

Finansiell reglering och tillsyn – med tillhörande sanktioner

GUSTAF SJÖBERG*

1 Inledning

Finansiell reglering och tillsyn är ett mångfacetterat och krångligt område, och inte blir det lättare att behandla om man tar med sanktioner också. I grunden syftar finansiell reglering – om vi utgår från läroboken – till att rätta till så kallade marknadsmisslyckanden, dvs. fenomen som stör eller till och med slår ut marknader och som därför gör att staten behöver träda in. För att en sådan intervention med regleringar ska fungera behövs både tillsyn – för att kunna bedöma om regleringen följs – och sanktioner – för att säkerställa att identifierade regelöverträdelser får konsekvenser för de ansvariga.¹

Finansiell reglering är ett rättsområde i stark tillväxt såväl i Sverige som inom EU. Regleringen kan till och med sägas ha växt till oöverskådlighet. Tyvärr är det klen med litteratur som diskuterar gemensamma drag för det som skulle kunna betecknas som finansiell reglering liksom särdrag för olika delområden av helheten. Än mindre diskuteras det samlade rättsområdets gränser. Det kan mycket väl vara så att enighet inte råder om vad som utgör finansiell reglering, åtminstone inte vid den porösa yttre gränsen. Risker är att

* Ett hjärtligt tack för noggrann läsning till Per Ahlin, Gustaf Almkvist, Kenneth Edgren och Lars Hörngren samt till den sistnämnde också för konstruktiva förslag.

¹ För en bred och djup genomgång av motiven för reglering och tillsyn på bankområdet betänkandet "Reglering och tillsyn av banker och kreditmarknadsföretag" SOU 1998:160. Förslagen i betänkandet ledde till lagstiftning och den då antagna lagstiftningen utgör fortfarande grunden i regleringen. En teoretisk genomgång av motiven för att reglera banker samt möjliga regleringslösningar och konsekvenserna av dessa finns i Sjöberg, G., 2018, *Reglering av banker*, Jure förlag. För en god överblick över större delar av det finansiella systemet och den finansiella regleringen finns läroboken "Kapitalmarknadsrätt" av Rebecca Söderström, Iustus förlag 2019. I Kenneth Edgrens bidrag till den här antologin finns en illustrativ kategorisering av olika typer av finansiella regleringar.

inte ens amerikanska högsta domstolens konstaterande vad gäller pornografi går att applicera på finansiell reglering. Supreme court uttalade att pornografi känner man igen när man ser den, men den är svår att definiera.² Alla kanske inte ser samma sak (finansiell reglering) när de tittar på en viss regel.

För en rimlig diskussion av frågor om reglering och tillsyn behövs en någorlunda gemensam förståelse av varför finansiell reglering behövs och hur tillsyn fungerar. En svårighet härvidlag är att de närmare motiven för finansiell reglering – alltså på ett mer konkret plan än att det föreligger marknadsmisslyckanden – varierar. I det här kapitlet tas greppet att ganska utförligt behandla en typ av finansiella företag, nämligen banker, och med dem som utgångspunkt beskriva regleringsbehovet. Även livförsäkringsbolag behandlas, om än inte lika ingående som banker. Greppet motiveras av att det är okontroversiellt att banker och livbolag behöver regleras och att regleringsmotiven ger förståelse för att viss finansiell reglering måste vara ganska allmänt hållen och att tillsynsmyndigheterna måste ges ett diskretionärt mandat.

När det gäller annan finansiell reglering än sådan som riktas mot bankers och livbolags centrala funktioner är regleringsmotiven ofta av en annan karaktär och ofta inte heller lika tydliga. Inte heller är det lika tydligt att lagstiftningen i delar måste vara allmänt hållen och tillsynen ges ett diskretionärt mandat. Möjligen kan sägas att det finns en skala där banker och livbolag ligger i ena ändan genom det grundläggande behovet av allmänt hållna regler och diskretionärt utrymme medan annan finansiell reglering kan vara ganska precis i sin utformning och ge litet diskretionärt utrymme för tillsynsmyndigheterna.

En oklarhet i det här kapitlet – liksom möjligen generellt – kommer av svårigheten att närmare definiera finansiell reglering. Att reglering som syftar till att påverka hur det finansiella systemet fullgör sina grundfunktioner – att omfördela sparande och att hantera andras risk samt att förmedla betalningar – bör betecknas som finansiell reglering får anses klart. Var gränserna för beteckningen finansiell reglering bör dras utåt från detta kärnområde är svårare att säga. Liksom var gränsen bör dras mellan vad som betecknas den finansiella regleringens kärnområde och vad som i kapitlet betecknas ”annan finansiell reglering”. Exempel på annan finansiell reglering återkommer här och var senare i texten men här kan som exempel nämnas bestämmelser om

² Uttrycket myntades av, eller åtminstone fick spridning genom, Justice Potter Stewarts votum i *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964). Ett avgörande som handlade om huruvida en film var ”obscene” eller inte.

finansiella företags rapporteringsskyldighet och regler om börshandel. Andra exempel är regler om rapportering av genomförda aktieaffärer och om blankningspositioner samt om förbud mot s.k. insiderhandel. De senare riktar sig mot alla oavsett om det är finansiella företag eller andra företag eller fysiska personer. Ytterligare exempel är reglering som syftar till att styra finansiella företags allokering av resurser till så kallade gröna verksamheter. Exemplet är intressant eftersom regleringen berör finansiella företags kärnverksamhet, bl.a. kreditgivning, men inte har samma motiv som den som syftar till företagets soliditet.³

Här nedan används greppet att genom en redogörelse för det finansiella systemets funktioner förstå den finansiella regleringens kärna. Och det kan nog också vara till hjälp vid bestämningen av vad som inte utgör finansiell reglering. All reglering som träffar finansiella aktörer och finansiella företag kan nämligen inte betecknas som finansiell reglering. Mellan det som helt klart bör betecknas som finansiell reglering och det som bör betecknas som annan reglering finns en betydande gråzon. Ett exempel på vad som klart utgör annan reglering än finansiell reglering trots att den riktar sig (också) mot finansiella företag är arbetsrättslig lagstiftning. Ett exempel på reglering som befinner sig i gråzonen är lagstiftning om tillgänglighet, det vill säga bestämmelser som reglerar t.ex. öppettider eller telefonservice för banker. I huvudsak är sådana bestämmelser generellt konsumentskyddande men kan möjligen på marginalen ha betydelse för finansmarknadens funktion.

En praktiskt viktig kategori av regler är detaljerade regler som fyller ut mer allmängiltiga och principiellt hållna regler. Denna kategori av regler på olika nivåer är mycket omfattande och kan ses som ett försök från regelgivaren att minska olägenheten av allmänt hållna regler. Även om denna kategori av regler är praktiskt viktig och teoretiskt intressant behandlas den inte vidare här.

