för genomförandet, t.ex. i form en oberoende observatör. Domstolen fann att intrånget i advokatens sekretess var sådant att det var oproportionerligt.<sup>84</sup> Avgörandet kan läsas som att de tre kriterierna i artikel 8.2 var uppfyllda, men att åtgärden ändå inte ansågs förenlig med artikel 8 eftersom den var oproportionerlig.

Avgörandena i *Funke, Crémieux och Mialhe* avsåg husrannsakningar som vidtagits efter beslut av tullmyndighet med syfte att få fram uppgifter om personernas ekonomi och eventuella ekonomiska brottslighet.<sup>85</sup> Tullmyndighetens utrymme att besluta om husrannsakan och liknande åtgärder var mycket stort.<sup>86</sup> Godkännande av domstol krävdes inte och de villkor och begränsningar som gällde var så lösliga och ofullständiga att ingreppen i enskildas rätt inte kunde anses proportionerligt. De bristande rättssäkerhetsgarantierna vägde alltså tungt i proportionalitetsbedömningen.<sup>87</sup>

*Société Colas Est m.fl.* är ett av de viktigare avgörandena vad gäller konkurrensärenden.<sup>88</sup> I fallet slog Europadomstolen bl.a. fast att även juridiska personer skyddas av artikel 8. Husrannsakan genomfördes av franska konkurrensmyndigheten, utan beslut av domstol samt utan medgivande och utan

<sup>82</sup> Punkterna 34–36.

<sup>83</sup> Punkt 37.

<sup>84</sup> Punkt 37.

<sup>85</sup> *Funke, Crémieux och Mialhe* samtliga mot Frankrike och dom från 25 februari 1993.

<sup>86</sup> Danelius har beskrivit det som ”nästan fullständig frihet att bestämma om ingrepp av detta slag”. Danelius, s. 442.

<sup>87</sup> Se om fallen Danelius, s. 442.

<sup>88</sup> *Société Colas Est m.fl.* mot Frankrike, dom 16 april 2002, slutlig 16 juli 2002.



närvaro av polisbefäl, mot 56 bolag misstänkta att ingå i en anbudskartell, varav de i målet aktuella bolagen var tre.<sup>89</sup> Vid husrannsakingarna beslagtogs myndigheten dokument som indikerade en kartell, men dessa dokument fanns inte på den lista över dokument som åtgärden syftat till att komma över.<sup>90</sup>

Europadomstolen inledde domskälen med att konstatera att målet skiljer sig från *Funke, Crémieux och Miailhe* genom att det där inte var fråga om juridiska personer som hävdade sin rätt till respekt för ”hem” enligt artikel 8 i Konventionen. Domstolen går vidare och anger att Konventionen är ett levande instrument. Genom att bygga på vad den kallar en dynamisk tolkning av Konventionen kom domstolen fram till att det var dags att under vissa omständigheter tolka artikel 8 så att juridiska personer omfattas av dess skydd för lokaler, i form av huvudkontor, avdelningskontor och verksamhetsplats.<sup>91</sup> I målet var ostridigt att undersökningarna utgjorde överträdelser av bolagens rättigheter enligt artikel 8.1, men Frankrike gjorde gällande att skyddet för juridiska personer var mindre omfattande och att rätten till ingrepp enligt artikel 8.2 mycket väl kunde vara större för sådana.<sup>92</sup> Vidare gjorde Frankrike gällande att det inte var frågan om husrannsakingar utan om utövande av en generell rätt till inspektion.<sup>93</sup>

Europadomstolen fann att undersökningarna innebar intrång i bolagens ”hem” i den mening som termen har i artikel 8.1 och hade alltså att pröva huruvida kriterierna i artikel 8.2 var uppfyllda. Domstolen konstaterade att undantagen i artikel 8.2 ska tolkas snävt.<sup>94</sup> Vidare konstaterade domstolen att behovet av undantag ska vara övertygande visat i varje enskilt fall.<sup>95</sup> Domstolen fann att åtgärderna var i enlighet med lagen och att ingreppet var ägnat att tillgodose landets ekonomiska välstånd och att förebygga brott.<sup>96</sup> Återstod så för domstolen att pröva huruvida åtgärderna var nödvändiga i ett demokratiskt samhälle.<sup>97</sup> Domstolen slog härvid fast att intrånget i bolagens rätt till respekt för sina lokaler var motiverade för att förhindra att bevis försvann

<sup>89</sup> Punkt 10.

<sup>90</sup> Punkt 11.

<sup>91</sup> Punkt 41, se också Danelius, s. 440.

<sup>92</sup> Punkt 42.

<sup>93</sup> Den här frågan kunde möjligen vara av intresse i det här sammanhanget, men Europadomstolen fann det inte meningsfullt att pröva den, se punkt 46.

<sup>94</sup> Och hänvisar i punkt 47 till *Klass m.fl. mot Tyskland*, dom 6 september 1978.

<sup>95</sup> Här hänvisar domstolen i punkt 47 till *Funke, Crémieux och Miailhe*.

<sup>96</sup> Punkterna 43 och 44.

<sup>97</sup> Punkterna 45–49.

eller doldes, trots omfattningen av de vidtagna åtgärderna.<sup>98</sup> Domstolen fortsatte dock med att ange att lagstiftning och tillämpning måste ge effektiva och adekvata garantier mot missbruk samt att detta inte var fallet i målet. Domstolen framhöll här särskilt att myndigheten hade vidsträckta befogenheter som gav den behörighet att besluta om behovet av undersökningar samt också antalet, längden och omfattningen av sådana. Vidare framhöll domstolen att de aktuella undersökningarna vidtagits utan beslut av domstol och utan att något polisbefäl varit närvarande.<sup>99</sup>

Domstolen öppnade för att rätten till ingrepp är mer omfattande när det gäller juridiska personers affärslokaler.<sup>100</sup> Att rättssäkerheten inte ansågs fullt ut tillgodosedd på det sätt som redogjorts för fällde dock avgörandet vid den slutliga proportionalitetsbedömningen.<sup>101</sup> Konkurrensmyndighetens åtgärder ansågs alltså stå i strid med artikel 8 på grund av att de var oproportionerligt ingripande.<sup>102</sup>

### *Stadgan*

Redogörelsen för vad som gäller under stadgan tar sin början redan innan den antogs.<sup>103</sup> För att förstå rättsläget behöver man nämligen förstå rättsutvecklingen på området. Den är ett uttryck för samspelet mellan, å ena sidan, Europadomstolen och Konvention och, å andra sidan, EU-domstolen och Stadgan. Innan stadgan hade trätt i kraft hänvisade EU-domstolen på det här området till Konventionen och praxis från Europadomstolen samt till gemenskapens generella rättsprinciper. Därefter har hänvisningar allt mindre skett till Konventionen och allt mer till Stadgan och numera nästan uteslu-

<sup>98</sup> Punkt 48.

