Tillståndsförvaltningen — särskilt avseende den finansiella sektorn (Del I av II)

Av advokaten Dan Hanqvist[1]

> The more people you have to ask for permission, the more dangerous a project gets. — Alain de Botton

Staten reglerar på flera sätt olika företags tillträde till marknaden. Den rättsliga terminologin är på detta område tämligen splittrad och såväl materiella som formella skillnader mellan olika förfaranden kan vara svåra att uppfatta. I artikeln görs ett försök att systematisera rättsstoffet med den finansiella sektorn som referensområde, med hänsyn till både nationell rätt och den inom området dominerande unionsrätten. — Artikeln är uppdelad i två delar. I denna första del (avsnitt 1–3) behandlas den grundläggande taxonomin och de olika förfaranden som kontrollerar själva marknadstillträdet. I en följande andra del (avsnitt 4–8) kommer vissa förfaranden som aktualiseras avseende redan pågående verksamhet respektive förfaranden som kvalificerar företagen för vissa rättsliga effekter att behandlas.

1 Inledning

Den offentliga makten kontrollerar näringsverksamhet på flera olika mer eller mindre ingripande sätt. Den tar sig flera olika uttryck — som normgivning av olika slag eller myndighetsbeslut — och utövas av olika slags organ. Viss normgivning har sitt ursprung i internationella organ, i synnerhet Baselkommittén för banktillsyn.[2] I grova drag utövas kontrollen av representanter för den svenska staten och kommunerna, inom området för denna artikel i första hand riksdagen och regeringen

[1] Advokat, fil. kand., LL.M. (Edin.), Finance and Regulatory Counsel, Roschier Advokatbyrå AB, Stockholm. — Jag vill tacka Olof Sundberg, chefsjurist på Nordic Growth Market, jur. dr Gustav Lindkvist och mina kollegor Jussi Pelkonen (Financial Regulatory & Funds Counsel), i Helsingfors, och Erik Sköld och Gustav Bonta, i Stockholm, för kritiska kommentarer på utkast till artikeln, och Olivia Dalayman Walander för framgångsrik jakt på skrivfel i tidigare versioner av texten. Slutresultatet är helt mitt eget ansvar.

[2] För de europeiska tillsynsmyndigheterna, se D. Stattin & R. Söderström, ”Tillsyn på den europeiska finansmarknaden efter finanskrisen – några implikationer för Sverige”, SvJT 2011 s. 451; R. Söderström, ”Det nya finansiella tillsynssystemet inom EU – en ny fas?”, ERT 2012 s. 26; J. L. Hansen, ”European Securities and Markets Authority (ESMA) – skabelsen af et føderaliseret tilsyn i EU”, NTS 2011 s. 72; och D. Hanqvist, *Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder* (2016a), kommentarerna till 13 kap. 1 § och 15 kap. 1 §. För Baselkommittén, se Ch. Goodhart, *The Basel Committee on Banking Supervision* (2011). Dess roll inom normgivningen diskuteras kritiskt i M. A. Salvador Armendáriz (red.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho* (2014), kap. III.

(främst som normgivare) och Finansinspektionen (”FI”)[3] (som normgivare och förvaltningsmyndighet), men även i någon mån Riksgäldskontoret och Riksbanken. Betydande makt utövas inom området av EU:s olika institutioner, dvs. rådet och parlamentet som lagstiftare och kommissionen respektive de europeiska tillsynsmyndigheterna (”ESA”): Europeiska bankmyndigheten (”EBA”), Europeiska försäkrings- och tjänstepensionsmyndigheten (”EIOPA”) och Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten (”Esma”).

Den finansiella sektorn är föremål för långtgående offentliga ingripanden.[4] Dagens hårda, omfattande och detaljerade reglering är inte självklar; t.ex. gällde ännu på 1870-talet att ”[b]ankrörelse, såvida dermed endast förstås upplåning och utlåning af penningar på de för en sådan rörelse vanliga sätt, [ägde] hvar och en fullkomlig frihet att idka”, och för bankbolag gällde ”de om bolag i allmänhet gifna föreskrifter[na]”. Sedelutgivande banker var dock underkastade särskild reglering.[5] Regleringen avses ofta vara ”kontracyklisk” för att motverka ekonomins cykliska förlopp. Den skärps vanligen efter en kris och därmed under den efterföljande nedgången för att sedan ibland lätta under konjunkturuppgångar, och bidrar således till uppbyggnaden av tillgångsbubblor med åtföljande ekonomiska, politiska och sociala problem, dvs. tvärtemot vad som får antas vara avsikten.[6] Marknader för varor och tjänster med rätt kvalitet till lägsta möjliga pris förutsätter god konkurrens, också vad gäller finansiella tjänster[7]. Särskild lagstiftning säkrar konkurrensen på marknader med flera aktörer respektive reglerar naturliga monopol[8]. Hårda och långtgående krav för att starta och driva finansiella företag har motiverats med behovet av att stärka finansiell stabilitet och ett högt skydd för konsumenter. De kan emellertid också begränsa konkurrensen med åtföljande välfärdsförluster[9]

[3] Förkortningar förklaras första gången de används (vilket kan vara i noterna).
[4] Se J. Urbaneja, *La ordenación internacional y europea de las entidades de crédito* (2018), s. 109 och 111.
[5] Se Th. Rabenius, *Handbok i Sveriges gällande förvaltningsrätt* II (1871), § 186.
[6] Se B. McDonnell, ”Dampening Financial Regulatory Cycles”, *Florida Law Rev.* 2013 s. 1597.
[7] Se prop. 2002/03:139 s. 155 f., 166 f., 197, 210 f. och 259, SOU 2008:12, bil. 5, s. 95 f. och Th. Bonneau, *Droit bancaire,* 12 uppl. (2017), Nr 297 ff.
[8] Se T. Prosser, *Law and the Regulators* (1997), s. 5 f. För svensk rätt, se främst konkurrenslagen (2008:579) resp. ellagen (1997:857), naturgaslagen (2005:403) och fjärrvärmelagen (2008:263). Konkurrensen skyddas också av EU:s primärrätt (se art. 3, 101 ff., 107 ff. och 120 FEUF samt art. 3.3 FEU).
[9] Se t.ex. prop. 2002/03:139 s. 156 och 184; J. von Hagen & J. H. von Stein, *Obst/Hintner. Geld-, Bank- und Börsenwesen*, 40 uppl. 2000, s. 445; J. S. Johnston, ”The Freedom to Fail: Market Access as the Path to Overcoming Poverty and Inequality”, *Harvard J. of Law & Public Policy* 2017 s. 41; Ch. Wheelan, ”Occupational Licensure: The Elephant in the Labor Market”, *University of St. Thomas J. of Law and Public Policy* 2011 s. 16; och E. S. Vorotnikov, ”License to Profit: An Analysis of Entry Regulations in the Legal and Real Estate Professions”, *University of St. Thomas J. of Law and Public Policy* 2011 s. 52.

och sämre skydd för konsumenterna[10]. Litteraturen talar om ”monopol”.[11] Deras betydelse, och de tilltagande frihetsgraderna för myndigheterna,[12] gör att regleringen aktualiserar flera grundläggande fri- och rättigheter,[13] och över huvud taget grundläggande konstitutionella värden.[14]

Tillståndsförvaltningen[15], liksom den kommersiella förvaltningsrätten i allmänhet[16], står under starkt unionsrättsligt inflytande — materiellt, institutionellt och förfarandemässig[17]. Normerna framgår ibland direkt av unionsrättsliga akter, ibland av nationella författningar som i sin tur ofta implementerar unionsrätt. Ett i hög grad komplext system har uppstått, som består av i sig komplex nationell, unionell och internationell normgivning av olika slag, på olika nivåer, med olika myndigheter, och ett komplext samspel mellan (olika delar av) de

[10] Se FI:s promemoria, ”Ramverk för marknader” (2017a-11-27, FI Dnr 17-4086), s. 16 och Advokatsamfundets remissvar R-2018/1282, 2018-10-09, s. 3; se också T. Padoa-Schioppa, *Regulating Finance* (2004), s. 20 f. och kap. 3. Bland de många nygamla — ibland riktigt gamla — idéer som har lanserats efter finanskrisen märks också tanken på att konkurrensbegränsningar kan användas som en del av den finansiella regleringen (se P. Krishnamurthy, ”George Stigler on His Head: The Consequences of Restrictions on Competition in (Bank) Regulation”, *Yale J. of Regulation* 2018 s. 823; se också X. Vives, *Competition and Stability in Banking* (2016)). Sådana gamla skrå-baserade idéer behandlas, och avfärdas, i allmänna termer i Sh. Ogilvie, *The European Guilds* (2019).

[11] Se Bonneau (2017), 273 och Th. Bonneau m.fl., *Droit financier* (2017), Nr 274.

[12] Se P. Schultz, ”The Shifting Foundations of Financial Regulation”, *University of St. Thomas J. of Law and Public Policy* 2015 s. 1.

[13] Se Urbaneja (2018), s. 112.

[14] Se P. M. Huber, *Verfassungsstaat und Finanzkrise* (2014).

[15] Se M. Schröder, *Genehmigungsverwaltungsrecht* (2016)), s. 60 f. 565 ff. Termen — som har inspirerats av Schröder (2016) — kan sägas beteckna såväl den del av förvaltningen som ägnar sig åt olika slags tillstånd, som dess aktivitet när den lämnar tillstånd. Här ska i första hand tillståndsförvaltningen i den senare meningen behandlas.