Det här valda greppet har svagheten att en betydande del av den finansiella regleringen inte behandlas närmare i det här kapitlet utan det är den företagsform – banker – som kan sägas ligga i ena änden av skalan som behandlas utförligt medan regleringar med andra motiv behandlas knapphändigt eller inte alls i texten. Greppet motiveras av att den ena extremen är den som bäst behöver förklaras, medan områden som mer liknar allmän offentlig rätt och straffrätt är i mindre behov av diskussion eftersom det

³ I Kenneth Edgrens bidrag till den här antologin finns en illustrativ kategorisering av olika typer av finansiella regleringar.

rör sig om kända storheter. Ytterligare ett motiv är, som vanligt, brist på utrymme. Att diskutera motiven bakom all finansiell reglering går knappast i det här formatet.

Förståelse för regleringsmotiven och deras implikationer för regleringens utformning samt för tillsynen underlättar kommande diskussioner, såväl i denna antologi som i övrigt. Det gäller såväl inom rättsvetenskapen som i domstolar och i övrigt. Risken att tala och skriva förbi varandra är annars stor.

Man kan säga att de materiella regler som styr en viss verksamhet och tillsynen över att reglerna följs samt de sanktioner som står till buds vid överträdelse utgör en treenighet. De tre komponenterna är ömsesidigt beroende, men fördelningen dem emellan är inte given. Det har till exempel historiskt funnits jurisdiktioner där tillsynsverksamheten synes ha stått i förgrunden medan de materiella reglerna och formella sanktioner haft en underordnad roll.⁴

Inte heller har helheten någon given storlek. Med det menas att finansiell reglering och tillsyn inte har någon given omfattning i ett samhälle, även om tendensen tycks vara att för det fall de finansiella marknaderna i ett samhälle växer och utvecklas, växer också finansiell reglering och tillsyn.⁵ Basen i alla system är regleringen. Även om det kanske inte har någon omedelbar relevans för det fortsatta resonemanget kan här inskjutas att från ett samhällsekonomiskt perspektiv är viss finansiell reglering nödvändig och annan önskvärd, men det bör också påpekas att en del befintlig reglering är överflödig och kan till och med vara skadlig.

I kapitlet diskuteras inledningsvis finansiell verksamhet och de regleringsbehov den ger upphov till huvudsakligen från ett bankperspektiv. Vad tillsyn är och hur den bedrivs och bör bedrivas behandlas därefter relativt kortfattat. Fokus ligger i stället på en efterföljande diskussion om sanktioner. Som ett mellansteg mellan avsnitten om regleringar samt avsnitten om tillsyn och sanktioner kommer ett avsnitt om behovet av diskretionärt utrymme för rättstillämparen i viss finansiell reglering. Detta avsnitt utgör en direkt länk mellan avsnitten om regleringsbehov och reglernas utformning samt avsnittet om sanktioner.

⁴ Typexemplet här är nog Londons city fram till mitten av förra seklet, där Bank of England intog en central roll med ett betydande diskretionärt mandat i sin tillsyn.

⁵ Till detta kommer att finansiella kriser och skandaler kan sätta i gång förlopp som resulterar i mer reglering, både i termer av mängden regler och antalet verksamheter som omfattas.

De flesta exemplen i den följande texten kommer från nutida Sverige, men de bakomliggande resonemangen är mer allmängiltiga.

2 Finansiell verksamhet och dess reglering – särskilt om banker

Ett sätt att närma sig finansiell reglering är att börja med det finansiella systemets funktioner. Det leder in till det som är kärnan i den finansiella regleringen.

2.1 Det finansiella systemets funktioner

Det finansiella systemet brukar sägas ha tre funktioner varigenom det bidrar till samhället, nämligen att i) omfördela sparande och att ii) hantera finansiella risker samt iii) förmedla betalningar. Dessa funktioner tillhandahålls via en lång rad olika typer av företag och institutioner. Bland dessa finns exempelvis banker, försäkringsföretag och fondföretag som samlar in sparande från vissa aktörer (i vissa kontraktsformer) och fördelar det vidare till andra (via andra kontraktsformer). Där finns också företag som organiserar handel av finansiella kontrakt, t.ex. börser, och aktörer som förmedlar tjänster kopplade till sådan handel, som mäklare och clearingföretag.

Det finansiella systemet kan sägas bestå av finansiella företag och marknader. De finansiella företagen, till exempel banker och försäkringsbolag, finns för att alla funktioner inte kan fullgöras av marknader, såsom börser. På finansiella marknader kan företag och individer vara aktiva, exempelvis genom att köpa och sälja aktier eller genom att handla med derivat på råvaror. Staten medverkar genom reglering och tillsyn men deltar också genom egen verksamhet, se nedan om betalningar. Ytterst finns det finansiella systemet – liksom den finansiella regleringen – till för medborgarna. Att företag har berättigade intressen av väl avvägd reglering och tillsyn – inkluderande krav på rättssäkerhet – innebär inte att de är slutligt skyddsvärda. Eller för att uttrycka det annorlunda: företag finns till för att tjäna medborgarna – alltså fysiska personer – och inte tvärtom.

Den första funktionen nämnd ovan är i) att omfördela sparande från människor och företag som har överskott till sådana som har behov av ökade kapitalresurser för investeringar eller konsumtion. Denna funktion kan fullgöras både av finansiella företag, såsom banker som bland annat tar emot inlåning och lånar ut pengar, och marknader, till exempel aktiebörser genom

vilka företag kan finansiera sin verksamhet. En viktig del i den här funktionen är att resurser allokeras så att de kommer till störst samhällsekonomisk nytta.

Finansiella risker ii) kan hanteras såväl av finansiella företag, såsom försäkringsbolag, som av marknader, till exempel spannmålsbörser varigenom bönder kan hantera risken för en dålig skörd. Även om det måhända är lite vid sidan av huvudfåran i den här framställningen förtjänar nämnas att staten är samhällets yttersta riskhanterare, såväl vad gäller risker i allmänhet som finansiella risker. Exempel på det senare är funktionen som så kallad lender of last resort, det vill säga att ge kredit till banker i likviditetskris, samt ansvaret att hantera svåra finansiella kriser.

Fungerande betalningar iii) är centralt för ett samhälle. Hur betalningssystemet närmare bör definieras och avgränsas kan diskuteras, men det kan konstateras att banker och andra betalningsförmedlande företag liksom staten har en central roll. Banker tillhandhåller konton som utgör basen för de flesta betalningar. Till exempel sker även i moderna lösningar som Swish betalningar genom överföringar mellan bankkonton. Staten har en central roll för betalningssystemet genom Riksbanken, som ger ut sedlar och mynt samt driver det centrala clearingssystemet för betalningar.