<sup>99</sup> Punkt 49.

<sup>100</sup> Här hänvisade domstolen *mutatis mutandis* till Niemietz, punkt 49.

<sup>101</sup> Domstolen uttryckte det så här: "the Court considers, having regard to the manner of proceeding outlined above, that the impugned operations in the competition field cannot be regarded as strictly proportionate to the legitimate aims pursued". Punkt 49. Avgörandet är refererat i Danelius, s. 442 f., och mer utförligt i Andersson, s. 207 ff.

<sup>102</sup> Punkt 50.

<sup>103</sup> Rätten till privatliv regleras i Stadgans artikel 7 och lyder, under rubriken Respekt för privatlivet och familjelivet, som följer: Var och en har rätt till respekt för sitt privatliv och familjeliv, sin bostad och sina kommunikationer.

tande till denna.<sup>104</sup> Europadomstolen hänvisade redan tidigare till avgöranden från EU-domstolen,<sup>105</sup> och hänvisar numera också till Stadgan.<sup>106</sup>

I avgörandet *National Panasonic*<sup>107</sup> öppnade EU-domstolen för möjligheten att Konventionens artikel 8 skulle vara tillämplig på juridiska personer.<sup>108</sup> EU-domstolen uttalade att i den mån artikeln är tillämplig på juridiska personer så är rättigheterna som ges genom artikeln inte absoluta.

Ett på många sätt viktigt avgörande är *Hoechst AG*,<sup>109</sup> som kom nästan tio år senare. Det har med rätta tolkats som att EU-domstolen bedömde att juridiska personer inte omfattades av artikel 8.<sup>110</sup> Domstolen var på intet sätt omedveten om avgörandet i *National Panasonic* utan hänvisade i domen flera gånger till detta.

Hoechst hade blivit föremål för en s.k. dawn raid (alltså en form av oannonserad platsundersökning) i ett konkurrensärende men vägrat släppa in konkurrensmyndigheten med hänvisning till att det var fråga om en rättsstridig husrannsakan. EU-domstolen uttalade att de bestämmelser som den tilltänkta åtgärden stödde sig på inte får ges en tolkning som är oförenlig med gemenskapsrättens allmänna principer och särskilt de grundläggande rättigheterna. Domstolen påpekade att enligt dess praxis utgör de grundläggande rättigheterna en del av de allmänna rättsprinciper som domstolen värnar. Domstolen framhöll att Konventionen härvidlag var av särskild betydelse. När det gäller de gemenskapsrättsliga principerna framhöll domstolen att det var en grundläggande rättighet att få sitt hem fredat, men att denna rättighet inte utsträcktes till företag.<sup>111</sup> Domstolen uttalade sig också om tillämpligheten av Konventionens artikel 8 och angav att artikelns skydd inte kan

<sup>104</sup> Andersson, s. 106 f. och 200.

<sup>105</sup> Se t.ex. *Société Colas Est* m.fl. punkterna 26 och 27.

<sup>106</sup> Andersson fotnot 383 med där angivna referenser.

<sup>107</sup> *National Panasonic* mot Kommissionen, mål 136/79.

<sup>108</sup> Helen Andersson beskriver det som att domstolen gjorde det med tvekan, Andersson, s. 194.

<sup>109</sup> *Hoechst AG* mot Kommissionen, förenade målen 46/87 och 227/88.

<sup>110</sup> Andersson, s. 196.

<sup>111</sup> Punkt 17 i domen: ”Det bör observeras att även om sökanden åberopar de rättigheter som följer av den grundläggande rätten att få ha sitt hem fredat och att denna ingår i gemenskapens rättsordning som en för medlemsstaterna gemensam princip, så är detta inte fallet i fråga om företag. Nämda princip gäller endast fysiska personers privatbostäder. Medlemsstaternas rättssystem uppvisar nämligen icke oväsentliga olikheter i fråga om naturen och graden av det skydd som affärslokaler åtnjuter mot ingripande av offentliga myndigheter.”

utsträckas till affärslokaler.<sup>112</sup> Bokstavligt uttalar sig domstolen alltså endast om affärslokaler, men eftersom juridiska personer inte kan ha en bostad så blir det väl ingen skillnad i detta avseende.

Därefter övergick domstolen till den allmänna gemenskapsrättsliga principen att ingripanden av offentliga organ på fysiska och juridiska personers privata områden måste ha stöd i lag och kunna motiveras med i lag angivna skäl vilket ger skydd mot godtyckliga och oproportionerliga ingripanden.<sup>113</sup> Domstolen prövade därefter arten och omfattningen av kommissionens undersökningsbefogenheter i ljuset av de nämnda allmänna gemenskapsrättsliga principerna. Ingen av de invändningar som riktats mot undersökningsbeslutet godtogs.<sup>114</sup>

I ett avgörande kort efter Hoechst bekräftade domstolen att den grundläggande rättigheten att få sitt hem fredat, inte utsträcktes till företag.<sup>115</sup> Under många år förblev detta EU-domstolens uppfattning.<sup>116</sup>

Genom domen i *Roquette Frères* meddelad under år 2002 ändrades emellertid detta.<sup>117</sup> Målet gällde en oannonserad platsundersökning i ett konkurrensärende.<sup>118</sup> I domen upprepades uttalandet från Hoechst rörande den allmänna gemenskapsrättsliga principen om skydd mot godtyckliga eller oproportionerliga ingripanden från det allmänna i en fysisk eller juridisk persons privata verksamhetsfär.<sup>119</sup> Domstolen gick emellertid längre i detta fall och beaktade den utveckling i Europadomstolens rättspraxis, efter Hoechst, som tillerkände även juridiska personer skydd enligt artikel 8 i Konventionen. Domstolen konstaterade att av denna rättspraxis framgår för det första att skyddet för hemmet under vissa omständigheter kan utsträckas till att omfatta lokaler.<sup>120</sup> För det andra anger domstolen att det av denna

<sup>112</sup> ”Ingen annan slutsats kan dras av artikel 8.1 i den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter som stadgar att ”envar har rätt till skydd för sitt privatliv och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens”. Det skydd som artikeln ger, omfattar människors personliga frihet, varför artikelns tillämpningsområde inte kan utsträckas till att omfatta affärslokaler. Det bör vidare påpekas att det saknas praxis från Europadomstolen i frågan.”