[16] Se Hanqvist (2016a), s. 51 ff.; B. O. G. Mortensen (red.), *Erhvervsforvaltningsret* (2016), s. 26; A. Serrano Acitores (red.), *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial* (2015), s. 41 ff.; A. Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre* (2013); J. Sirinelli, *Les transformations du droit administrative par le droit de l'Union européenne* (2011); M. Loughlin, *Foundations of Public Law* (2010), s. 463; M.-A. Frison-Roche & S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique* (2005), s. 59; A. Laget-Annamayer, ”La détermination des objectifs de la régulation dans l'Union européenne : au-delà de l'évidence, la complexité” i G. Eckert & J.-Ph. Kovar (red.), *Les objectifs de la régulation économique et financière* (2017); och A. Vincze, ”Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts – eine rechtsvergleichende Annäherung”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2017 s. 235.

[17] Se t.ex. W. Warnling-Nerep, ”En 'europeiserad' talerätt i förvaltningsprocessen?”, JP 2011 s. 119; W. Warnling Conradson, *En introduktion till förvaltningsrätten*, 12 uppl. (2018), s. 126; och E. Eldjarn, ”Fordeler og ulemper med nasjonal prosessautonomi på EU[-] og EEG-rettens område”, ERT 2017 s. 525. Jag använder termen ”unionsrätten” också för det som tidigare var ”gemenskapsrätten”.

nationella, unionella och internationella rättsordningarna och myndigheterna — som avses reglera ett komplext finansiellt system med nationella, unionella och internationella förgreningar.[18]

2 Taxonomi och terminologi

Svensk och unionell normgivning för finansiell verksamhet företer en konceptuellt och terminologiskt splittrad bild[19] och verkar lida av den ”konceptlöshet” som tidigare har påtalats vad gäller de förvaltningsrättsliga sanktionerna.[20] De bakomliggande tankarna förefaller inte alltid vara klart formulerade och utformningen varierar på ett oavsiktligt sätt. Svensk rättsvetenskap förefaller sakna sammanhängande teoribildning om tillståndsförvaltningen i allmänhet och av den finansiella sektorn i synnerhet. Liksom i vissa andra länder[21] har den finansiella regleringen inte blivit föremål för någon omfattande rättsvetenskaplig behandling i Sverige. Det är vanligare med (i och för sig mycket värdefulla) ekonomiska utredningar kring sektorns reglering. Under senare år verkar ett ökande rättsvetenskapligt (också specifikt förvaltningsrättsligt) intresse ha vuxit fram här hemma (liksom i andra länder), att döma av studentuppsatser, en och annan doktorsavhandling, den periodiska litteraturen och t.o.m. en och annan lagkommentar. Här ska i samma anda göras ett försök att i någon mån systematisera rättsstoffet och att sätta in tillståndsförvaltningen i ett större rättsligt sammanhang.[22] Det här valda materiella området — den finansiella sektorn — kan förhoppningsvis fungera som ett ”referensområde” av också mer allmänt förvaltningsrättsligt intresse.[23]

FI har föreslagit en uppdelning av sina olika beslut i tillstånd, auktorisationer, dispenser och godkännanden.[24] *S. Nicinski* delar in besluten i förbud, auktorisationer och förvägsanmälningar.[25] *L. Arroyo Jiménez* har föreslagit en indelning i auktorisationer, dispenser och koncessioner.[26] Här ska jag föreslå en något annorlunda taxonomi —

[18] Se Hanqvist (2016a), s. 101 ff., med hänv. och figur 2, 3 och 4. Se också H. Falkman, *Försäkringsrörelse* (2010), s. 23 f. och kap. 3; P. Damiani, *Elementi di Diritto pubblico dell'economia* (2009), s. 14 ff.; och W. Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 4 uppl. (2010), s. 25 ff.

[19] Fenomenet är inte specifikt svenskt; se t.ex. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 6 uppl. (2018), nr 165. Den näringsrättsliga lagstiftningen är allmänt splittrad och osystematisk (se J. Perkins, ”The Morality of Commercial Lawmaking”, *Butterworth's J. of International Banking and Finance Law* 2005 s. 456; D. Hanqvist, ”Näringsrättens splittring — exemplet med de finansiella marknaderna”, FT 2006 s. 23; Hanqvist (2016a), s. 113 f. (med hänv. till en lång rad remissvar från Advokatsamfundet); och Advokatsamfundets remissvar R-2018/1282, 2018-10-09, s. 2 f. med n. 1).

[20] Se W. Warnling-Nerep, *Sanktionsavgifter — särskilt i näringsverksamhet* (2010), s. 49.

[21] Se Urbaneja (2018), s. 109.

[22] Här rör det sig om en utvecklad version av den modell jag presenterade i artikeln ”Anmälnings- och registreringsplikten enligt lagstiftningen för de finansiella aktörerna”, FT 2008a s. 273 (se också Hanqvist (2016a), kommentaren till 3 kap. 1 §).

[23] Jfr E. Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2 uppl. (2006), s. 8; Salvador Armendáriz (red.) (2014), s. 27; och Hanqvist (2016a), s. 38.

[24] Se FI (2017a), s. 22.

[25] Se Nicinski (2018), nr 149.

[26] Se L. Arroyo Jiménez, *Libre empresa y títulos habilitantes* (2004).

men i nära anslutning till främst Arroyo Jiménez', men också i någon mån till Nicinskis. Taxonomin fyller pedagogiska uppgifter och kan underlätta diskussionen om gällande regler och förändringar av reglerna, och har också materiellt rättslig betydelse. Besluten medför olika grad av bundenhet för beslutsmyndigheten. En synnerlig skiljelinje går mellan, å ena sidan, A- och B-besluten och, å den andra sidan, övriga beslut. Medan alla beslut omfattas av allmänna förvaltningsrättsliga regler och principer (såsom legalitet, objektivitet, saklighet och proportionalitet), aktualiserar A- och B-besluten i utrerad form grundläggande fri- och rättigheter (i form av närings- och yrkesfriheten) i svensk rätt[27] och unionsrätt[28]. Enligt Europadomstolens praxis står den finansiella sektorslagstiftningen inte utanför skyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna.[29] Detta får praktiskt relevanta följder för lagstiftning och myndigheternas beslutsfattande.[30] En i sammanhanget särskilt viktig princip är *proportionalitetsprincipen* (förhållandet mellan begränsningar av grundläggande fri- och rättigheter och det ändamål som har föranlett den måste stå i ett proportionellt förhållande till varandra), som är grundläggande i alla konstitutionella demokratier[31] och som gäller enligt såväl unionsrätten[32] som svensk

[27] Se RF 2 kap. 17 §.
[28] Se art. 16 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02) ("Rättighetsstadgan").
[29] Se *Capital Bank AD mot Bulgarien*, 2005-11-24, no. 49429/99, ECHR2005-XII; se också J. Hecker, *Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht* (2007), s. 182.
[30] Jfr Arroyo Jiménez (2004), s. 419 och Fleiner (1919), s. 381.
[31] Se O. Söderlund, "Regeringsformens proportionalitetskrav som grund för lagprövning och grundlagskonform tolkning i domstol efter 2010 års reform (del I)", SvJT 2018 s. 375 (s. 375); se också del II (SvJT 2018 s. 475) och del III (SvJT 2018 s. 579). Se också K. Åhman, "Europadomstolens principer" i L. Marcusson (red.), *Offentligrättsliga principer*, 3 uppl. (2017), s. 41; X. Prétot & C. Zacharie, *La police administrative* (2018), s. 136 ff.; och Hecker (2007), s. 221 ff.
[32] Se art. 5 FEU och art. 52 Rättighetsstadgan; Kilian (2010), s. 116 f.; J. Hettne & I. Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metod*, 2 uppl. (2012), s. 62 f.; U. Bernitz & A. Kjellgren, *Europarättens grunder*, 6 uppl. (2018), s. 165; och H. Wenander, "Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag", FT 2018 s. 443 (s. 444 f.). Unionsrätten har i flera nationella rättsordningar förstärkt proportionalitetsprincipens genomslag (se J. J. Montero Pascual, *Regulación económica*, 2 uppl. (2016), s. 99 och 139). Den unionsrättsliga principen förefaller kunna slå igenom också tydlig nationell lagstiftning som saknar proportionalitetsbestämmelser för unionsrättsliga frågor, också när unionsrätten *in casu* saknar direkt effekt eller direktivkonform tolkning av nationell rätt inte är möjlig (se EUD:s dom 2018-10-04 i *Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistik mot Budapest Rendőrfőkapitánya*, C-384/17, EU:C:2018:810).

konstitutionell rätt[33] och förvaltningsrätt, enligt både lag[34] och praxis[35]. Principen gäller även utan att ha uttryckts i författning[36] och ska tillämpas vid enskilda beslut.[37] Inom tillståndsförvaltningen avseende finanssektorn blir det — pga. unionsrättens stora betydelse för området — ofta(st) den unionsrättsliga principen som ska användas, också hos svenska myndigheter.[38]

De aktuella besluten och de resulterande tillstånden delas enligt den här presenterade taxonomin in i: (**I**) sådana som avses *kontrollera marknadstillträdet direkt* respektive (**II**) sådana som avses *reglera beteendet* hos dem som har beviljats marknadstillträde. Skillnaden mellan (I) och (II) vilar just på ingripandets proportion till syftet. Besluten och tillstånden i grupp II kan vara av olika slag. Vissa av dem — typ 1-beslut resp. typ 1-tillstånd — handlar om *tillåtligheten för vissa åtgärder*; andra — typ 2-beslut — syftar till att *FI ska få kännedom* om vissa omständigheter, ev. för senare ingripande. Ytterligare en kategori utgörs av *förbud eller påbud med dispensmöjligheter* (**III**). Härtill kan läggas en fjärde grupp för beslut som inte i och för sig krävs för att verksamheten ska få bedrivas men för att verksamheten ska kunna bedrivas med särskilda privilegier eller rättsliga effekter: (**IV**) *auktorisationer*. Här ska jag inte närmare diskutera sådana beslut som Arroyo Jiménez betecknar som *"koncessioner"*, dvs. beslut som kan sägas gå ut på att staten ger en privat aktör ett uppdrag att utföra vissa ekonomiska funktioner eller transaktioner.[39]

[33] Se särskilt RF 2 kap. 21 §, men också RF 2 kap. 15 §, 8 kap. 22 § p. 3 och 4 och 14 kap. 3 §. Se också Söderlund (2018) och Wenander (2018), s. 445.