2.2 Särskilt om banker och lite om livbolag

De enda finansiella företag som fullgör samtliga tre ovan nämnda funktioner är banker. Och bankers verksamhet är också urtypen för ett område som kräver reglering. Viktigt att komma ihåg är att banker i funktionell mening finns för att verksamheten är en välfungerande kombination av funktioner och inte på grund av åtgärder från lagstiftaren. Banker av ungefär samma snitt som de vi ser i dag har visat sig vara en framgångsrik företagsform sedan länge och även geografiskt spridd. Men det finns likväl problem i denna verksamhetsform som kräver statliga åtgärder.

I grunden beror regleringsbehovet på att de styrningsmekanismer som i andra företag samordnar olika intressenters intressen inte fungerar fullt ut i banker. I sin tur beror det på att de som i banker bidrar med den största delen av de finansiella resurser som används i verksamheten, nämligen insättarna (eller andra kortsiktiga finansiärer), varken har incitament eller är lämpade att styra verksamheten. I icke finansiella företag är det oftast aktieägarna (genom eget kapital) och banker (genom lån) som bidrar med de finansiella resurser som används i företaget och de grupperna är normalt sett både läm-

pade att styra verksamheten och har incitament att göra det. Bankers ägare bidrar dock med kapital som normalt utgör endast en mindre del av finansieringen vilket gör att de har från övriga intressenter (inklusive samhället i stort) avvikande intressen. Genom den stora andelen kortfristig finansiering är banker instabila. Risker för så kallade bank runs (eller uttagsanstormningar som är den något mindre klatschiga svenska beteckningen) genom vilka insättare och andra kortfristiga finansiärer tar ut sina pengar är en realitet. I en banks rörelse finns risker för att insättarna blir lidande genom att i en konkurs förlora sina medel och dessutom att dessa förluster sprider sig till andra banker och därmed skadar det övriga samhället genom att betalningar och andra grundfunktioner störs. I dagens samhälle finns dessutom banker som är så stora att deras undergång skulle leda till det som kallas en systemkris. En sådan situation har så allvarliga samhällsliga följder att staten måste ingripa. För att undvika att staten tvingas till kostsamma insatser måste banker regleras på ett sådant sätt att bankens ägare i sin skötsel av banken tvingas beakta det allmännas intresse. Därtill måste det finnas regler för krishantering, eftersom det inte går att göra banker helt stabila utan att ta bort de fördelar som kombinationen av funktioner ger.

Om problemen med bankers verksamhet kläs i termer av bolagsstyrning kan sägas att det inte finns naturliga incitament för någon grupp av privata intressenter att styra banker på ett samhällsekonomiskt önskvärt sätt. Staten måste därför kliva in, t.ex. genom att ställa krav på kapital i förhållande till risk. Statlig styrning sker via regler och tillsyn av att regler följs.

Livförsäkringsbolag kan också ses ur ett bolagsstyrningsperspektiv. Livförsäkringar är avsedda att skydda efterlevande mot att en försörjare dör samt att ge dem som lever länge försörjning efter arbetslivet. Lite drastiskt kan sägas att livförsäkringar ska skydda mot för tidig och för sen död, alltså i förhållande till när arbetsinkomsterna upphör. Affärsidén är att under lång tid samla in pengar som under lång tid ska betalas ut till de försäkrade. Även här finns ett grundläggande styrningsproblem bestående i att medlemmarna i kollektivet försäkringstagare varken har tillräckliga incitament eller tillräcklig kunskap för att styra och leda verksamheten trots att de står för finansieringen. Det säger sig nästan självt att det finns betydande problem förknippade med att låta någon annan sköta ens pengar med förhoppningar om god avkastning och utbetalning långt fram i tiden.

Gemensamt för banker och livförsäkringsbolag är alltså att det finns bolagsstyrningsproblem, med den gemensamma nämnaren att fordringsägarna är småsparare med svag vilja och förmåga att tillvarata sina egna intres-

sen, vilket är intressant eftersom företagstypens respektive verksamheter ser olika ut. Balansräkningarna ser nästan diametralt motsatta ut, åtminstone på skuldsidan. Banker har kortfristiga åtaganden (insättningar och andra korta skulder) medan livförsäkringsbolags skulder förfaller till betalning i långsam takt under årtionden. En bank kan gå i konkurs på några timmar medan ett livförsäkringsbolag som drabbas av förluster dör långsamt.

Påståendet ovan att viss finansiell reglering är nödvändig behöver kanske underbyggas ytterligare. Återigen utgår vi från exemplet banker. För staten som bärare av samhällsintresset finns egentligen bara två alternativ, nämligen att förbjuda banker som vi känner dem i dag eller att reglera dem. Hur banker fungerar har i grova drag förklarats ovan. Banker är en effektiv form av finansiell maskin som privata aktörer kommer att vilja driva. Banker bidrar på ett effektivt sätt till att hantera viktiga funktioner i samhällsekonomin som inte kan lösas via marknader eller på annat sätt. Detta bidrag är nära kopplat till deras affärsmodell. Idéer som innebär att bankverksamhet genom lagstiftning på olika sätt delas upp har därför aldrig slagit igenom. Eftersom instabiliteten är inbyggd i affärsmodellen, krävs lagstiftning för att nå en samhällsekonomiskt rimlig lösning. För det fall lagstiftaren anser att banker inte bör finnas fordras lagstiftning som förbjuder dem, eftersom affärsmodellen har egenskaper som är attraktiva för både ägare och kunder. För det fall lagstiftaren önskar att den funktionella maskin som banker utgör ska få finnas behöver de regleras för att hantera ovan nämnda intressekonflikter. Oavsett vilket behövs lagstiftning av ett eller annat slag. Ett visst mått av finansiell reglering är alltså nödvändig. Och om valet är att tillåta banker, är det nödvändigt med regler som anger hur verksamheten ska bedrivas.

Ovan har en del av regleringsbehovet på det finansiella området beskrivits i termer av bolagsstyrning. Någon kanske invänder att styrningsproblem kan lösas genom att någon statlig aktör tar på sig att styra de finansiella företagen i stället för ägare eller andra kollektiv, men eftersom det är fråga om staten behöver rollen som bolagsstyrare regleras på något sätt. Även här fordras alltså reglering (oaktat att staten i många fall är dålig på att bedriva affärsverksamhet).

2.3 Behovet av diskretionärt utrymme i finansiell reglering

En grundläggande fråga vid finansiell reglering, liksom vid i stort sett all reglering, är vilket mått av diskretionärt utrymme reglerna ska ge tillämparen. Ytterst är regeltillämparen nästan alltid domstolar, men dessförinnan

ligger ansvaret ofta på en tillsynsmyndighet. Att reglerna ger diskretionärt utrymme kan vara effektivt, men behöver inte nödvändigtvis vara det. Diskretionärt utrymme ger dock alltid upphov till rättssäkerhetsproblem i form av bristande förutsebarhet.