<sup>113</sup> Punkt 19 i domen.

<sup>114</sup> Avgörandet är refererat och kommenterat av Helen Anderson, Andersson, s. 195 f.

<sup>115</sup> Dow Chemical Ibérica SA m.fl. mot Kommissionen, förenade målen 97 till 99/87.

<sup>116</sup> Andersson, s. 196.

<sup>117</sup> Mål C-94/00 *Roquette Frères SA* mot Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

<sup>118</sup> Rent konkret gällde målet franska myndigheters medverkan i Kommissionens oannonserade platsundersökning, vilket komplicerar saken en del.

<sup>119</sup> Punkt 27.

<sup>120</sup> EU-domstolen hänvisar här bl.a. till vid tiden alldeles färsk domen i målet *Colas Est* m.fl.

rättspraxis framgår att den rätt att ingripa som är tillåten enligt artikel 8.2 i Konventionen mycket väl skulle kunna vara mer långtgående när det gäller näringsverksamhet eller näringslokaler än i andra fall.<sup>121</sup>

Vad kan vi lära från denna begränsade genomgång av praxis om rätten till skydd för privatlivet? En första observation – som på intet sätt är originell utan tvärtom möter de flesta som studerar europeiskt rättighetstänkande – är att det europeiska rättighetskyddet och domstolarnas sätt att resonera kring det skiljer sig betydligt från svensk lagstiftning och svenska domstolars traditionella arbetsmetoder. Tonvikten vid skälighetsbedömningar grundade i generella rättsprinciper och proportionalitet är slående.

Även om den övervägande delen av den här artikeln behandlar specifika bestämmelser i Konvention och Stadga så finns alltid i bakgrunden generella rättsprinciper – särskilt framträdande här är unionsrättens principer och proportionalitetskravet. Närmare bestämt i detta sammanhang är det kraven på att oannonserade platsundersökningar inte får vidtas godtyckligt eller vara oproportionerligt ingripande som är särskilt framträdande. EU-domstolen har framhållit att det härvid ska göras en åtskillnad mellan prövningen av att de planerade åtgärderna inte är godtyckliga och prövningen av att de står i proportion till föremålet för undersökningen.<sup>122</sup> Unionsrättens krav innebär vidare skyldighet att i varje enskilt fall konkret fastställa att den planerade åtgärden inte är godtycklig eller oproportionerlig i förhållande till föremålet för undersökningen.<sup>123</sup> En första generell och föga förvånande slutsats kan därmed anses vara att oannonserade platsundersökningar inte får vidtas godtyckligt och inte heller får vara oproportionerligt ingripande.

### *Juridiska personers skydd*

En lärdom som kan dras av praxis är att banker som juridiska personer omfattas av såväl Konventionens som Stadgans skydd. Vad gäller vissa delar av rättsakternas skydd har detta alltid varit odiskutabelt, men när det gäller skydd för privatlivet har detta som nyss visats utvecklats genom praxis. Skyddet enligt Konventionens artikel 8 har utsträckts även till en juridisk persons lokaler, i form av huvudkontor, avdelningskontor och verksamhetsplats.<sup>124</sup> Som framgått behöver skyddet som Konvention och Stadga skänker dock

<sup>121</sup> EU-domstolen hänvisar här till Europadomstolens dom Niemietz.

<sup>122</sup> Roquette Frères, punkt 53.

<sup>123</sup> Se Europadomstolens domar i målen Funke, Camenzind mot Schweiz, dom 16 december 1997, och Colas Est m.fl.

<sup>124</sup> Société Colas Est m.fl.

inte nödvändigtvis vara lika långtgående vad gäller juridiska personer som det som gäller för fysiska personer.

### Oannonserade platsundersökningar i ljuset av Konventionens artikel 8

Här nedan ska ytterligt kort diskuteras hur en prövning av en oannonserad platsundersökning gentemot Konventionens artikel 8 kan tänkas se ut. Genomgången blir orealistisk i så måtto att inga närmare omständigheter för undersökningen anges, t.ex. i form av syftet med den eller vilka åtgärder som vidtagits, men den tjänar som en inledning till nästa avsnitt där en djupare analys vidtar.<sup>125</sup>

Om oannonserade platsundersökningar skulle förekomma i privatpersoners bostäder skulle de utan tvekan utgöra ingrepp i rätten till respekt för hemmet och privatlivet enligt Konventionens artikel 8:1.<sup>126</sup> Som nämnts strax ovan har Konventionens skydd utökats till juridiska personer. En oannonserad platsundersökning i en bank måste för att vara i enlighet med Konventionen därmed uppfylla kraven i artikel 8:2.<sup>127</sup>

När det gäller det första kravet på att ingreppet måste vara lagligt kan konstateras att bestämmelsen om platsundersökningar i BFRL är mycket allmänt formulerad. När det gäller telefonavlyssning och buggning finns en rad avgöranden från Europadomstolen som behandlar kravet på lagstöd och närmare bestämt kravet på precision och förutsebarhet. I avgörandena godtas inte ingrepp i den skyddade rättigheten om bestämmelserna som reglerar ingreppen är oprecisa, ordvändningar som ”dunkla och kan tolkas på olika sätt”<sup>128</sup> och ”mycket allmänt utformade”<sup>129</sup> används av Europadomstolen. Domstolen anger också att eftersom telefonavlyssning är ett allvarligt

<sup>125</sup> Eftersom det som ska bedömas av en svensk domstol, EU-domstolen eller Europadomstolen är en faktiskt vidtagen åtgärd sedd mot den föreliggande situationen, blir diskussionen i hög grad torrsim. Fråga vid en domstolsprövning är alltså om att bedöma om en företagen oannonserad platsundersökning utförd på ett visst sätt och i en viss kontext står i överensstämmelse med gällande rätt. I en sådan prövning kan det i och för sig bli fråga om att pröva reglernas utformning, men det är inte fråga om en abstrakt normprövning utan anknytning till något konkret fall. För svensk del se här 11 kap. 14 § regeringsformen.

<sup>126</sup> Terminologin skulle då sannolikt vara husrannsakingar.

<sup>127</sup> Det gäller naturligtvis också annonserade platsundersökningar och andra liknande åtgärder.

<sup>128</sup> Malone mot Förenade kungariket.