[34] Se 5 § 3 st. FL. Den finansiella regleringen innehåller flera bestämmelser om proportionalitet (se t.ex. Hanqvist (2016a), s. 67 f.; prop. 2006/07:5 s. 136 och 137; prop. 2012/13:155 s. 417; prop. 2015/16:9 s. 226; 6 kap. 4 a § lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse ("LBF"); 8 kap. 6 § lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden ("LVM")); och 1 kap. 9 § lagen (2015:1016) om resolution ("ResL"). Det förkommer att FI — normvidrigt — utnyttjar sin delegerade föreskriftsrätt inte för att närmare *specificera* utan helt *upphäva* lagstiftad tillämpning av proportionalitetsprincipen (jfr 6 kap. 2 § 1 st. pkt 2 lagen (2017:630) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism med 6 kap. 5 § 1 st. FI:s föreskrifter (FFFS 2017:11) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism avseende kravet på en "centralt funktionsansvarig").

[35] Se t.ex. RÅ 1997 ref. 59, RÅ 1999 ref. 76, HFD 2012 ref. 12 och HFD 2013 ref. 64. Se också I. Helmius, "Proportionalitetsprincipen" i Marcusson (red.) (2017); Wenander (2018); och Advokatsamfundets remissvar R-2018/1282, 2018-10-09, s. 3 med n. 2 (med hänv. till tidigare remissvar).

[36] Se W. Warnling-Nerep, "Finansinspektionens tillsyn i perspektiv av legalitet och legitimitet", FT 2009 s. 389 (s. 418).

[37] Se A. Bohlin & W. Warnling-Nerep, *Förvaltningsrättens grunder*, 2 uppl. (2011), s. 19 och FI:s remisspromemoria, "Förslag till nya föreskrifter och allmänna råd om kreditriskhantering" (2017-10-17, Fi Dnr 16-9877), s. 11.

[38] Se M. Schmauch, "Unionsrättens skydd för grundläggande rättigheter i sanktionssystemet för finansiella företag", JT 2017–18 s. 69, RÅ 2004 ref. 95, RÅ 2009 ref. 83 och prop. 2015/16:9 s. 226.

[39] Distinktionen mellan koncessioner och — med min terminologi — tillstånd av typ I diskuteras i Arroyo Jiménez (2004), s. 398 ff. Typexemplet på en koncession är när det offentliga upplåter offentlig egendom till en privat nyttjare med uppdrag att tillhandahålla en tjänst, vanligen i allmänhetens intresse (se t.ex. 1 kap. 13 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner; P. Norman & M. de Jounge, *Offentlig Upphandling*, Zeteo 2018-09-07, kap. 27; se ocksåF. L. Hernández González, *La nueva*

Resultaten av beslut av typ I betecknas på olika sätt, såsom ”koncession”, ”tillstånd”, ”auktorisation”, ”registrering” eller ”godkännande”. Sinsemellan kan besluten föregås av prövningar av olika omfattning och föranleda olika verksamhetsbegränsningar. Den i författningarna använda terminologin ger inte alltid vägledning till vilka prövningar och begränsningar som kan bli aktuella. Emellertid kan besluten delas in i tre grupper: beslut som föregås av relativt omfattande prövningar och som leder till relativt omfattande verksamhetsbegränsningar (*A-beslut* resp. *A-tillstånd*); beslut som föregås av mer begränsade prövningar och som inte medför lika omfattande verksamhetsbegränsningar (*B-beslut* resp. *B-tillstånd*); och produktförbud (*C-beslut* resp. *C-tillstånd*). Auktorisationerna — typ IV — betecknas också på olika sätt; här saknas anledning att dela in dem i olika undergrupper.

En såväl praktiskt som teoretiskt viktig distinktion är den mellan ”tillstånd” och ”anmälan”. Också *anmälan* kan vara ett krav för marknadstillträde; ett alldeles färskt exempel erbjuds av anmälningsplikten för röstningsrådgivare.[40] I 5 kap. 7 § 1 st. LAIF[41] föreskrivs vad som gäller för utländska AIF-förvaltare avseende marknadsföring av vissa AIF:er. I vissa fall krävs *underrättelse* medan *tillstånd* krävs i andra. Historiskt har det emellertid visat sig att det i praktiken kan vara svårt för FI att iaktta denna skillnad. Det förefaller finnas en tendens att alla förfaranden förr eller senare i praktiken utformas som något slags tillståndsförfarande.[42] Detta var t.ex. fallet med anmälan enligt LAnmFV[43], som *inte* förutsatte någon förhandsprövning innan det anmälda företaget började driva sin verksamhet; kontrollen skedde i stället i efterhand.[44] Efter många år av felaktig tillämpning av lagen å FI:s sida ändrades den, så att lagen kom att stämma överens med FI:s tidigare lagvidriga praxis.[45] Det är inte helt ovanligt att regering och riksdag först tolererar myndigheternas lagbrott för att sedan ändra lagen, i stället för att ta itu med myndigheten som bryter mot den. Regeringen har sedermera klargjort

concesión de servicios (2018)) och K. Waechter, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat* (2008)). En ytterligare — men rättsligt annorlunda — typ av koncessioner erbjuds av privatiseringen av infrastrukturer som utgör naturliga monopol (t.ex. nät- och ledningskoncessioner enligt 2 kap. 1 § ellagen resp. 2 kap. 1 § naturgaslagen). Det är lätt att få intrycket av att många politiker betraktar beslut av typ I som just koncessioner (jfr J. C. Laguna de Paz, *Derecho Administrativo Económico* (2016), s. 234). — Terminologin i 4 kap. 1 § lagen (1998:293) om utländska försäkringsgivares och tjänstepensionsinstituts verksamhet i Sverige (”LUFT”) — som föreskriver ”koncession” för utländska försäkringsgivare från utanför EES vad gäller försäkringsverksamhet i Sverige — kan därför vara missvisande. Terminologin överensstämmer med beteckningen för tillstånd för försäkringsrörelse enligt försäkringsrörelselagen (1982:713).

[40] Se 3 § lagen (2019:XXX) om röstningsrådgivare (”LRR”) (i skrivande stund ännu inte promulgerad).

[41] Lagen (2013:561) om förvaltare av alternativa investeringsfonder.

[42] Se Hanqvist (2008a).

[43] Lagen (1996:1006) om anmälningsplikt avseende viss finansiell verksamhet (≡lagen (1996:1006) om valutaväxling och annan finansiell verksamhet (”LVAF”) i tidigare lydelse).

[44] Se prop. 2013/14:107 s. 40 f.

[45] Se 2 § LVAF och prop. 2016/17:173 avsnitt 12.3 och s. 586.

att ”[d]et finns en skillnad mellan ansökan om registrering och anmälan. Ansökan om registrering […] förutsätter att ansökan prövas och eventuellt godkänns innan verksamheten får påbörjas. Anmälan […] förutsätter inte någon sådan förhandsprövning innan det anmälda företaget börjar driva sin verksamhet. Kontrollen sker i stället i efterhand.”[46]

Ytterligare ett praktiskt exempel ges beträffande institut för elektroniska pengar. I 5 kap. 4 § FFFS 2011:49 sägs:

> Ett institut för elektroniska pengar ska snarast anmäla en ändring av dess styrelse eller ledande befattningshavare enligt FI:s föreskrifter (FFFS 2009:3) om ägar- och ledningsprövning. Vid byte av den som är ansvarig för verksamheten med utgivning av elektroniska pengar, eller dennes ställföreträdare, ska motsvarande uppgifter enligt första stycket lämnas för denna person.