Osäkerhet om vilka krav som ställs på en verksamhet eller om vad som krävs för att uppfylla kraven medför rättssäkerhetsproblem. Självklart ska ingripanden även på det finansiella området omgärdas av rättssäkerhetsgarantier och präglas av förutsebarhet. Det är av intresse inte endast ur ett rättighets- eller rättssäkerhetsperspektiv utan även ur ett ekonomiskt perspektiv. Om det föreligger osäkerhet om villkoren för att bedriva verksamheten i finansiella företag, ökar (i första hand) ägarnas avkastningskrav och därmed priset på företagens tjänster. Enkelt uttryckt kan sägas att osäkerhet om förutsättningarna för sanktioner mot banker ökar kostnaden för kunderna, exempelvis för de som har bolån. Det finns alltså ingen motsättning mellan rättssäkerhet och effektivitet vad gäller det finansiella systemets funktion. Tvärtom – rättssäkerhet är effektivt. Det innebär dock inte att alla beteenden som ska kunna leda till sanktioner ska behöva beskrivas i detalj för att kravet på rättssäkerhet ska anses uppfyllt.

Marknader kan inte fullt ut ersätta banker som källa till finansiering av enskilda och företag. En anledning är att banker i sin verksamhet får information om sina kunder. Den brukar kallas privat information eftersom bankerna varken vill sprida kunskapen eller kan sprida den på ett trovärdigt sätt. Ett exempel är att det vid en eventuell överlåtelse eller pantsättning av en fordring är svårt för en bank att trovärdigt förmedla sin kunskap om kredittagarens förmåga att fullgöra sina förpliktelser. Det här förhållandet brukar översättas till att bankers tillgångar är svårvärderade, vilket alltså är ett av skälen till att bankers funktion inte kan ersättas av marknader. Samma förhållande innebär också att det inte går att från utsidan mäta en banks ekonomiska ställning med anspråk på precision; ett mått av omdöme fordras. En aldrig så omfattande och precis reglering kan inte ersätta behovet av en samlad bedömning av en banks ekonomiska ställning eller dess risknivå. Ett betydande mått av diskretionärt utrymme fordras för tillsynsmyndigheten och därmed för den yttersta rättstillämparen. Och för att uppnå reglernas syfte är det nödvändigt att utrymmet kan användas för att upprätthålla *strikt*a krav. En ansats som bygger på att tillsynsmyndigheten i tveksamma fall alltid friar kommer inte att ge ett stabilt finansiellt system.

Kanske kan det uppfattas som en halsbrytande jämförelse, men banker har viss likhet med företag som driver kärnkraftverk, åtminstone moderna

storbanker. Styrningsproblemen är likartade. I båda fallen har ägarna kortsiktiga incitament att öka risknivån. Vad gäller banker för att vinsterna kan bli större om riskerna är större. Och för kärnkraftverk gäller att mindre kostnader för säkerhetsarrangemang ger högre vinster. För båda gäller att kunderna inte har tillräckliga kunskaper eller incitament för att övervaka rörelsen och är mest intresserade av låga priser. Den som köper elektricitet från ett kärnkraftverk har inte förutsättningar att övervaka att kärnkraftverket drivs på ett säkert sätt. Visserligen vill elförbrukaren ha en pålitlig leverans av el, men att ge sig på att bedöma säkerhetsnivån i själva kärnkraftverket är en övermäktig och (privatekonomiskt) olönsam uppgift. Dessutom kan en kärnkraftsolycka få effekter som sträcker sig betydligt utöver den skada som uppstår för att den enskilde elförbrukaren går miste om sin elleverans. Det blir fråga om så kallade negativa externa effekter.

Detsamma gäller en banks kunder, oavsett om det gäller insättare eller låntagare. Insättare riskerar att förlora sina insättningar vid en konkurs i banken. Trots detta har en vanlig insättare inte förutsättningar att övervaka bankens risktagande, vare sig vad gäller kunskaper eller incitament. Den som till exempel har ett lönekonto i en bank kan inte förväntas ha åsikter om bankens kreditportfölj. Låntagare har inte heller incitament eller egentlig möjlighet att övervaka borgenärsbankens finansiella hälsa. En konkurs leder inte till att lånen sägs upp. Visserligen kan värdefull privat information om låntagarens rörelse gå förlorad om banken fallerar, vilket är en förlust för låntagaren, men kostnaderna för enskilda att övervaka banken är ändå stora i förhållande till fördelarna. För både insättare och låntagare är det därför en fördel om staten tar på sig övervakningsuppdraget. Att det dessutom riskerar att uppstå bredare samhällsekonomiska förluster om banker fallerar stärker argumenten.

Även om analogin mellan banker och kärnkraftverk inte ska dras alltför långt är den på flera sätt träffande. Få anser det oberättigat med statlig tillsyn av säkerheten i kärnkraftverk, eftersom knappast någon anser att säkerheten kan lämnas till marknaden att sköta. Inte heller kan många antas tycka det vara ett rättsövergrepp att tillsynsmyndigheten får betydande svängrum i sin bedömning av om säkerheten är tillräcklig. Gissningsvis anser nog få att rättssäkerheten kräver en i lag given detaljerad beskrivning av vilka brister som kan läggas till grund för ingripanden och sanktioner mot ett kärnkraftverk och ytterst dess stängning. Sannolikt skulle många se det som otillfredsställande om tillsynen meddelade att det finns stora säkerhetsbrister i ett

kärnkraftverk, men att det inte finns klart och entydigt författningsstöd för ett ingripande.

Poängen vad gäller tillsynen av banker är lite annorlunda än vad gäller kärnkraftverk. I banker är själva förutsättningen för deras existens att det inte finns något absolut mått på deras risk. Fanns det möjlighet att med precision bestämma såväl en enskild kredits risk som den samlade kreditportföljens risk skulle banker inte behövas. Då skulle krediter kunna förmedlas via värdepappersmarknader.

Tillsynsbehoven som finns i banker finns i betydande grad även i försäkringsbolag, särskilt bolag som meddelar livförsäkring. Gemensamt är att kunderna inte har vare sig kunskap eller incitament att övervaka rörelsen. Behovet av att reglerna ska ge utrymme för diskretionära bedömningar för tillämparen kommer av att det är svårt eller omöjligt att på förhand beskriva alla situationer som kan ge upphov till förluster. Inte heller är riskerna för förluster mätbara.