<sup>129</sup> Amann mot Schweiz, dom 16 februari 2000.

ingrepp i privatliv och korrespondens så är det viktigt att reglerna är klara och detaljerade.<sup>130</sup>

Det är ganska lätt att konstatera att den svenska bestämmelsen som tillåter undersökningar i banker är allmänt hållen och därigenom kan anses otillräckligt precis för att reglera en så pass ingripande åtgärd som oannonserade platsundersökningar (se även nedan under rubriken *Skyldighet att hjälpa till?*). Avgörande för bedömningen synes vara vilken betydelse som tillmätts att banker av samhällsskäl omfattas av en särskild regleringsregim samt hur omfattande ingreppet som en följd av detta anses vara i privatlivet. Fallen rörande telefonavlyssning gällde privatpersoner vilka inte var underkastade en särskild regleringsregim och det kan vara äventyrligt att dra alltför långtgående paralleller.

En del i bedömningen av om en oannonserad platsundersökning är förenlig med Konventionen är vilka rättsskyddsgarantier som omgärdar åtgärden. Frågan om huruvida en husrannsakan är förenlig med Konventionen eller inte är till viss del beroende av om den grundas på ett domstolsbeslut eller om detta i stället kompenseras med en möjlighet att i efterhand få lagligheten prövad. Fall där det varken funnits tillstånd av domstol eller möjlighet att i efterhand få åtgärden prövad har befunnits strida mot Konventionen.<sup>131</sup> Härav bör kunna dras slutsatsen att dessa faktorer har betydelse även för bedömningen av oannonserade platsundersökningars förenlighet med Konventionen (se vidare nedan under rubriken *Ex ante tillstånd eller ex post utvärdering?*).

Slutligen ska en proportionalitetsbedömning företas. Det är svårt att helt skilja frågan huruvida tillräckliga rättssäkerhetsgarantier föreligger från den allmänna proportionalitetsbedömningen. Rättssäkerhetsgarantierna förefaller, åtminstone ibland, vägas in i proportionalitetsbedömningen.

Det finns många fall där en proportionalitetsbedömning varit avgörande för en åtgärds förenlighet med artikel 8. Några exempel som kan illustrera Europadomstolen sätt att resonera har givits ovan, men bilden blir långtifrån heltäckande.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Kruslin och Huvig, båda mot Frankrike, dom 24 april 1990. Se en koncentrerad genomgång av domarna i Danelius, s. 434.

<sup>131</sup> Se ovan, men också Işildak mot Turkiet, dom 30 september 2008, samt Danelius s. 440.

<sup>132</sup> Danelius går igenom flera fall i avsnitt 16.3, s. 440 ff.

## Några ytterligare frågor

Här kan av utrymmesskäl inte bli fråga om någon fullständig genomgång av alla de frågor som mer eller mindre direkt aktualiseras av oannonserade platsundersökningar. Valet faller därför på att välja ut några områden som kan tänkas vara av större generellt intresse.<sup>133</sup> Som nämndes inledningsvis är förhoppningen att en del av resonemangen rörande oannonserade platsundersökningar kan tjäna som vägledning för bedömningen även av andra tillsynsåtgärder.

## Anklagelser för brott – och lite om tolkning

Frågan huruvida överträdelse av BFRL ska betraktas som brott i Konventionens mening (eller egentligen om det är fråga om administrativa sanktioner av straffrättslig karaktär)<sup>134</sup> har som antytts betydelse även i de här sammanhangen, dels för att svaret har betydelse för bedömningen av oannonserade platsundersökningar, dels för att frågan i sig visar hur komplex tolkningen av Konventionen är.<sup>135</sup> Här måste nämnas att den här frågan inte är avgörande för en bedömning enligt Stadgan. Där är rätten till en rättvis rättegång oberoende av hur överträdelsen kategoriseras.<sup>136</sup>

Den som endast läser innantill i Konventionens text får en ganska dålig bild av hur dess skydd är utformat. När det gäller det skydd som ges av artikel 6 ger konventionstexten intrycket av att skyddet är likadant för civila rättigheter som för anklagelser om brott. Så är emellertid inte fallet. Skyddsnivån är högre om det är fråga om en anklagelse om brott.<sup>137</sup> För att ytterligare komplicera bilden använder sig domstolen av något olika kriterier för att avgöra vad som är anklagelser om brott.<sup>138</sup> Därutöver har domstolen också

<sup>133</sup> Bland de områden som inte behandlas kan nämnas de unionsrättsliga skyddsreglerna till förmån för företag som är föremål för undersökningar som ger rätt till juridiskt biträde och sekretess för kommunikation mellan advokat och klient.

<sup>134</sup> Se för terminologin t.ex. Danelius s. 175 ff. och Schmauch s. 74.

<sup>135</sup> Det är frustrerande att det inte går att fånga komplexiteten i bedömningarna i hela dess vidd i en artikel som den här – trots att den är alldeles för lång.

<sup>136</sup> Stadgans artikel 47.1 anger att var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol. Artikel 47.2 anger att var och en har rätt att få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag.

<sup>137</sup> Andersson, s. 171.

<sup>138</sup> Se det grundläggande och fortfarande aktuella Engel m.fl. mot Nederländerna, dom 8 juni 1976 som dock modifieras något i fallet Bendenoun mot Frankrike, dom 24 februari 1994.



utvecklat en praxis som innebär att det finns en hård kärna av brottmål, där en högre skyddsnivå är tillämplig, samt en grupp brottsanklagelser som inte ger samma höga skyddsnivå (administrativa sanktioner av straffrättslig karaktär).<sup>139</sup> Praxis har alltså i betydande mån utvecklat vad som omedelbart följer av konventionstexten och det är omöjligt att bilda sig en uppfattning om Konventionens skydd utan studier av praxis och doktrin. Till svårigheterna kommer också att domstolens praxis är ganska spretig, så även om man hittar ett enstaka fall som tycks passa in på sin egen frågeställning så gäller det att vara försiktig och sätta in det i sitt sammanhang.<sup>140</sup>

Brottskriterierna är intressanta inte endast för att beskriva utvecklingen under Konventionen utan också för att påvisa skillnader mellan Konventionen och Stadgan. I konkurrensärenden har Europadomstolen klart slagit fast att sådana hänför sig till den yttre cirkeln av brottmål, med det skydd som detta medför. I ett relativt färskt fall hänvisar EU-domstolen inte alls till Konventionen och den praxis som utvecklats kring den utan hänför sig till den allmänna principen i EU-rätt om effektivt judiciellt skydd som uttalats i Stadgans artikel 47.<sup>141</sup>

Frågan om överträdelser av BFRL är att anses som brott, och i så fall vilken skyddsnivå detta ger, har primärt betydelse för vilka rättssäkerhetsgarantier som krävs, t.ex. vad avser rätten att inte belasta sig själv.