På FI:s hemsida sägs: ”Ett institut för elektroniska pengar eller en registrerad utgivare ska informera FI i samband med att vissa personer utses eller ändras i företaget. […] FI fattar beslut inom 60 dagar under förutsättning att anmälan är fullständig och avgiften betald.” Detta kan uppfattas som om den anmälan som anges i själva verket är en ansökan. På förfrågan har FI svarat att:[47]

> [r]esonemanget som regeringen för i den […] nämnda propositionen rör skillnaden mellan en ansökan om registrering enligt lagen om inlåningsverksamhet jämfört med en anmälan om registrering enligt lagen om anmälningsplikt avseende viss annan finansiell verksamhet i sin dåvarande lydelse. Resonemanget är därmed inte nödvändigtvis allmängiltigt vad gäller ansökningar och anmälningar inom hela den finansiella juridikens område. […] Resonemanget i den prop[osition]en handlar inte om skillnaden mellan ansökningar och anmälningar i stort, utan om två specifika varianter.

Detta yttrande kan alltså ifrågasättas. Riksdag och regering har i och för sig underlättat sammanblandningen genom att ibland föreskriva avgifter för ”prövning av anmälan”,[48] och regeringen har — med tveksamt

[46] Se prop. 2013/14:107 s. 39; se också Ds 2013:26 s. 44, med hänvisning till och parafras av Hanqvist (2008a). — Tack till min kollega John Ersson, vars besvärliga och ihärdiga frågor i ett ärende gav mig anledning att titta närmare på de här reglerna.

[47] Se svar 2018-06-06 och 2018-07-18 per e-post (FI Dnr 18-12343).

[48] Se 13 kap. 16 § 2 st.18 LBF, 5 kap. 10 § 2 st. lagen (2016:1024) om verksamhet med bostadskrediter (”LVB”), 33 § lagen (2014:275) om viss verksamhet med konsumentkrediter (”LVK”), 10 kap. 11 § 2 st. LVM, 10 § 3 st. LRR, 23 kap. 12 § 2 st. lagen (2004:46) om värdepappersfonder (”LVF”), 13 kap. 15 § 1 st. LAIF, 8 kap. 10 § 3 st. § lagen (2018:1219) om försäkringsdistribution (”LFD”) och förordningen (2001:911) om avgifter för prövning av ärenden hos Finansinspektionen. Ibland föreskrivs dock att avgifterna ska finansiera FI:s verksamhet i allmänhet, där anmälningar ingår (se 20 § LVAF, 8 kap. 7 § lagen (2010:751) om betaltjänster (”LBT”), 5 kap. 7 § lagen (2011:755) om elektroniska pengar (”LEP”), 17 kap. 29 f. §§ försäkringsrörelselagen (2010:2043) (”FRL”)) och 1 kap. 3 § lagen (2016:1306) med kompletterande bestämmelser till EU:s marknadsmissbruksförordning (”MARL”).

lagstöd — föreskrivit att anmälningar kan avvisas om avgiften inte betalas inom viss tid.[49] Men det finns en skillnad mellan tillstånd och anmälan. När verksamheten som omfattas av viss reglering är så begränsad att den inte bör vara tillståndspliktig kan i stället anmälan krävas,[50] varvid syftet med anmälan är att underlätta för FI att utöva tillsyn.[51] Detta blir särskilt tydligt när anmälningarna inte reglerar marknadstillträde utan mer är av ordningskaraktär.[52] Skillnaden mellan tillstånd och anmälan kan illustreras med vad som gäller för bolagsordningarna i kreditinstitut, bolåneinstitut, konsumentkreditinstitut, värdepappersbolag och försäkringsaktiebolag. Bolagsordningarna ska godkännas av FI och får registreras hos Bolagsverket först efter godkännandet.[53] En bolagsordning får inte verkställas innan den har registrerats.[54] Aktiebolags styrelseledamot, styrelsesuppleant, styrelsens ordförande, VD och vice VD ska registreras hos Bolagsverket.[55] Godkännande av (tillstånd för) befattningshavarna är inte registreringsvillkor; i stället ska FI ingripa mot olämpliga befattningshavare som redan har tillträtt.[56] Anmälan av ledningspersonerna är till just för att FI ska kunna ingripa i efterhand.

Ur myndighetsperspektiv kan det ofta kännas ”säkrare” att omforma vad som formellt inte är tillståndsförfaranden till just sådana förfaranden, eftersom det ger myndigheten större möjligheter att förekomma extern kritik. Allmänheten, politiker och journalister har ofta också svårt att skilja mellan olika förfaranden och på vad myndigheten har för ansvar och uppdrag inom de olika förfarandena. Från tillsynsobjekten finns det ofta ett starkt behov av rättssäkerhet, dvs. innan större investeringar görs i olika system eller marknadsföring inleds avseende nya produkter eller tjänster är det viktigt för dem att veta huruvida FI kommer att underkänna vad de har gjort för att följa lagen. Eftersom ”lagen” i dessa fall innehåller ett ansenligt mått diskretion för FI, är det ofta inte möjligt att endast utifrån rättskällorna avgöra vad som krävs. Företagen vill därför ofta få bekräftat av FI att en anmälan eller underrättelse inte kommer att leda till FI:s ingripande. I praktiken blir det därför mindre skillnad på tillstånd och andra förfaranden.[57]

[49] Se 6 § förordningen om avgifter för prövning av ärenden hos Finansinspektionen.
[50] Se prop. 2018/19:56 s. 66.
[51] Se prop. 2018/19:56 s. 104 och Justitiedepartementets *Promemoria. Kompletteringar till lagen om röstningsrådgivare* (2019-02-11, Ju2018/03135/L1), s. 15.
[52] Se t.ex. 5 kap. 3 § LBF, 4 kap. 4 § LVB och 3 kap. 25 § LBT.
[53] Se 3 kap. 4 § 2 st. LBF, 2 kap. 2 § 3 st. och 3 kap. 3 § LVB, 11 § 3 st. LVK, 3 kap. 4 § 2 st. LVM resp. 2 kap. 8 § 2 st. och 9 § 2 st. FRL.
[54] Se 3 kap. 5 § aktiebolagslagen (2005:551).
[55] Se 8 kap. 43 och 44 §§ aktiebolagslagen.
[56] Se 15 kap. 2 § LBF, 6 kap. 3 § LVB, 21 § LVK, 8 kap. 10 § LBT, 5 kap. 10 § LEP, 25 kap. 4 § LVM, 12 kap. 3 § LVF, 14 kap. 3 § LAIF, 18 kap. 11 § FRL och 9 kap. 8 § LFD.
[57] Jfr M. Monnier, *Les decisions implicites d’acceptation de l’administration* (1992), s. 25 och Arroyo Jiménez (2004), s. 317.

3 Marknadstillträde (typ I)

3.1 Allmänt

Beslut av typ I reglerar själva *marknadstillträdet*. De hänför sig till en ”yrkesmässigt” — kommersiellt — bedriven rörelse, som utmärks av självständighet, viss regelbundenhet och varaktighet samt i regel av vinstsyfte.[58] Sådan finansiell verksamhet som inte bedrivs regelmässigt, som enstaka transaktioner, eller endast utgör en obetydlig del av företagets rörelse, omfattas inte av tillståndsplikten.[59] För att rörelsen ska anses ha viss verksamhet till ändamål krävs att verksamheten har ett självständigt syfte.[60] Typ I-beslut aktualiseras inte avseende enskilda handlingar eller transaktioner annat än när de utgör en del av en rörelse som för sitt lagliga bedrivande förutsätter att tillstånd har beviljats. I sin *konsumentskyddande funktion* fungerar typ I-besluten — liksom den kommersiella förvaltningsrätten ofta i övrigt[61] — inte individuellt utan *kollektivt*. Beslut om marknadstillträde kan delas in i politirättsliga preventiva förbud med tillståndsförbehåll (kontrolltillstånd) (A- respektive B-beslut) och repressiva förbud eller påbud med möjlighet till undantag (dispenser) (beslut av typ III).[62]

Kontrolltillstånd används avseende verksamheter som i princip är socialt nyttiga och önskvärda, men som kan medföra faror som behöver kontrolleras. Verksamhetsförbud och tillståndsförfarande är inte avsedda att i och för sig begränsa eller förhindra verksamheten — som ju i princip är önskvärd — utan ska i stället på ett verksamt sätt *säkerställa den avsedda kontrollen*[63], i synnerhet för den finansiella regleringen, som bl.a. syftar till att säkra den funktion som de finansiella förtagen fyller.[64]

[58] Se 1 kap. 3 och 4 §§ LBF, 1 kap. 4 c § (def. av ”värdepappersrörelse”), 10 kap. 1 § och 19 kap. 1 § LVM, 1 § LVAF; t.ex. prop. 1987/88:149 s. 26, prop. 1990/91:142 s. 85 ff., 110 och 141 ff., prop. 1992/93:89 s. 207, prop. 2002/03:139 s. 220 f., prop. 2002/03:150 s. 146 och prop. 2006/07:115 s. 316, 341 och 347; och K.-H. Boos m.fl., *KWG, CRR-VO: Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften*, 5 uppl. (2016), § 32 KWG, Rnr 17, G. Luz m.fl. (red.), *KWG und CRR* I och II, 3 uppl. (2015), § 32 KWG, Rnr 11, M. Casper & M. Terlau (red.), *Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG). Das Aufsichtsrecht des Zahlungsverkehrs und des E-Geldes. Kommentar* (2014), § 8, Rnr 4 och Bonneau (2017), Nr 274. Jfr dock 1 kap. 13 § LUFT.

[59] Detta krav framgår ofta endast av förarbetena (se t.ex. prop. 2006/07:115 s. 554). Ett undantag är 1 § p. 2 LVAF, där huvudsaklighetsrekvisitet framgår explicit redan av lagtexten.