Behovet av svängrum för tillämparen är som störst i det som kan kallas regleringarnas kärnområden, det vill säga bedömningar av risk i förhållande till kapital. Eller annorlunda uttryckt i bedömningar av ett företags förmåga att långsiktigt fullgöra sina åtaganden. Behovet av diskretionära bedömningar avtar ju längre från kärnan man kommer. Uppenbarligen är det en betydande skillnad mellan de grundläggande och övergripande bedömningarna av t.ex. en banks eller ett försäkringsbolags samlade risk och de ganska detaljerade regler som kan finnas vad gäller andra aspekter av deras respektive rörelser. Här tänker jag närmast på t.ex. detaljerade regler om formerna för intern styrning, rapportering och liknande.

3 Finansiell tillsyn

Framställningen är inriktad mot tillsyn över företag som står under särskild tillsyn på grund av sin finansiella verksamhet. I detta ligger också att företagen behöver tillstånd för att bedriva sin verksamhet eller åtminstone delar av den. Här i Sverige är det fråga om att stå under Finansinspektionens tillsyn efter att ha sökt tillstånd att bedriva viss verksamhet. Underförstått är att det finns särskilda regler varunder tillståndet ges och tillsynen utövas. En rad olika verksamheter och typer av finansiella företag står under inspektionens tillsyn, men återigen är siktet här ställt främst mot banker och i viss mån försäkringsbolag.

Finansiell tillsyn – åtminstone i dess kärnområden – präglas oftast av någon form av samarbete mellan tillsynare och tillsedd. Det kan t.ex. innebära att de som fått tillstånd att bedriva finansiell verksamhet har en skyldighet att rapportera till tillsynsmyndigheten. Rapporterna kan röra allt från ekonomiska och statistiska uppgifter om verksamheten till en skyldighet att anmäla missförhållanden i verksamheten. I andra länder är det inte ovanligt att tillsynsmyndigheten har egna anställda stationerade i det tillsedda företaget.

Att företagen behöver tillstånd för att bedriva sin verksamhet samt står under tillsyn med de skyldigheter som följer av detta ger en särskild kontext till såväl tillsynens bedrivande som sanktionsbesluten. Här finns en avgörande skillnad mellan företag under tillsyn och andra aktörer som omfattas av finansiell reglering. Det kanske till och med är *den* avgörande skillnaden. Genom att söka tillstånd och underkasta sig den reglering och tillsyn som detta medför hamnar företaget också i en annan kategori än de som inte behöver tillstånd för sin verksamhet. Genom att söka tillstånd för sin verksamhet kan företagen sägas godkänna och frivilligt underkasta sig att det finns inslag i regleringen och tillsynen som ger förutsättningar som inte gäller för andra företag, t.ex. i form av upplysningsskyldigheter gentemot tillsynsmyndigheten. Och, som är särskilt viktigt här, godkänna att de måste underordna sig regler med ett betydande diskretionärt utrymme för tillsynsmyndigheten.

En ytterligare dimension är att särskilda regleringsregimer oftast innebär såväl nackdelar som fördelar för de företag som omfattas av dem. Nackdelarna består i begränsande regler av olika slag. Fördelarna kan bestå av rent materiella aspekter, såsom att statlig auktorisation ger fördelar i marknadsföringen och möjlighet att få statligt stöd i kriser av olika slag.

Om vi återigen tar banker som exempel kan sägas att regleringsregimen som omgärdar banker innebär såväl betydande fördelar för bankerna som relativt hårda begränsningar i hur rörelsen får bedrivas. För att kort upprepa är ett skäl till begränsningarna att bankrörelse är förenad med grundläggande marknadsmisslyckanden som nödvändiggör statliga åtgärder av olika slag. Vidare kan uppmärksammas att delar av den verksamhet som banker bedriver knappast skulle vara tillåten enligt generell lagstiftning om den inte hade tillstånd enligt särlagstiftning; till exempel är löften att omedelbart betala tillbaka all inlåning svårförenligt med regler om marknadsföring. Förutom omfattande reglering av vad banker får göra behövs även andra åtgärder för att komma till rätta med marknadsmisslyckandena, såsom att staten åtar sig

att vara så kallad lender of last resort.⁶ 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.⁷

Tillsynen 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 begäran lämna upplysningar och i vissa fall bör de även på eget initiativ meddela inspektionen händelser av väsentlig betydelse.

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 delar av bankernas interna system för att underlätta övervakningen.

Intensiteten i kontakterna mellan tillsyn och tillsedd varierar med storleken på bank. Kontakterna mellan Finansinspektionen och de tre största svenska 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. Det kan alltså konstateras att svenska banker är underkastade en särskild regleringsregim bestående av omfattande reglering och potentiellt intensiv tillsyn.

Att företagen frivilligt underkastat sig en särskild regleringsregim ger särskilda förutsättningar såväl för tillsynens bedrivande som för beslut om sanktioner. Den särskilda regleringsregimen har betydelse i två dimensioner. Dels rättsligt eftersom tolkningen av grundläggande rättigheter sker i ljuset av de motstående intressen som finns.⁸ Dels faktiskt för att reglering och tillsyn ger andra ramar för interaktionen mellan staten och företagen. Ett exempel som

⁶ Åtagandet innebär att staten kan ge s.k. nödkrediter till banker med likviditetsproblem, lag (2022:1568) om Sveriges riksbank 3 kap. 7 §.

⁷ Se t.ex. den visserligen lite gamla men högt skattade 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.

⁸ Egentligen är det väl inte primärt förekomsten av en regleringsregim som är avgörande vid en bedömning av de grundläggande rättigheternas omfattning utan främst skälen bakom regleringsregimen. Att det finns en särskild regleringsregim har dock betydelse i så

jag behandlat i annat sammanhang är platsundersökningar.⁹ En jämförelse mellan platsundersökningar hos banker respektive hos andra företag som inte står under tillsyn i konkurrensärenden pekar mot skillnaden vad gäller rättssäkerhetsgarantier och liknande. Regleringen av platsundersökningar i banker är kortfattad och allmänt hållen medan regleringen av platsundersökningar i konkurrensärenden är detaljerad och försedd med olika rättssäkerhetsgarantier.¹⁰

Ibland övergår den ordinära tillsynen i mer ingående undersökningar av om ett företag brutit mot regler som förberedelser för sanktionsbeslut och slutligen ett sanktionsbeslut. Övergången till en sanktionsprocess illustrerar också betydelsen av den särskilda regleringsregimen. Till exempel kan företag som har skyldighet att rapportera till tillsynsmyndigheten inte åberopa en rätt att inte belasta sig själv. Något hårdraget kan sägas att tillståndspliktiga företag har en skyldighet att bidra till att det sakliga underlaget för ett sanktionsbeslut blir korrekt. Ett företag under tillsyn får inte undanhålla uppgifter från tillsynsmyndigheten. Av detta följer dock inte att företaget är förhindrat att förfäktat en annan mening vad gäller den rättsliga bedömningen av ett visst sakförhållande eller för den delen ha en annan uppfattning om de faktiska omständigheterna.