Slutligen ska en närmast personlig reflektion vad gäller sanktioner göras. Det har alltså betydelse för vilken skyddsnivå som Konventionen ger huruvida de sanktioner som kan följa på överträdelser av den lagstiftning som gäller bedöms enligt Konvention vara av straffrättslig karaktär eller inte. Vilken skyddsnivå som finns vid oannonserade platsundersökningar är alltså beroende av vilka sanktioner som kan följa om banken i fråga inte medverkar på ett lagenligt sätt. Frågeställningen är central, men behandlas inte på djupet här. Något ska dock sägas. För att bedriva bankverksamhet fordras tillstånd. Processen för beviljande av tillstånd är omfattande och kräver att den tilltänkta banken lämnar betydande mängder information om den tilltänkta rörelsen samt om andra omständigheter såsom t.ex. ägare och ledning.

<sup>139</sup> Se t.ex. *Bendenoun och Janosevic mot Sverige*, dom 23 juli 2002, samt *A. Menarini Diagnostics S.R.L. mot Italien*, dom 27 september 2018.

<sup>140</sup> Det här verkar vara en observation med generell giltighet. Europadomstolens praxis är mycket omfattande och risken att misstolka Konventionens skydd är betydande om man inte har överblick utan förlitar sig på enstaka avgöranden.

<sup>141</sup> Se ovan om artikel 47 samt målen C-386/10 P *Chalkor mot Kommissionen*, och C-389/10 P *KME Germany AG mot Kommissionen*.

Beviljat tillstånd innebär att banken i fråga får bedriva bankrörelse under förutsättning att den underkastar sig den gällande regleringsregimen. Det är närmast en logisk nödvändighet att den bank som inte längre uppfyller kraven för tillstånd eller som bryter mot regleringsregimens krav inte längre ska få ha sådant. Tillstånd måste rimligen få återkallas, om än med iakttagande av rättssäkerhetens krav. Enligt min mening är det mot denna bakgrund som sanktioner mot banker ska ses. Av flera skäl förefaller det som en olämplig ordning att det endast skulle finnas en följd av bankers misskötsel, nämligen återkallelse av tillstånd. Ett sådant skäl är att det skulle riskera att skapa en olämplig ordning med informella tillrättavisningar för mindre allvarliga överträdelser utan någon som helst rättssäkerhet. Ur detta perspektiv framstår det som olyckligt att jämställa de mindre allvarliga ingripanden än återkallelse som står till buds med straffsanktioner i Konventionens mening.<sup>142</sup>

### Rätten att inte belasta sig själv – och lite mer om tolkning

En rättsfigur som vid första anblick ser ut att ha betydande intresse för såväl oannonserade platsundersökningar som tillsynsverksamhet i allmänhet är rätten att inte belasta sig själv.<sup>143</sup> Rätten att inte belasta sig själv gränsar också till en eventuell skyldighet att hjälpa till vid en oannonserad platsundersökning (som behandlas i nästa avsnitt).

Kärnan i rättsfiguren är att den som är misstänkt för brott ska ha rätt att vara tyst och inte heller på något sätt behöva underlätta åklagarens arbete. Skulle banker ha rätt att vägra lämna upplysningar om sin verksamhet för det fall de riskerar att drabbas av sanktioner skulle detta ha omvälvande konsekvenser inte bara för genomförandet av platsundersökningar utan för all tillsynsverksamhet.

Europadomstolen har uttalat att rätten att inte belasta sig själv i första hand avser en rätt för en misstänkt att tåga. Den omfattar inte användning av bevisning som i och för sig har tvingats fram men vars förekomst inte är avhängig den misstänktes vilja, t.ex. dokument men även andedräkt, blod och vävnad för dna-test. Vidare kan en intresseavvägning behöva göras. I

<sup>142</sup> Stöd för det här sättet att resonera finns i svenska förarbeten, t.ex. prop. 2016/17:22 s. 206, men det finns exempel på motsatta resonemang också, se t.ex. Finansdepartementets promemoria Kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om referensvärden (Fi2018/00561/V).

<sup>143</sup> Rätten att inte belasta sig själv kommer inte till uttryck direkt i vare sig Konvention eller Stadga. Vad gäller Konventionen anses principen ingå i begreppet rättvis rättegång som följer av artikel 6, Danelius, s. 299.

bedömningen av om staten har gått för långt i sina åtgärder fäster domstolen särskild vikt vid karaktären och graden av det tvång som staten har använt för att tvinga fram en uppgift och rättssäkerheten i förfarandet samt användningen av de uppgifter som har tvingats fram.<sup>144</sup>

Som redan noterats kan skyddet enligt Konvention och unionsrätt tolkad med bakgrund i Stadgan skilja sig åt på vissa punkter. Vid en jämförelse med konkurrensområdet kan ifrågasättas om inte skyddet vad gäller självbelastning enligt unionsrätten är mindre långtgående än vad som följer av Konventionen. Enligt unionsrätten finns nämligen på konkurrensområdet till och med i vissa situationer en skyldighet att samarbeta aktivt genom att svara på frågor samt sammanställa och bearbeta information som ska överlämnas.<sup>145</sup> EU-domstolen har uttalat att kommissionens vidsträckta befogenheter på området syftar till att kommissionen ska kunna fullgöra sin uppgift att upprätthålla konkurrensen och konkurrensreglerna. En uppgift som tilldelats kommissionen genom EUF-fördraget. Vissa begränsningar i kommissionens befogenheter att företa undersökningar har dock ansetts nödvändiga för att tillgodose behovet av att skydda företagets rätt att inte belasta sig själva.<sup>146</sup> Vid bedömningen är domstolen naturligtvis medveten om att sådana uppgifter och handlingar kan användas av kommissionen för att bevisa att företaget deltagit i konkurrensbegränsande beteenden.

Även om det skulle vara så att Konventionens skydd på det här området är mer långtgående än Stadgans finns skäl att ifrågasätta hur långtgående skyddet mot att inte behöva belasta sig själv är vad gäller banker. Den slutsatsen grundas på flera observationer. Den första är att det får betraktas som osäkert i vilken mån de sanktioner som kan drabba banker för bristande regelefterlevnad är av sådan straffrättslig karaktär att rätten att inte belasta sig själv över huvud taget aktualiseras. För det andra är rättens närmare omfattning något osäker i kanterna. För det tredje är det osäkert i vilken mån rätten gäller för juridiska personer eller om den ens över huvud taget omfattar sådana.<sup>147</sup> Till detta kommer den allmänna dimensionen av osäkerhet när det gäller företag underkastade en särskild regleringsregim. Se det ovan nämnda avgörandet

<sup>144</sup> Se t.ex. Jalloh mot Tyskland, dom den 11 juli 2006, och O'Halloran och Francis.