[60] Se prop. 2002/03:139 s. 221 och prop. 2006/07:115 s. 554.

[61] Jfr D. Hanqvist, ”*Suum cuique* — Syntetisk konkurrens i el- och naturgasnät”, FT 2014a s. 55 (s. 81 f. och 126 ff.).

[62] För uppdelningen i preventiva respektive repressiva tillstånd och beslut, se t.ex. P. Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftverwaltung*, 4 uppl. (2011), Rnr 207; Arroyo Jiménez (2004), s. 328; och S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, 2 uppl. (2017), s. 168 f. och nr 274. Ibland används termen ”dispens” i författningstexten (se t.ex. 14 § andra stycket lagen (1984:3) om kärnteknisk verksamhet).

[63] Se H. Maurer & Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19 uppl. (2017), § 9, Rnr 53. Se också J. Ziekow, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3 uppl. (2013), § 5, Rnr 11 f. och Urbaneja (2018), s. 109 och 112 f.

[64] Se t.ex. SOU 2013:6 s. 59 ff. och Ch. Paraschiakos, *Bankenaufsicht zwischen Risikoverwaltung und Marktbegleitung* (2017), s. 10 ff. Se också SOU 2000:11 s. 77 ff.

Typexempel på detta slags tillstånd är just därför sådana verksamhetstillstånd som förekommer avseende t.ex. banker och andra kreditinstitut, värdepappersbolag och -institut, försäkringsbolag, fondbolag och AIF-förvaltare.[65] Dispensförfaranden gäller verksamheter som principiellt är socialt oönskade men som, för att undvika något som är ännu mindre önskvärt, under vissa närmare kontrollerade förhållanden måste *tolereras* till förmån för något allmänt intresse.[66] Kontrolltillstånden kan så sägas *möjliggöra* viss verksamhet[67] medan dispenserna endast medför en *villkorad tolerans*.[68] Vad som enligt lagen är avsett att vara en extraordinär åtgärd är en dispens och inte ett tillstånd.[69] Dispenserna från förbud meddelas *contra rationem legis* (emot lagens syfte) medan kontrolltillstånden meddelas *secundum rationem legis* (i enlighet med lagens syfte).[70]

I båda fallen handlar det formellt om ingrepp i närings- och yrkesfriheten. Vad gäller de repressiva förbuden föreligger emellertid grund för att principiellt olagligförklara verksamheten. Dessa inskränkningar i näringsfriheten är — liksom sådana inskränkningar som följer av straffrätten — permanenta. De politirättsliga[71] inskränkningarna i näringsfriheten är av en annan natur — *fareavvärjandet* är politirättens klassiska kärna.[72] Sådana inskränkningar står i permanent spänningsförhållande till de grundlags- och konventionsskyddade fri- och rättigheterna. När sådana tillstånd beviljas återställs den konstitutionella utgångspunkten.[73] De kan sägas vara *”deklarativa”* (eftersom de ”deklarerar” förekomsten av den redan existerande rättigheten) snarare än

[65] Se F. Dornseifer, U. Klebeck, Th. A. Jesch & C. Tollman (red.), *AIFM-Richtlinie. Kommentar* (2013), Artikel 6, Rnr 3; Boos m.f. (2016), KWG § 32, Rnr 5; Casper & Terlau (2014), § 8, Rnr 4; och D. Kaulbach, G. W. Bähr, P. Pohlmann, J. Bürkle & S. Göertz, *Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG – mit Solvabilität II, Anlageverordnung und Kapitalausstattungsverordnung. Kommentar*, 5 uppl. (2012), § 5, Rnr 3. Jfr också A. Thiele, *Finanzaufsicht* (2014), s. 208; W. Weitnauer, L. Boxberger & D. Anders (red.), *KAGB. Kapitalanlagegesetzbuch*, 2 uppl. (2017), § 20 KAGB, Rnr 16; och Luz m.fl. (2015), KWG § 32, Rnr 1. — ”AIF” står för ”alternativ investeringsfond”. Till synes radikalt annorlunda G. Sjöberg, ”Om besök – välkomna och ovälkomna”, *Festskrift till Göran Millqvist* (2019), s. 563, som förefaller mena att t.ex. bankverksamhet i princip vore förbjudet (s. 575).

[66] Detta är det klassiska argumentet för dispenser; se t.ex. redan den helige Thomas av Aquino, *Summa theologiæ*, Iª–IIæ, *Qu.* 97, *Art.* 4 *corpus*. En typisk dispens är rätten att släppa ut miljöfarliga substanser; se t.ex. MB i 9 kap. 6 §.

[67] Jfr R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge, *Understanding Regulation*, 2 uppl. (2012), s. 3.

[68] Se Schröder (2016), s. 2 ff.; J. Broscheit, *Rechtswirkungen von Genehmigungsfiktionen im Öffentlichen Recht* (2016), s. 17 f.; och Maurer & Waldhoff (2017), § 9, Rnr 52 och 56.

[69] Se H. Strömberg, *Konungens dispensmakt* (1957), s. 57.

[70] Se Arroyo Jiménez (2004), s. 327, 313, 326 och 515 och Strömberg (1957), s. 55.

[71] För distinktionen mellan ”politiåtgärder” och ”sanktioner”, se Hanqvist (2016a), kommentaren till 14 kap. 1 §.

[72] Se E. Sjöholm, *Om politimakten och dess begränsningar* (1964), s. 155 ff.

[73] Se Maurer & Waldhoff (2017), § 9, Rnr 53; Kaulbach m.fl. (2012), § 5, Rnr 4; och Arroyo Jiménez (2004), s. 375. Det kan visserligen sägas att polititillståndet inte ger upphov till subjektiva rättigheter (se F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 4 uppl. (1919), s. 382), men det innebär inte att enskilda skulle sakna en rättighet avseende verksamheten. Denna (subjektiva) rättighet är *konstitutionell*, i

”konstitutiva” (rättigheten uppstår inte i och med beslutet).[74] Åtminstone genom unionsrättens inträde är tillstånd av typ I *inte diskretionära* utan utgör reglerade, styrda eller programmerade beslut.[75] De syftar till att göra det möjligt för myndigheten att *verifiera*[76] att det saknas hinder mot tillstånd. Detta yttrar sig t.ex. genom att industripolitiska hänsyn inte tillåts påverka vilka tillstånd som ges.[77] I princip är det inte tillåtet med regler som förhindrar nyetableringar inom en viss näring eller ett visst yrke, eftersom detta innebär ett skydd för de redan etablerade, såvida det inte samtidigt föreligger något angeläget allmänt intresse som ändå motiverar en sådan reglering.[78] Tidigare beslutade regeringen om t.ex. banktillstånd (oktroj).[79] Sedan förbehölls tillståndsprövningar av principiell betydelse eller av särskild vikt regeringen.[80] I dag är det endast FI som fattar sådana beslut.[81] FI:s tillståndsbeslut är *tekniska* snarare än *politiska*; det rör sig här således principiellt om *näringspoliti*.[82]

form av yrkes- och näringsfriheten (se A. Cidoncha, *La libertad de empresa* (2006), s. 177 ff.).

[74] Se Fleiner (1919), s. 380 f., Montero Pascual (2016), s. 117 f. och Laguna de Paz (2016), s. 229 f. (vilka båda senare särskilt ansluter till tysk doktrin).

[75] Se Salvador Armendáriz (red.) (2014), s. 53. Se också allmänt Thiele (2014), s. 50.

[76] Se R. García Alcubilla & J. Ruiz del Pozo, *Credit Rating Agencies on the Watch List* (2012), s. 100. Som exempel kan anges KamR Stockholms dom i *Pennybridge AB mot FI* (2018-10-15, mål 3299-18), i vilket FI inte kunde avgöra huruvida företagets interna regler och processer avseende förbyggande och upptäckt av penningtvätt vore tillfredsställande, eftersom reglerna förefaller ha bestått av främst parafraser av gällande lagstiftning och föreskrifter, utan anpassning till företagets verksamhet och konkreta omständigheter. Företagets ansökan om undantag från tillstånd för att tillhandahålla betaltjänster enligt 2 kap. 3 § LBT avslogs därför. Se också motsvarande bedömning i t.ex. *Re Leasio Finans AB*, 2018-09-05, FI Dnr 18-9344.

[77] Se art. 11 CRD IV; art. 22 Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/138/EG av den 25 november 2009 om upptagande och utövande av försäkrings- och återförsäkringsverksamhet (”Solvens II”); art. 3.3 FEU; art. 119, 120 och 127 FEUF; SOU 1969:16 s. 90 f.; prop. 1997/98:186 s. 57 f., 70 f. och 74; och Padoa-Schioppa (2004), s. 21. Jfr prop. 1984/85:77 s. 46 ff. och prop. 1987/88:100, bil. 2, s. 11 f. Den tidigare regeln om att oktroj (banktillstånd) inte fick vägras på den grunden att det inte behövs någon ytterligare bank (se 9 kap. 3 § 7 st.) återfinns inte i LBF, men regeln följer alltså av unionsrätten och torde ha direkt effekt.

[78] Se E. Holmberg m.fl., *Grundlagarna*, 4 uppl. (2016), kommentaren till 2 kap. 17 §.

[79] Se 1 § 1 st. lagen (1955:183) om bankrörelse.