4 Betydelsen av en särskild regleringsregim – särskilt vad gäller sanktioner

Den rättsliga och praktiska betydelsen av att banker och andra finansiella företag är underkastade en särskild regleringsregim är en fråga som är ständigt närvarande i diskussionen om tillsyn och sanktioner. Här tas återigen banker som exempel, men diskussionen har bäring även på andra typer av finansiella företag, i större eller mindre grad.¹¹

Redan här inledningsvis i avsnittet ska sägas att frågan vilken betydelse det har att ett företag står under en särskild regleringsregim inte har något

måtto att det finns ett element av frivillig underkastelse för de företag som sökt tillstånd att bedriva verksamhet under regimen.

⁹ Sjöberg, Gustaf, Om besök – välkomna och ovälkomna, i Festskrift till Göran Millqvist, Jure förlag 2019, s. 563–600.

¹⁰ A.a. s. 566 och 578 f.

¹¹ En hel del av det som skrivs i det här avsnittet är hämtat från eller inspirerat av artikeln om platsundersökningar i banker som nämns ovan i fotnot 11.

klart svar vare sig i inhemsk svensk rätt eller i den europeiska rätten om grundläggande rättigheter.¹²

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. Resonemanget kan – utöver generella argument om proportionalitet – 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 – via sanktioner eller på andra sätt – 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 gentemot ordinära företag skulle kunna vara det visavi 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.¹³

Avgörandet gäller fortkörning och bilägarers vägran att ange vem som körde bilen vid tillfället. Den person som vägrat lämna sådana uppgifter dömdes till böter för detta. Europadomstolen¹⁴ bedömde att detta var förenligt med rätten att inte belasta sig själv enligt Konventionens artikel 6. Delar av domstolens motivering är intressant i det här sammanhanget. 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

¹² I svenska rättskällor är det fråga om rättssäkerhetsgarantier av olika slag, dels i regler med syfte att värna rättssäkerheten i olika mer eller mindre speciallagsbetonad lagstiftning, dels i regeringsformen och olika rättsprinciper. Om man nu kan göra en sådan uppdelning består den europeiska rätten av Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (fortsättningsvis Konventionen) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02) (fortsättningsvis Stadgan). Konventionen har införlivats i svensk rätt genom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹³ O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket, dom 29 juni 2007.

¹⁴ Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, här och fortsättningsvis Europadomstolen.

de bakomliggande överträdelserna visserligen var av "straffrättslig" karaktär, men att tvånget inte härstammade från detta.¹⁵ 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 att 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.¹⁶ I slutklämmen återkom domstolen till betydelsen av att det är fråga om en särskild regleringsregim.¹⁷

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.¹⁸ 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.¹⁹

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

¹⁵ Domstolen skrev "criminal" inom citationstecken, punkt 57.

¹⁶ "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.

¹⁷ "Having regard to all the circumstances of the case, including the special nature of the regulatory regime in issue and..." Punkt 62.

¹⁸ Här kan noteras att Högsta domstolen har prövat frågan om rätten att inte belasta sig själv trädess för när i ett mål om smitning från trafikolycksplats, NJA 2018 s. 394. Ansvar ansågs inte innebära en kränkning av rätten att inte belasta sig själv enligt artikel 6 i Europakonventionen bl.a. med hänvisning till att den som kör bil får anses ha godtagit det ansvar och de skyldigheter som trafiklagstiftningen föreskriver. HD hänvisade bl.a. till Europadomstolens här behandlade dom i målet *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket*.

¹⁹ Jag är medveten om att Konventionens skydd är uppbyggd på ett annat sätt, men drar ändå denna parallell.

samhällsintresse.²⁰ EU-domstolen²¹ har i ett avgörande uttalat att finansiell stabilitet utgör ett överordnat allmänintresse.²² Man skulle också kunna se likheter med domar då domstolen funnit att disciplinära ingripanden mot advokater inte är att likställa med anklagelser för brott.²³

Däremot kan inte slutsatsen dras att rättighetsskyddet helt kan efterges. Det framgår t.ex. av ett fall rörande återkallelse av tillstånd i en bulgarisk bank.²⁴ 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 enligt bulgarisk rätt inte materiellt prövas i domstol vilket ansågs strida mot artikel 6.1.²⁵ 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.²⁶

²⁰ Se Schmauch, Magnus, Unionsrättens skydd för grundläggande rättigheter i sanktions-systemet för finansiella företag, JT 2017–18 s. 69, s. 72 f. med angivna rättsfall.

²¹ Europeiska unionens domstol, här och fortsättningsvis EU-domstolen.

²² C-526/14 – Kotnik m.fl.

²³ Se till exempel Müller-Hartburg mot Österrike 47195/06 där domstolen i punkt 45 skriver följande: "The Court notes that section 1 (1) of the Disciplinary Act is designed to ensure that members of the bar comply with the specific rules governing their professional conduct. At the same time that provision aims at protecting the profession's honour and reputation and at maintaining the trust the public places in the legal profession. As the Government pointed out, this is underlined by the sanction rules contained in the Disciplinary Act. Section 16 (6) of the Disciplinary Act required the disciplinary authorities to have particular regard not only to the degree of culpability but to the damage resulting from the commission of the offence, in particular to members of the public. Having regard to all these elements the Court finds that the offence under section 1(1) of the Disciplinary Act is not criminal but disciplinary in nature (see, *mutatis mutandis*, *Brown*, cited above).

²⁴ Capital Bank AD mot Bulgarien, dom 24 november 2005, slutlig 24 februari 2006.

²⁵ Danelius, H., Danelius, J., Bull, T. och Cameron, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, sjätte upplagan, Norstedt juridik 2023, s. 241.

²⁶ 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.

5 Sanktioner på det finansiella området

Som nämnts är det svårt att tänka sig finansiell tillsyn utan sanktioner. Att endast lita till att de tillsedda gör som tillsynen säger utan att det finns några maktmedel är en väg som inte prövats, såvitt känt. Även i länder där få sanktioner beslutas har staten tillgång till verktyget. Däremot har olika typer av sanktionssystem prövats.

Det finns exempel på system där formella sanktioner i form av avgifter och liknande stått tillbaka för informella sanktioner. Under vissa omständigheter kan förmodligen sådana vara lika kraftfulla som formella sanktioner. Sannolikt är det en förutsättning för att informella system ska fungera att det finansiella systemet, inklusive dess aktörer, är ganska homogent. Sverige fram till 1970-talet skulle kunna vara ett exempel. Aktörerna var få och beroende av övriga aktörers godkännande och gillande för att kunna verka. Nackdelen med informella system är så klart förutsebarheten och rättssäkerheten i övrigt. I ett system som bygger på informella budskap finns t.ex. ingen möjlighet att överklaga ett ”sanktionsbeslut”.