<sup>145</sup> Se Andersson, s. 341 och t.ex. målen 374/87 Orkem mot Kommissionen, p. 27, och C-301/04 P SGL Carbon AG mot Kommissionen, p. 29–49.

<sup>146</sup> Detta innebär t.ex. att personal inte behöver besvara ledande frågor eller underkasta sig förhör. Se t.ex. dom i mål T-112/98 Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommissionen, p. 62.

<sup>147</sup> För den första frågan, se Andersson s. 324 med vidare referens.

som har bäring både på självbelastning och den vidare frågan om betydelsen av att lyda under en särskild regleringsregim.<sup>148</sup>

En bedömning som gjorts på ett närliggande område kan ha betydelse för bedömningen av rättsläget. Det gäller den så kallade oskuldspresumtionen. I fråga om den har unionslagstiftaren uttryckligen förklarat att Konventionens definition av straffrättsliga förfaranden inte ska vara tillämplig när det gäller tillsyn på finansmarknaden inom unionen. Av direktivet om oskuldspresumtionen framgår att det ska vara tillämpligt endast på straffrättsliga förfaranden som de tolkats av EU-domstolen (utan att det ska påverka tillämpningen av rättspraxis i Europadomstolen).<sup>149</sup> Av skälen framgår vidare att direktivet inte ska tillämpas på administrativa förfaranden inom finansmarknadsområdet även om de kan leda till sanktioner.<sup>150</sup>

Sammanfattningsvis kan sägas att rätten att inte belasta sig själv sannolikt har ganska liten eller ingen påverkan på möjligheten att företa och genomföra oannonserade platsundersökningar. Och detta oavsett om det är Konventionen eller Stadgan som tillämpas. Att det skulle finnas någon långtgående möjlighet för en bank att vägra lämna uppgifter till Finansinspektionen får anses uteslutet. Tvärtom, från paralleller till konkurrensrättens område kan man dra slutsatsen att den allmänna skyldigheten att vara tillsynsmyndigheten behjälplig gäller mer eller mindre oinskränkt.

### Skyldighet att hjälpa till?

En fråga som är av praktisk betydelse men också är rättligt intressant är om det finns en skyldighet att hjälpa till vid en platsundersökning. Och om en sådan skyldighet föreligger blir frågan hur långt den sträcker sig. Bestämmelsen om platsundersökningar är formulerad som att Finansinspektionen har rätt att genomföra undersökningar hos banker (se ovan). Men vad betyder

<sup>148</sup> O'Halloran och Francis. Behandlad ovan.

<sup>149</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/343 av den 9 mars 2016 om förstärkning av vissa aspekter av oskuldspresumtionen och av rätten att närvara vid rättegången i straffrättsliga förfaranden.

<sup>150</sup> Skäl 11 lyder: Detta direktiv bör tillämpas endast på straffrättsliga förfaranden, enligt den tolkning som gjorts av Europeiska unionens domstol (nedan kallad domstolen), utan att det påverkar tillämpning av rättspraxis i Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen). Detta direktiv bör inte tillämpas på civilrättsliga förfaranden eller på administrativa förfaranden, inbegripet administrativa förfaranden som kan leda till sanktioner, såsom förfaranden rörande konkurrens, handel, finansiella tjänster, vägtrafik, skatter eller skattetillägg, och utredningar som administrativa myndigheter utför i samband med sådana förfaranden.

det konkret? Redan den enkla frågan om personalen måste öppna dörren när inspektionen knackar på visar frågans relevans och svårhet.<sup>151</sup> Av konkurrensärenden kan man vidare lära att assistans är nödvändig, eftersom tillgång till datasystem genom drivrutiner och lösenord är avgörande för om en platsundersökning i sådana ärenden ska bli lyckad.

Ytterst blir frågan om den bank som vägrar medverka vid en oannonserad platsundersökning riskerar en sanktion.

Ett sätt att se på saken är att en bank inte kan vägra hjälpa till vid genomförandet av en oannonserad platsundersökning eftersom det finns en allmän skyldighet för banker (som följer av regleringsregimen och närmare bestämt tillståndsplikten och tillsynen) att vara helt öppen och tillmötesgående mot inspektionen. På ett generellt plan skulle argumentet vara att utan en sådan öppenhet skulle det inte vara möjligt att tillåta bankrörelse. Att lagstiftaren är inne på denna linje framgår av bestämmelsen om genomlysbarhet i BFRL som anger att en banks rörelse ska organiseras och drivas på ett sådant sätt att dess struktur, förbindelser med andra företag och ställning kan överblickas.<sup>152</sup>

Vid bedömningen av om en vägran att hjälpa till vid en oannonserad platsundersökning ska föranleda en sanktion gäller dock legalitetsprincipen. Ställd på sin spets blir frågan om rätten för inspektionen att genomföra undersökningar innebär en lagenlig skyldighet för banken att hjälpa till eller åtminstone att inte förhindra sådana.<sup>153</sup> Enligt min mening ska frågan tolkas kontextuellt.<sup>154</sup> Dels mot bakgrund av den allmänna skyldighet som kan anses följa av den gällande regleringsregimen behandlad i föregående stycke. Dels mot den mer precisa bestämmelse i BFRL som anger att banker ska

<sup>151</sup> Gränsen mellan vad det innebär att vara ”inte behjälplig” vid en platsundersökning och att förhindra eller sabotera en sådan är svår att dra. Att inte öppna dörren när inspektionen knackar på innebär att banken inte hjälper till men om det finns möjlighet att öppna dörren också att den förhindrar undersökningen.

<sup>152</sup> 6 kap. 3 § BFRL.

<sup>153</sup> Finns en lagenlig skyldighet är denna sanktionerad enligt 15 kap. 1 § BFRL.