[80] Se 1 kap. 4 § 2 st. 2 meningen bankrörelselagen (1987:617).

[81] Se 2 kap. 1 § LBF. Regeringen fattar beslut i resolutionsfrågor (se 1 kap. 3 och 5 §§ ResL).

[82] Se N. Ruppel, *Finanzdienstleistungsaufsicht in der Europäischen Union* (2015), s. 43; M. Schmidt-Wenzel, *Die Regulierung von Kreditderivaten* (2017), s. 34; och Sjöholm (1964), s. 75. Jfr L. G. Rabenius, *Lärobok i national-ekonomien* (1829), § 280; och M. Loughlin, *Foundations of Public Law* (2010), s. 463. (Jfr dock den kritiska diskussionen i E. Muller, ”La comparaison des objectifs de la régulation et de la police” i Eckert & Kovar (red.) (2017).) Grändragningen mellan ”politiska” och ”tekniska” beslut och normer är av avgörande betydelse vad gäller gränserna för Kommissionens resp. ESA:s behörigheter (se t.ex. den grundliga diskussionen i J. Schemmel, *Europäische Finanzmarktverwaltung* (2018), kap. 3). Denna karakterisering av regleringen är dock inte undantagslös. I vissa fall innehåller regleringen av finansiella företag bestämmelser som närmast får anses handla om att säkra tillhandahållandet av ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse” (se art. 106 FEUF), såsom skyldigheten för kreditinstitut att tillhandahålla betalkonto med grundläggande funktioner (se 4 a kap. 1 § LBT) och skyldigheten för institut som omfattas av insättningsgarantin

Gränsdragningen mellan vad som är ”politiska” respektive ”tekniska” beslut är emellertid i sig en politisk fråga, och efter finanskrisen har regeringen gjort flera försök att delegera potentiellt kontroversiella politiska beslut till FI. Således föreskrivs att kreditinstitut som till enskilda personer lämnar krediter som är förenade med panträtt i fast egendom, tomträtt eller bostadsrätt eller liknande rätt, eller som är förenade med motsvarande rätt i byggnad som inte hör till fastighet, ska tillämpa återbetalningsvillkor som ”är förenliga med en sund amorteringskultur och motverkar alltför hög skuldsättning hos hushållen”.[83] Dessutom föreskrivs i ännu generellare termer att ett kreditinstituts rörelse ska drivas på ett sådant sätt att institutet ”inte bidrar till finansiella obalanser på kreditmarknaden”.[84] Regeringen eller, efter regeringens delegering, FI får meddela föreskrifter om vilka åtgärder ett kreditinstitut ska vidta för att uppfylla de nämnda kraven.[85] KamR Jönköping har i två remissvar under 2015 påvisat att reglerna i 8 kap. RF inte endast är formella utan också materiella i den meningen att de är avsedda att skydda ett verkligt innehåll i de rättigheter som förbehålls riksdagens lagstiftning.[86] Frågan aktualiserades igen 2017, då regeringen remitterade ett förslag om att ge FI utökade befogenheter vad gäller den ”makroekonomiska tillsynen”. Advokatsamfundet underströk då, med hänvisning till tidigare lagstiftning, vikten av att beslut av förevarande slag fattas av statsorgan under omedelbar parlamentarisk kontroll och med det direkta ansvaret under riksdagen för den ekonomiska politiken.[87]

Myndigheternas verksamhet är negativ i betydelsen att den inte är ”gestaltande”.[88] De ska inte utforma den tillståndspliktiga verksamheten, vilket faller på företagen; i stället ska myndigheterna identifiera

att ta emot garanterade insättningar (se 11 d § lagen (1995:1571) om insättningsgaranti). I den allmänna diskussionen har det ifrågasatts huruvida det inte föreligger en ”rätt att erhålla kredit” (se t.ex. F. Nyberg, ”Rätten att erhålla kredit”, FT 2002 s. 431 och *Rätten till tjänster i informations- och kreditsamhället* (2004)), dvs. just sådan reglering som utgjorde en grundläggande orsak till den stora finanskrisen; se Ch.W. Calomiris & S. H. Haber, *Fragile by Design* (2014), S. Wh. Gates, *Days of Slaughter* (2017), R. Zitelmann, *The Power of Capitalism* (2018), D. Issa, ”Unaffordable Housing and Political Kickbacks Rocked the American Economy”, *Harvard J. of Law & Public Policy* (2010) s. 407, W. Poole, ”Causes and Consequences of the Financial Crisis of 2007–2009”, *Harvard J. of Law & Public Policy* (2010) s. 421 och S. Hähnel, *Die Finanzkrise 2007–2009* (2016). Se också den förutsägbara kritiken av denna slutsats i A. Tooze *Crashed* (2018), s. 47 f.

[83] Se 6 kap. 3 b § LBF.

[84] Se 6 kap. 3 c § LBF.

[85] Se 16 kap. 1 § pkt 4 LBF.

[86] Se remissyttrandet 82-2015/51, 2015-04-16, FI Dnr14-16628 och 234-2015/51, 2015-10-26, Fi2015/4235; se också instämmande remissvar från Advokatsamfundet, R-2015/1553, 2015-10-28, och Finansbolagens förening, dnr 2/2, 2015-04-17.

[87] Se Advokatsamfundets remissvar R-2017/0426, 2017-04-15 med hänvisningar till prop. 1974:168 s. 42 och 147.

[88] Ett undantag från detta utgörs av ”produktspecifikationerna” i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 345/2013 av den 17 april 2013 om europeiska riskkapitalfonder EuVECAF, (”EuVECAF”), Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 346/2013 av den 17 april 2013 om europeiska fonder för socialt företagande (EuSEF) (”EuSEFF”) och — i synnerhet — Europaparlamentets och rådets

avvikelser från den relevanta tillsynsstandarden.[89] Eftersom det i de politirättsliga fallen handlar om redan bestående rättigheter, är beviljande av tillstånd huvudregeln (*favor libertatis*); i repressiva fall är beviljandet undantag.[90] Sammanfattningsvis kan sägas att kontrolltillstånden visserligen *formellt* utgör gynnande förvaltningsbeslut, men *materiellt* återställer beviljandet den frihet som tillfälligt har begränsats av det interimistiska förbudet. Formellt är avslaget ett avslag av ett gynnande beslut, men materiellt innebär det ett ingrepp i näringsfriheten.[91] Vid beviljande av kontrolltillstånden gäller för myndigheten att i sak fatta *negativa* beslut, dvs. prövningen handlar om att undanröja faror genom att utesluta oönskade förhållanden. För dispenserna gäller i stället att myndigheten ska fatta *positiva* beslut, dvs. prövningen handlar om att identifiera omständigheter som gör att det icke-önskade ändå kan tolereras. Sålunda använder sig t.ex. FI i beslut som beviljar ansökningar om ägarprövning av formuleringar som att ”det saknas skäl att anta att förvärvaren kommer att motverka att verksamheten i målbolaget bedrivs i enlighet med gällande regelverk” och att det inte finns ”anledning att anta att förvärvet skulle ha samband med eller medföra ökad risk för penningtvätt eller finansiering av terrorism eller viss annan brottslighet”.[92]

Ibland kan de politirättsliga kontrolltillståndens natur till viss del utläsas redan ur tillståndskravets formulering.[93] I andra fall är formuleringarna inte lika klara.[94] Formuleringarna har dock vanligen det ge-

förordning (EU) 2015/760 av den 29 april 2015 om europeiska långsiktiga investeringsfonder (”EltifF”); den senare förordningen instrumentaliserar sparandet för politiskt fastställda mål på bekostnad av investerarskyddet (se D. Hanqvist, ”*Fissus erat tenui rima* — förordningen om europeiska långsiktiga investeringsfonder”, JP 2016c s. 255 (s. 290)). På liknande sätt har kapitaltäckningsreglerna för banker länge manipulerats för att styra billig finansiering till EU:s medlemsstater (se t.ex. D. Hanqvist, ”*The Phantom Menace*. Duplik till Magnus Schmauch om kreditbetyg och annan ’kommersiell yttrandefrihet’, åsiktsfriheten och konstitutionellt styre”, SvJT 2017 s. 48 (s. 65, n. 97)).

89 Se Laguna de Paz (2016), s. 234.

90 Se Kaulbach m.fl. (2012), § 5 Rnr 3 (”Das Verbot steht also vornherein unter dem Vorbehalt seiner Aufhebung durch die Erlaubnisbehörde, wenn sich im Erlaubnisverfahren keine gesetzlichen Versagungsgründe ergeben”); Montero Pascual (2016), s. 117; och Schröder (2016), s. 4. Se också Rivero Ortega (2009), § 40.

91 Se Maurer & Waldhoff (2017), § 9, Rnr 53 och Kaulbach m.fl. (2012), § 5, Rnr 4.

92 Formuleringarna som används här för att exemplifiera hur FI uttrycker sig har hämtats, med små redaktionella justeringar, från ett typiskt ägarprövningsbeslut som fattades i september 2018.

93 Så är fallet i art. 15 CRD IV och art. 25 Solvens II (”nekande av auktorisation”), art. 11.2 Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366 av den 25 november 2015 om betaltjänster på den inre marknaden m.m. (”ska bevilja auktorisation om”) och art. 7 MiFID II (”får inte bevilja auktorisation innan [myndigheten] har förvissat sig om”); på motsvarande sätt i t.ex. 3 kap. 2 § LBF, 2 kap. 4 § FRL, 3 kap. 1 § LVM, 3 kap. 3 § LAIF, 2 kap. 2 § LBT, 2 kap. 6 § LEP, 2 kap. 2 § LVB och 6 § LVK (”ska ges tillstånd om” eller motsv.).