Som exempel på hur synen på de här frågorna snabbt kan ändras kan nämnas att så sent som vid 1990-talets slut framfördes under diskussionerna under arbetet med ett lagstiftningsärende angående svensk banklagstiftning åsikten att formella sanktioner endast var en teoretisk möjlighet som inte behövde ägnas så mycket tankemöda. Som är allmänt känt är sedan bra många år sanktioner vanligt förekommande.

Den kanske tydligaste diskrepansen mellan vad som formellt utgör en sanktion och vad som reellt är det, finns i synen på återkallelse av tillstånd att bedriva finansiell verksamhet. Enligt Konventionen och Europadomstolen utgör en återkallelse av tillstånd inte en sanktion i den straffrättsliga mening som där används. För ägarna till ett bolag som bedriver tillståndspliktig rörelse är däremot en återkallelse av företagets tillstånd den kanske allvarligaste sanktionen. Därigenom kan de förlora stora pengar och få sitt rykte skadat så att framtida inkomstmöjligheter försämras.²⁷

5.1 Förutsebarhet

Av såväl juridiska principer som sunt förnuft och ekonomiska realiteter följer att den som bedriver verksamhet måste få veta förutsättningarna för det. De

²⁷ Att återkallelser faller utanför det straffrättsliga skyddssystemet innebär dock inte att de helt faller utanför Konventionens tillämpningsområde, vilket bland annat framgår av det Bulgariska målet nämnt ovan. Den aspekten behandlas dock inte här.

av staten uppsatta gränserna för verksamhetens bedrivande måste helt enkelt vara någorlunda klara.

En väsentlig fråga är vilken grad av precision som krävs och är lämplig i beskrivningen av förutsättningarna för verksamhetens bedrivande. Mitt intryck är att på näringsrättens område har i Sverige betydande intresse riktats mot straffrättens krav på precision. Eftersom straffrätten får antas ställa de högsta kraven på rättssäkerhet och förutsebarhet samt därmed precision i beskrivningen av det som inte är tillåtet är det naturligtvis frestande att snegla mot den när sanktioner diskuteras, särskilt för dem som vill undvika sanktioner. Att alltför mycket snegla mot straffrätten bidrar emellertid inte särskilt till klarhet. Skälen är att det är osäkert i vilken mån straffrätten verkligen ska utgöra riktmärket, samt att straffrättens krav på precision vad gäller straffstadgandens lydelse i praktiken inte är entydigt.

Därutöver kan sägas att det måste betraktas som oklart hur straffrättens krav närmare förhåller sig till den offentligrättsliga legalitetsprincipen, förutom att det kan hållas för visst att det är straffrätten som generellt har de strängaste kraven på förutsebarhet.²⁸

Visserligen står det klart att en särskild regleringsregim *har* betydelse för tolkningen av de grundläggande rättigheterna, men samtidigt kan konstate-

²⁸ I processer har den offentligrättsliga legalitetsprincipen, med dess krav på precision, aktualiserats. I ett avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen, refererat i HFD 2020 ref. 28, fann HFD att ett av Skolinspektionen utfärdat vitesföreläggande inte var tillräckligt precist utformat med hänsyn till att den lagstiftning som föreläggandet stödde sig på var allmänt hållen. HFD:s avgörande har anförts som stöd för ett precisionskrav i mål om sanktioner på det finansmarknadsrättsliga området. Se t.ex. Förvaltningsrätten i Stockholms domar den 25 augusti 2020 angående Finansinspektionens beslut 2016 rörande Nasdaq Stockholm och Nasdaq Clearing (mål 25438-19 och 25434-19) samt den 26 oktober 2021 i mål 12701-20 (JM AB). I det senare målet fann kammarrätten att reglerna i IFRS 10 (International Financial Reporting Standards är globala redovisningsstandarder som ges ut av IASB (International Accounting Standards Board) uppfyllde legalitetsprincipens krav på tydlighet och förutsebarhet i tillräcklig mån för att kunna läggas till grund för en erinran. I förvaltningsrättens dom angående beslutet rörande Nasdaq Clearing 2021 (dom den 22 december 2021 i mål nr 3651-21) behandlar domstolen ganska utförligt frågan om precision och finner att HFD:s avgörande om vitesförelägganden inte kan tillämpas i fråga om ingripanden och finner att bestämmelserna i den tillämpliga rättsakten från EU (Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) nr 648/2012 om OTC-derivat, centrala motparter och transaktionsregister) är tillräckligt tydliga för att kunna ligga till grund för ingripanden. Kammarrätten höll med om förvaltningsrättens bedömning att samma långtgående krav på tydlighet och precision i fråga om vitesförelägganden inte kan ställas på lagstiftningen i fråga om sanktionsavgift (dom den 30 november 2022 i mål nr 207-22). Det ska tilläggas att jag som ledamot av Finansinspektionens styrelse deltog i de båda avgörandena från 2016 rörande Nasdaq.

ras att det är oklart vilken den närmare betydelsen är. I det här avseende har det betydelse för frågan om kravet på precision i beskrivningen av otillåtna handlingar. Att straffrättsliga principer skulle vara tillämpliga rakt av förefaller mindre troligt.

Inte heller ger den svenska straffrätten något entydigt svar på frågan vilken grad av precision och förutsebarhet som gäller. Skillnaden mellan olika straffstadganden är betydande. Lagstiftningen om narkotikastraff anger till exempel det straffbara med en precision ned till molekylnivå.²⁹ Andra straffstadganden är mer svepande i sin beskrivning av vad som är straffbart. Många stadganden innehåller rekvisit som lämnar ett betydande utrymme för tillämparen. Några exempel är rekvisitet ”kan medföra men för Sveriges säkerhet” i stadgandet om spioneri och rekvisitet ”ägnat att hos den hotade framkalla allvarlig rädsla” i stadgandet om olaga hot.³⁰ Ytterligare ett exempel på ett stadgande som lämnar betydande utrymme till tillämparen att bestämma vad som är straffbart är stadgandet om landsförräderi.³¹ Att ”förleda” någon till ”modlöshet” kan enligt bestämmelsen ge livstids fängelse, visserligen endast under krig. Slutligen kan nämnas bestämmelsen om ofredande.³² Det är inte alldeles lätt att veta vad som är ägnat att kränka någons frid på ett kännbart sätt, som det står i bestämmelsen.