<sup>154</sup> Att detta inte är främmande för Europadomstolen framgår t.ex. av fallen C.R. och S.W. mot Förenade Kungariket, båda domarna från den 22 november 1995. Männen dömdes för våldtäkt på sina fruar trots att detta inte tidigare varit straffbelagt. Europadomstolen framhöll att det trots kravet på förutsebarhet i artikel 7 måste finnas utrymme för ny rättstillämpning och anpassning till ändrade förhållanden. En utveckling genom praxis ansågs inte strida mot artikel 7, så länge tolkningen höll sig inom ramen för vad som är det väsentliga innehållet i det straffbelagda handlandet och tolkningen var i rimlig mån förutsebar. Enligt Europadomstolen kunde man på rimliga grunder förutse att den traditionella ståndpunkten i engelsk rätt, enligt vilken våldtäkt var straffbar endast utanför äktenskapet, skulle komma att överges.

lämna Finansinspektionen de upplysningar om sin verksamhet och därmed sammanhängande omständigheter som inspektionen begär.<sup>155</sup> Tillsammans ger dessa tolkningsdata på olika nivåer goda skäl att tolka regleringen som att det finns en sanktionerad skyldighet för banker att vara behjälpliga vid oannonserade platsundersökningar. En vägran att delta innebär således att banken i fråga riskerar en sanktion och slutligen indraget tillstånd.

I resonemanget ovan är det en faktor som inte beaktats, nämligen om syftet med den oannonserade platsundersökningen har någon betydelse. Detta skulle kunna vara en relevant fråga, men är det knappast vad gäller svenska banker i dagsläget.<sup>156</sup> En utblick mot konkurrensrätten kan här vara intressant.

Att jämföra hur det allmänna ska behandla företag i allmänhet jämfört med sådana under en särskild regleringsregim ger betydande utmaningar. En svårighet vid jämförelsen med andra regleringar har just på konkurrensrättens område mildrats genom bestämmelser i EU-rätten. Normalt har företagen ingen skyldighet att samarbeta med staten eller EU, men en sådan skyldighet har införts på konkurrensrättens område. Enligt EU-rätten har nämligen företag som blir utsatta för en platsundersökning skyldighet att samarbeta med undersökarna, det vill säga kommissionens tjänstemän.<sup>157</sup>

I konkurrensärenden bedömda enligt unionsrätten görs viss skillnad mellan ett företags skyldighet att tåla åtgärder vid inspektioner och skyldigheten att aktivt hjälpa till vid undersökningen. Skiljelinjen bestäms av undersökningens omfattning. Skyldigheten att vara behjälplig genom att tillhandahålla uppgifter och så vidare bestäms av hur beslutet om undersökningen är utformat. Rör undersökningen endast en sektor, t.ex. elektriska kablar, begränsas företagets skyldighet att vara aktivt behjälpligt sålunda till uppgifter rörande endast denna sektor. Undantag gäller dock för en generell skyl-

<sup>155</sup> 13 kap. 3 § BFRL.

<sup>156</sup> En tolkning i linje med detta vad gäller sekretessbelagda uppgifter framför av Per-Ola Jansson. Han anger att det visserligen finns en begränsning i Finansinspektionens rätt till upplysningar i att de måste ha ett samband med myndighetens uppgift, men att det är inspektionen som avgör vad som är av betydelse för tillsynen. Jansson, P.-O. (2010) Banksekretess och annan finansiell sekretess, s. 135 f. – Om Finansinspektionen frivilligt anger ett syfte med en planerad oannonserad platsundersökning eller om en framtida lagändring tvingar inspektionen att ange ett syfte skulle en bank möjligen kunna neka biträde om de anser att syftet inte kan uppfyllas genom en oannonserad platsundersökning eller om en sådan är oproportionerlig.

<sup>157</sup> Förordning 1/2003.

dighet att ge tillgång till företagets datorsystem.<sup>158</sup> Genom dessa skyldigheter är praxis från konkurrensrätt mer relevant för jämförelser med banker.

### **Ex ante tillstånd eller ex post utvärdering?**

En fråga som osökt inställer sig är om det behövs tillstånd från domstol eller möjligen annat oberoende organ för att en oannonserad platsundersökning ska vara i enlighet med Konventionen.<sup>159</sup> Svaret på denna fråga verkar ganska entydigt vara nej. Inte ens hos fysiska personer som inte står under tillsyn är det i konkurrensrätt nödvändigt med tillstånd i förväg. Så långt är det ganska lätt att uttala sig om rättsläget. Att det inte är absolut nödvändigt med tillstånd på förhand ska dock inte tas som intäkt för att det inte kan behövas under vissa omständigheter. Det beror på vilka rättssäkerhetsgarantier i övrigt som är förenade med förfarandet. Det är nämligen möjligheten till utvärdering och överprövning i efterhand som kan väga upp avsaknaden av tillstånd ex ante. Även andra rättssäkerhetsgarantier verkar kunna spela in vid bedömningen.<sup>160</sup>

I centrum för bedömningen står kravet på rättvis rättegång enligt artikel 6 och det krav på att förfarandet som följer av artikel 8.2. Det sistnämnda kravet innebär att det ska finnas processuella regler som gör förfarandet förutsebart och proportionerligt.<sup>161</sup>

Vad gäller konkurrensrätt ägnas ganska mycket energi åt att diskutera uppdelningen mellan själva beslutet att genomföra en platsundersökning och de faktiska åtgärder som vidtas vid undersökningen. Här finns knappast anledning att gå in på denna fråga eftersom proceduren (eller kanske snarare bristen på procedur) för oannonserade platsundersökningar inte innehåller krav på explicita beslut. Vid en av Finansinspektionens oannonserade platsundersökningar skulle inspektionen själv besluta att företa en sådan och själv vidta åtgärderna som innebär att den genomförs.<sup>162</sup>

Det viktiga för Europadomstolens bedömning torde vara att förfarandet som kringgärdar oannonserade platsundersökningar i sin helhet ger tillräck-

<sup>158</sup> Andersson, s. 277.

<sup>159</sup> Det unionsrättsliga systemet inklusive Stadgan kan i det här avseendet tänkas ge ett sämre skydd och behandlas därför inte här. Helen Andersson ger en fin bild av hur unionsrätten på konkurrensområdet riskerar att inte uppfylla Konventionens krav, Andersson, kapitel 13 och särskilt dess sammanfattning i avsnitt 13.3.

<sup>160</sup> Andersson, s. 215.

<sup>161</sup> Ingreppet får inte vara ”arbitrary or disproportionate”.

<sup>162</sup> Här bortses från eventuell möjlighet att få hjälp av kronofogde och polis.

liga rättssäkerhetsgarantier. I några avgöranden främst gällande fransk lagstiftning har Europadomstolen slagit fast att företag som drabbas av platsundersökningar har rätt till granskning inte enbart av beslutet om att företa en sådan utan också av vidtagna åtgärder.<sup>163</sup> Förfarandet som kringgärdar platsundersökningar måste garantera företagen en effektiv granskning av åtgärden inom rimlig tid.<sup>164</sup> Bristande granskning ex post aktualiserar både artikel 6 och 8.