94 Så är fallet i art. 5.2 UCITS och art. 17 EMIR (”får auktoriseras endast om” eller motsv.) och t.ex. 2 kap. 1 § LVF och 2 kap. 7 och 8 §§ LFD.

mensamt att de inte uttrycker en beslutsdiskretion utan anger de villkor som ger sökanden rätt till det relevanta tillståndet. I vissa fall är bestämmelserna otydliga också i detta avseende.[95]

Ett exempel på svårigheten att utröna vilket sorts beslut som avses är kombinationen av 4 kap. 6 § LAIF — som föreskriver att förvaltare av alternativa investeringsfonder (AIF-förvaltare) ska ”anmäla” vissa förhållanden till FI — och 4 kap. 10 § LAIF — som föreskriver att AIF-förvaltare inte får företa vissa åtgärder förrän FI har ”meddelat” AIF-förvaltare om att så får ske. När en AIF-förvaltare ger in en underrättelse om att en AIF ska marknadsföras är det enligt regeringen ”formellt sett” inte fråga om ett tillståndsförfarande. FI ska dock förbjuda marknadsföring av en AIF om verksamheten strider mot eller kommer att strida mot det som gäller enligt LAIF och andra författningar som reglerar AIF-förvaltares verksamhet. Prövningen ska omfatta både situationen vid tiden för prövningen och en bedömning av hur verksamheten kommer att bedrivas.[96] Bedömer FI t.ex. att de åtgärder som AIF-förvaltare har vidtagit för att förhindra marknadsföring till icke-professionella investerare inte är tillräckliga, får FI således förbjuda att AIF:en marknadsförs i Sverige.[97] Det är inte helt lätt att se varför detta ”formellt sett” inte skulle utgöra ett tillståndsförfarande,[98] med ett tillstånd (”meddelande” enligt 10 §) som ska sökas (”anmälan” enligt 6 §). På motsvarande sätt förhåller det sig med en rad andra bestämmelser,[99] som alla föreskriver anmälan av planer att bedriva gränsöverskridande verksamhet inom EES. Verksamheten får bedrivas efter en viss frist förutsatt att FI under fristen inte har invänt mot att verksamheten bedrivs (det handlar här om ett fiktivt beslut[100]).

Bevisbördan brukar anses vara fördelad så att den enskilde har bevisbördan vid utverkande av *förmåner* och det allmänna vid *betungande* beslut.[101] Redan avseende RF 1809 sades att, ”[i]nnebär förvaltningsakten ett angrepp å enskilds frihet, egendom eller hemfrid eller andra av RF 16 § skyddade medborgerliga friheter och rättigheter, är myndigheten själv bevisskyldig för både angreppets laglighet och nödvändighet”.[102] De politirättsliga förbuden är villkorade i den meningen att de endast gäller ”interimistiskt”, tills det har kunnat konstateras att de identifierade farorna inte föreligger. De är ett slags undantag som ska

[95] Så är fallet i art. 34 BMR, art. 17 CDR och art. 17 CRAR.
[96] Se art. 31.3 Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/61/EU av den 8 juni 2011 om förvaltare av alternativa investeringsfonder m.m. (”AIFMD”).
[97] Se prop. 2012/13:155 s. 237 f.
[98] Jfr Monnier (1992), s. 25.
[99] Se 5 kap. 1 och 4 §§ LBF, 3 kap. 4 § LVB, 3 kap. 1 och 15 §§ FRL, 3 kap. 18 § LBT, 3 kap. 20 och 22 §§ LEP, 5 kap. 1 och 4 §§ LVM, 6 kap. 1 § LAIF och 2 kap. 12 och 15 §§ LVF.
[100] Jag har för avsikt att i en senare artikel närmare behandla de fiktiva besluten.
[101] Se främst den omfattande diskussionen hos G. Lindkvist, *Utredningsskyldighet, bevisbörda och beviskrav i förvaltningsprocessen* (2018), s. 265 ff., men också t.ex. H. Ragnemalm, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, 9 uppl. (2012), s. 110 f.
[102] Se H. G. F. Sundberg, *Allmän förvaltningsrätt* (1954), s. 247.

ges en snäv tillämpning[103] och utgör angrepp på den grundlagsstadgade närings- och yrkesfriheten. De är därför permanent i behov av motivering för att vidmakthållas; finns det inga skäl för att upprätthålla förbudet ska det konstitutionella utgångsläget omedelbart återställas. Lagstiftaren har inte permanent förbjudit verksamheten, vilket implicerar att verksamheten i princip är tillåten (om än på vissa villkor); det är upp till myndigheterna att avgöra huruvida förbudet kan upprätthållas i en viss situation. I denna mening utgör det politirättsliga förbudet ett slags *perdurerande betungande beslut*. Identifieras inte (längre) några förhållanden som kan motivera förbudet, ska tillståndet beviljas.[104] När villkoren för ett tillstånd objektivt sett är uppfyllda har sökanden rätt att få tillstånd; det är endast då ingreppet i den grundläggande närings- och yrkesfriheten kan accepteras.[105] Bevisbördan för att tillstånd inte ska beviljas — och alltså utgångsläget inte återställas — ligger därför på myndigheten. Det kan sägas föreligga en presumtion (av olika styrka avseende olika områden) för att förbudet ska upphävas (dvs. att tillstånd beviljas). De politirättsliga förbuden ger inte förvaltningsmyndigheten något egentligt skön: de ska inte bedöma lämpligheten av att ett tillstånd beviljas. Myndigheterna ska i stället avgöra huruvida vissa faror föreligger. Även om detta ofta medför att omdömen till viss del ligger till grund för myndighetens beslut, handlar det ändå om principiellt ”objektiva” förfaranden vars resultat kan överprövas och bedömas avseende huruvida resultatet är korrekt. Frågan får avgöras på i grunden kunskapsmässiga skäl.

Avseende de permanenta och i den meningen *ovillkorliga* repressiva förbuden med dispensmöjlighet, kan dispenser betraktas som gynnande beslut[106]: myndigheten behöver inte avgöra huruvida förbudet är berättigat, eftersom det valet redan har gjorts av lagstiftaren. Identifieras inte några omständigheter som innebär att den förbjudna verksamheten kan tolereras, får tillståndet inte beviljas. Här ligger bevisbördan för att den skadliga verksamheten ska kunna tolereras på sökanden. Det kan sägas föreligga en presumtion (av olika styrka avseende olika områden) för att förbudet ska upprätthållas (dispens ska nekas).

Inte sällan är det osäkert vilka tillstånd m.m. som krävs för marknadstillträde[107] (”regleringens perimeter”[108]). FRL är ett extremfall, beträffande vilken lagstiftaren inte ens har försökt att i lagen definiera

[103] Jfr Lagrådet i prop. 2012/12:150 s. 1027 och MD 2015:15.
[104] Se A. Seidenschwann, *Die Master-Kapitalverwaltungsgesellschaft* (2016), s. 43.
[105] Se Weitnauer m.fl. (2017), § 20 KAGB, Rnr 16; men jfr Nicinski (2018), nr 173.
[106] Se Strömberg (1957), s. 51.
[107] Jfr 15 kap. 18 § 3 st. BFL, 6 kap. 16 § 2 st., 24 § LVK, 8 kap. 24 § 2 st BTL, 5 kap. 24 § 2 st. LEP, 25 § 17 § 2 st., 12 kap. 19 § 2 st. LVF, 14 kap. 23 § 2 st. LAIF, 20 kap. 24 § 2 st. FRL och 9 kap. 32 § 2 st. LFD; jfr 15 § 2 st. lagen (2004:299) om inlåningsverksamhet (”LIV”).
[108] Se t.ex. Salvador Armendáriz (red.) (2014), s. 27.

den tillståndspliktiga verksamheten.[109] Vidare anser FI att företag som genom eget lager erbjuder kunder att köpa bitcoin bedriver verksamhet som ska registreras enligt LVAF, eftersom ett ”betalningsmedel” tillhandahålls.[110] Slutsatsen är inte grundlös. Åtminstone vad gäller momsreglerna menar EUD att virtuella valutor ”inte har något annat syfte än att tjäna som betalningsmedel” och att i alla fall bitcoin utgör ”ett direkt betalningsmedel mellan de aktörer som accepterar det”. EUD menade vidare att ”[t]ransaktioner rörande icke-traditionella valutor, det vill säga andra valutor än valutor som är lagligt betalningsmedel i ett eller flera länder, utgör […] finansiella transaktioner i den mån parterna i transaktionen accepterat dessa valutor som alternativa betalningsmedel till de lagliga betalningsmedlen och de inte har något annat syfte än att utgöra betalningsmedel”. Växling mellan fiatvalutor[111] och bitcoin ansågs böra behandlas som växling mellan olika fiatvalutor vad gäller momsfriheten,[112] för att reglerna inte skulle förlora sin verkan.