Min gissning är att även långtgående teoretiska undersökningar endast kommer att leda fram till att lagstiftaren gör så gott den kan i försöken att med precision beskriva vad som är straffbart. Ibland är det möjligt att vara konkret ner till molekylnivå (även om man kan undra om det alltid är klokt) och ibland fordras mer generella beskrivningar för att fånga det oönskade

²⁹ Narkotikastrafflagen (1968:64) ger regeringen bemyndigande att bestämma vad som är narkotika och det har den gjort genom att i narkotikaförordningen (1962:704) ge läkemedelsverket denna uppgift. Läkemedelsverkets har i sin tur lämnat föreskrifter i ämnet i form av Läkemedelsverkets föreskrifter (LVFS 2011:10) om förteckningar över narkotika (konsoliderad version). De förbjudna substansernas kemiska beteckningar anges. Ett exempel är substansen Acetorfin som har följande entydiga kemiska namn: 3-o-acetyltetrahydro-7 α -(1-hydroxi-1-metylbutyl)-6,14-endo-etenoopripavin.

³⁰ 19 kap. 5 § respektive 4 kap. 5 § brottsbalken.

³¹ I här aktuellt hänseende lyder bestämmelsen så här: Den som, då riket är i krig, 1. Hindrar, missleder eller förråder dem som är verksamma för rikets försvar eller förleder dem till myteri, trolöshet eller modlöshet. Enligt stadgandet, 22 kap. 1 § brottsbalken, kan brottet landsförräderi ge fängelse på viss tid, lägst fyra och högst tio år, eller på livstid.

³² Straffstadgandet lyder som följer: ”Den som fysiskt antastar någon annan eller utsätter någon annan för störande kontakter eller annat hänsynslöst agerande döms, om gärningen är ägnad att kränka den utsattes frid på ett kännbart sätt, för ofredande till böter eller fängelse i högst ett år.” 4 kap. 7 § brottsbalken.

beteende som ska vara straffbart. Och som påpekats här ovan är det i många fall svårt eller omöjligt att med precision bestämma vad banker och försäkringsbolag har att iakttä i sin rörelse; och därmed också vad som kan föranleda en sanktion. Detsamma torde gälla i högre eller lägre grad också för annan finansiell lagstiftning. Som framhållits tidigare innebär detta dock inte att lagstiftaren inte ska göra så gott den kan. I detta hänseende kan man hämta ledning från vad som gäller vid tillämpning av den straffrättsliga legalitetsprincipen vilken anger att för det fall lagstiftaren hade kunnat uttrycka en straffbestämmelse mer precist så talar det för att bestämmelsen ska tolkas inskränkande.

Här förtjänar också påminnas om att inte heller Konventionen sätter särskilt skarpa gränser för vilken precision som krävs för att det ska vara godtagbart i en nationell straffrättslig kontext.³³ Dessutom är det lite pikant, eller vilket ord man nu väljer att använda, att Konventionen och den praxis som omger den har drag som gör dess egna tillämpningsområde svårförutsebart. Att Konventionen anses vara ett levande dokument vars tillämpning varierar med samhällsutvecklingen innebär närmast per definition att det är svårt att förutse vart Europadomstolen tar oss.³⁴ Som ett exempel kan här nämnas Europadomstolens godtagande av utvecklingen i engelsk common law som under 1990-talet svängde till att straffbelägga våldtäkt inom äktenskapet, vilket tidigare inte varit straffbart.³⁵

6 Avslutande kommentarer

Ursprungstanken med det här kapitlet var att ge en någorlunda samlad bild av finansiell reglering för att med denna bild i ryggen gå vidare och behandla tillsyn och sanktioner på det finansiella området. Det visade sig dock bli för krångligt och utrymmeskrävande att behandla allt som kan betecknas som finansiell reglering på ett meningsfullt sätt eftersom motiven bakom olika delar av regleringen skiljer sig alltför mycket liksom utformningen av den. Greppet blev i stället att ta regleringen av banker som exempel. Det finns goda skäl för det eftersom de är de finansiella företag som är mest komplicerade och därmed svårast att reglera. Många av de principiella frågor som aktualiseras vid all finansiell reglering behandlas därmed, om än indirekt. Nackdelen blir den stora mängd finansiell reglering som inte behandlas och

³³ Se vidare Danelius, m.fl. aa.s. 434 ff.

³⁴ Se vidare Danelius, m.fl. aa.s. 66 f.

³⁵ S.W. och C.R., båda mot Förenade kungariket (22.11.1995).

som kan ha andra motiv bakom sig. Ansatsen passar emellertid bra för den i kapitlet genomgående ambitionen att förklara varför det behövs regler som ger betydande diskretionärt utrymme till tillämparen i delar av regleringen samt vilka rättsliga konsekvenser detta får. Ansatsen ger dock dåligt eller inget underlag för att diskutera finansiell reglering som ett enhetligt begrepp. Man kan avse all reglering som har specifik bäring på finansiell verksamhet, men då riskerar begreppet att bli uttunnat till oigenkännlighet. Å andra sidan riskerar begreppet finansiell reglering att bli alltför snävt om man med det endast avser de mest centrala delarna av regleringen av banker och försäkringsbolag eller drar gränsen vid verksamhet som står under tillsyn. Hur man drar gränsen mellan det som betecknas som finansiell reglering och det som utgör annan reglering är emellertid inte så viktigt så länge man har klart för sig skillnaderna mellan de verksamheter och förhållanden som regleras och de olika förutsättningar de medför.

En fråga som har kommit i centrum för den aktuella debatten i Sverige är kraven på precision och därmed förutsebarhet i regleringen. Svaret som ges ovan är att det beror på vad regleringen gäller. Om det är fråga om en banks soliditet eller kraven på aktsamhet i försäkringsrörelse måste med nödvändighet en hel del diskretionärt utrymme lämnas till tillsynsmyndigheten. Å andra sidan kan betydande krav på precision och förutsebarhet ställas på andra regler, där sakförhållandena som regleras medger det.

En annan slutsats är att långtgående paralleller till straffrätten riskerar att leda fel. Kraven på precision och förutsebarhet inom straffrätten är inte så strikta som ibland hävdas. Visserligen finns inom straffrätten exempel på precision och förutsebarhet, som ibland går ned på molekylnivå såsom i narkotikastrafflagen. Å andra sidan finns straffbestämmelser som ger rättstillämparen betydande svängrum att bestämma om rekvisiten är uppfyllda. Inte heller Konventionen eller Europadomstolens praxis ställer krav på stor precision i alla lägen.

Ytterligare en slutsats, eller åtminstone en observation, är att det har betydelse att företag står under en särskild regleringsregim, som t.ex. banker och försäkringsbolag gör. Frågan om den särskilda regleringsregimens närmare betydelse för de grundläggande rättigheternas omfattning tycks emellertid 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.