I vilken mån det ur Konventionens och Stadgans perspektiv är nödvändigt att en bank som blivit föremål för en oannonserad platsundersökning kan få åtgärderna som vidtagits granskade av domstol eller liknande organ är svårt att svara på. Hade det varit fråga om en åtgärd företagen mot en fysisk person som inte står under tillsyn hade säkerligen de rättssäkerhetsgarantier som ställts upp av Europadomstolen varit mycket stränga. Den avgörande frågan blir hur mycket bedömningen avviker vad gäller banker som alltså är juridiska personer som dessutom är underkastade en särskild regleringsregim. Bedömningen av dessa två faktorerers relevans synes avgöranden för rättsläget. I synnerhet den sistnämnda faktorn känns som ett mycket osäkert kort.

Relevansen av den bedömning som behandlas i föregående stycke, nämligen kravet på möjlighet till rättslig prövning enligt Konvention och Stadga, kan diskuteras genom att den nya förvaltningslagen innehåller klagande regler om rätten att överklaga beslut inom svensk förvaltning. I förvaltningslagen anges att beslut som kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt får överklagas.<sup>165</sup> När möjligheten att få beslut om samt åtgärder vidtagna vid oannonserade platsundersökningar rättsligt prövade blir det primärt denna bestämmelse som ska tillämpas.

<sup>163</sup> Ett av fallen gällde ett skatteförfarande, *Ravon mot Frankrike*, dom 21 februari 2008, medan de andra tre gällde konkurrens mål, *Primagaz mot Frankrike*, dom 21 december 2010, *Canal Plus m.fl. mot Frankrike*, dom 21 december 2010, *Vinci Construction mot Frankrike*, dom 2 april 2015. Domarna finns endast på franska och jag har därför huvudsakligen förlitat mig på Helen Anderssons samt i viss mån Hans Danelius framställningar rörande dem, Andersson s. 377 ff. och Danelius s. 442.

<sup>164</sup> Helen Andersson gör denna bedömning och hon stöder sig på fallen nämnda i föregående not.

<sup>165</sup> 41 § förvaltningslagen.



## Avslutning

En fråga som osökt inställer sig är om den svenska lagstiftningen om oannonserade platsundersökningar bör ändras. Det vida mandat som lagens utformning ger Finansinspektionen och de tolkningsoperationer som behövs för att komma fram till vilka begränsningar som gäller tycks onekligen tala för det. Emellertid är det svårt att påstå att lagens utformning är något allvarligt problem eller att en översyn brådskar – oannonserade platsundersökningar förekommer ju inte.

Även om lagstiftningsåtgärder inte vidtas kan annat göras. Interna arbetsrutiner skulle kunna förberedas inom inspektionen. Visserligen kräver inskränkningar i Konventionens rättigheter generellt, t.ex. enligt artikel 8.2, lagstöd, men ett strukturerat tillvägagångssätt i enlighet med interna riktlinjer minskar åtminstone i materiellt hänseende rättssäkerhetsproblemen. En fråga som framstår som relevant att adressera är om det behövs några särskilda skäl för att företa en oannonserad platsundersökning – kan sådana ingå som verktyg i den vanliga tillsynsarsenalen eller måste det till någon särskild omständighet för att de ska vara tillåtna. I konkurrensrätt måste det föreligga misstankar<sup>166</sup> om regelöverträdelser för att en platsundersökning ska anses förenlig med Konventionens artikel 8 respektive Stadgans artikel 7.<sup>167</sup> Att rakt av överföra detta resonemang till banker är äventyrligt. Här aktualiseras återigen den fråga som enligt min bedömning skapar den största osäkerheten på det här området, nämligen betydelsen av att banker är underkastade en särskild regleringsregim. Säkerligen är kraven för att kunna företa en oannonserad platsundersökning hos en bank inte lika stränga som de som ställs upp för en undersökning hos ett företag i konkurrensärenden, men utan tvekan ska någon form av proportionalitetsbedömning göras. Kan syftet med åtgärden uppnås lika bra med en mindre ingripande åtgärd än en oannonserad platsundersökning, så är det förmodligen inte tillåtet med en sådan. Interna riktlinjer inom Finansinspektionen för denna bedömning kan vara en modell att så småningom arbeta efter. Huruvida dessa riktlinjer ska publiceras eller inte är ytterligare en fråga.

För det fall Finansinspektionen i framtiden verkligen avser att företa en oannonserad platsundersökning bör på förhand internt fattas ett skriftligt beslut som anger syftet med den och vad som ska undersökas. Kanske bör

<sup>166</sup> "Reasonable grounds for suspicion" är ett uttryck som används. Andersson, s. 238 och 244.

<sup>167</sup> Andersson, s. 244 f.

beslutet fattas av styrelsen eller möjligen av generaldirektören. Att dokumentera beslutet om en så ingripande åtgärd och varför den företas har betydelse för efterföljande kontroller och legitimiteten är beroende av sådan dokumentation. För att en proportionalitetsbedömning ska kunna företas fordras angivande av de skäl som ingreppet ska vägas emot.

Här är vi inne på rättssäkerhetsfrågor såsom möjligheten att få en oanonsrad platsundersökning granskad i efterhand samt även möjligheter att få en pågående undersökning interimistiskt stoppad och kanske begränsa inspektionens möjlighet att använda material från undersökningen. Alla dessa frågor känns ganska främmande från ett svenskt tillsynsperspektiv, men kan möjligen komma att aktualiseras i framtiden. De metoder som tillämpas framför allt i Europadomstolen, men även i de europeiska domstolarna, innebärande att olika intressen på ett ganska fritt sätt vägs mot varandra gör det svårt att ge klara besked om vad som gäller och därmed vad som krävs av rättssäkerhetsgarantier i lagstiftning och förfaranden. Som påpekats innebär detta på just det här området att det är högst osäkert vilket skydd som gäller för juridiska personer som är underkastade en särskild regleringsregim. Det hindrar dock inte att de här frågorna bör utredas ytterligare – tvärtom.<sup>168</sup>

Vad kan då vid en avslutande värdering sägas om den här artikeln? Framställningen ger endast en fragmentarisk bild av ett komplicerat område och den bidrar inte heller med särskilt klara besked. Nyhetsvärdet är dessutom skralt. På många sätt är uppsatsen därmed ett misslyckat projekt. Men, har den kunnat intressera och roa min vän och juridiska idol Göran så får det underliggande syftet ändå anses uppfyllt.

<sup>168</sup> Som påpekats ovan är det vad gäller överklagbarhet primärt reglerna i förvaltningslagen som ska tillämpas.