Men slutsatsen att virtuella valutor är betalningsmedel på ett sådant sätt att registreringsplikt enligt LVAF skulle uppstå är inte självklar. Vad gäller inkomstsbeskattning har HFD ansett att bitcoin *inte* kan betraktas som valuta.[113] I doktrinen har hävdats att virtuella valutor inte utgör ”valuta” i rättslig mening;[114] detta torde betyda att de heller inte utgör ”betalningsmedel”, eftersom ”valuta” och ”betalningsmedel” nog får anses vara synonymer. Det kan ifrågasättas huruvida sådant betalningsmedel som avses i LVAF[115] inte motsvarar ”lagligt betalningsmedel”, snarare än (som i EUD-fallet) rent avtalsbaserade sätt för värdeöverföring. Rent formellt har ”lagligt betalningsmedel” i Sverige angivits vara ”sedlar och mynt som ges ut av Riksbanken”.[116] Att ta detta helt bokstavligt torde dock föra för långt, av olika såväl juridiska som praktiska skäl.[117]

[109] Se Falkman (2010). Eftersom svensk rätt har egenheten att koppla försäkringsavtalsrätten till den offentligrättsligt definierade försäkringsrörelsen (se D. Hanqvist, JT 2018–19 s. 727) får detta också civilrättslig betydelse.

[110] Se https://fi.se/sv/fi-innovationscenter/exempel/. Helt samstämmig verkar inte FI:s interna uppfattning vara. Enligt media har en representant för FI t.ex. sagt att ”Bitcoin och andra kryptovalutor är inte en valuta i den traditionella bemärkelsen och därför inget vi på Finansinspektionen har någon tillsyn över” (se ”’Bitcoin är ingen valuta’”, Voister 2018-01-29, https://www.voister.se/artikel/2018/01/bitcoin-ar-ingen-valuta/).

[111] ”Fiatvalutor” betecknar ”ett lands mynt och sedlar som förklarats vara lagliga betalningsmedel och elektroniska pengar som accepteras som betalningsmedel i det utfärdande landet” (se recit (10) Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/843 av den 30 maj 2018 om ändring av direktiv (EU) 2015/849 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt eller finansiering av terrorism m.m. (”MLD V”)), dvs. statliga valutor.

[112] Se domen 2015-10-22 i mål C-264/14, *Skatteverket mot Hedqvist*, EU:C:2015:718, stycke 24, 49, 51–52 och 57 (min emfas); se också HFD 2016 ref. 6.

[113] Se E. Elgebrant, *Kryptovalutor* (2016), s. 39 ff. och, vad jag förstår, instämmande, A. Verständig, anmälan av Elgebrant (2016), JT 2016–17 s. 748.

[114] Se *Skatteverket mot Shilazi*, mål 2674-18, 2018-12-04.

[115] Se 7 kap. 2 § 2 st. p. 5 LBF, till vilket lagrum 1 § p. 2 LVAF hänvisar.

[116] Se 5 kap. 1 § 2 st. lagen (1988:1385) om Sveriges riksbank.

[117] Se A. Verständig, ”Kontanternas ställning som lagligt betalningsmedel”, JT 2013–14 s. 620. I praxis har principen om att betalning ska vara möjligt med just sådana

Snarare torde det handla om erkända manifestationer av den statliga penningenheten (som i Sverige råkar vara kronan), dvs. i främsta rummet mynt och sedlar men också checkar; postanvisningar, post- och bankgiro[118]; och ”giral-” eller ”bokpengar” i form av krediteringar på bankkonton[119].

FI:s slutsats är tveksam också mot bakgrund av att virtuella valutor enligt unionsrätten inte utgör ”elektroniska pengar” enligt LEP eller ”medel” enligt LBT.[120] Enligt en dom i KamR Stockholm anses visserligen virtuella valutor kunna användas som tekniskt medel för att genomföra penningöverföringar som i princip utgör en tillståndspliktig betaltjänst enligt LBT, när en fiatvaluta tas emot av förmedlaren och betalas ut i en annan fiatvaluta hos mottagaren, men där överföringen sker genom att den första fiatvalutan växlas till en virtuell valuta som sedan växlas till den andra fiatvalutan. Enligt domsreferatet menar FI att det inte spelar någon roll ”vilken skepnad värdemängden har under överföringsskedet eller vilken form den har när den tas emot eller ställs till mottagarens förfogande”, så länge syftet med tjänsten är ”att en värdemängd ska överföras”.[121] Praxis skulle kunna fås att harmoniera med unionsrätten genom att de ”medel” som förekom i det aktuella rättsfallet var svenska kronor och inte den virtuella valutan. Hade i stället den virtuella valutan presenterats för överföring — och överföringen sedan genomförts med hjälp av en fiatvaluta eller en virtuell valuta eller på annat sätt — förefaller utgången bli att någon betaltjänst enligt LBT *inte* föreligger.[122] Skillnaden mellan fallen framstår inte som sakligt befogad men förefaller följa av lag och praxis.

LVAF syftar huvudsakligen till att föra in vissa verksamheter under penningtvättsbestämmelserna.[123] För närvarande omfattas *inte* leverantörer av växlingstjänster mellan virtuella valutor och fiatvalutor respektive plånböcker för virtuella valutor av penningtvättsreglerna;[124] fr.o.m. den 20 januari 2020[125] gäller ett ”registrerings”-krav för ”leverantörer av växlingstjänster mellan virtuella valutor och fiatvalutor” och ”tillhandahållare av plånböcker för virtuella valutor”. Det är rimligt att förvänta

mynt och sedlar upprätthållits (se HFD 2015 ref. 49; fallet har kritiserats på principiella grunder i A. Verständig, ”Ett steg tillbaka för det kontantlösa samhället?”, JT 2015–16 s. 435). Den praxis som finns kan sägas ha motiverats av vissa närmast sociala hänsyn vad gäller tillgängligheten av grundläggande offentliga tjänster och behöver — och bör — nog inte ges en för vid betydelse.

[118] Jfr JB 12 kap. 20 § 2 st.

[119] Se prop. 2002/03:139 s. 158 f., 166, 195 och 215 och prop. 2009/10:220 s. 69 f., 70 f. och 169. Jfr 62 kap. 2 § skatteförfarandelagen (2011:1244).

[120] Se recit (10) MLD V.

[121] Se *Ghassemali mot FI*, mål 7787-14, 2015-05-28 (KamR Stockholm).

[122] Jfr 1 kap. 1 § (i dess lydelse fram till 2018-05-01) och (fr.o.m. 2018-05-01) 1 a § LBT, som endast anger fiatvalutor vad gäller lagens tillämpningsområde och prop. 2017/18:77 s. 124 ff. och 330 f. Det kan noteras att prop:en inte alls behandlar virtuella valutor.

[123] Se prop. 1995/96:216 s. 38, prop. 1999/2000:145 s. 20, prop. 2002/03:139 s. 598 och Hanqvist (2008a), s. 281 f.

[124] Se recit (8) MLD V.

[125] Enligt art. 1.29 MLD V ska direktivet ha implementerats vid det datumet.

sig att denna nya registreringsplikt för svensk del kommer att framgå av tillägg till 2 § LVAF. Det finns alltså en risk att FI och KamR genom sin tolkning av LBT har förekommit den kommande regleringen. FI ansåg under 2016 i minst ett fall att online-tjänster för att tillhandahålla sammanställd information om betalkonton som en betaltjänstanvändare har hos en betaltjänstleverantör utgjorde tillstånds- respektive registreringspliktig verksamhet enligt LBT, trots att denna tjänst — ”kontoinformationstjänst” — inte kom att omfattas av LBT förrän fr.o.m. den 1 maj 2018.[126]

FI förefaller förespråka att, i strid med den rättsstatliga principen att det som inte är förbjudet är tillåtet[127], offentligrättsliga inskränkningar i fri- och rättigheter kan utökas genom *analogier*. I alla fall överrätterna förefaller vara beredda att disciplinera FI i detta avseende. I *Re Paylevo AB*[128] tillhandahöll bolaget dels factoringtjänster, dels kreditvärderingstjänster. Kombinationen av tjänsterna så att en handlare kunde få sina kunder kreditprövade och sedan sälja kundfordringar med tillräcklig kreditvärdighet. Detta ansåg FI omfattades av LVK och fann att bolaget genom sin tjänst lämnade krediter till konsumenter i den mening som avses i 1 § 1 st. LVK, trots att det var handlaren som lämnade betalningsanstånd i det första transaktionsledet. FI beslutade att verksamheten skulle upphöra och att beslutet skulle gälla omedelbart och förelade vite. I *Paylevo AB mot FI*[129] avslog FörvR Stockholm överklagandet. FI:s och FörvR:s avgöranden upphävdes av KamR Stockholm i *Financial Tech Sweden AB (tidigare Paylevo AB) mot FI*[130]. HFD beviljade inte prövningstillstånd.[131]

I HFD 2013 ref. 74 hade ett fondbolag anmält till FI att PS hade valts till ledamot av bolagets styrelse. FI beslutade att PS inte uppfyllde de krav som ställdes på styrelseledamöter och att, om PS fortfarande ingick i bolagets styrelse vid en senare angiven tidpunkt, FI kunde besluta om att PS skulle träda ur styrelsen eller återkalla bolagets tillstånd. Som skäl anförde FI bl.a. att PS tidigare hade varit ledamot av styrelsen för HQ AB, moderbolag till HQ Bank AB, vars tillstånd att driva bl.a. bankrörelse hade återkallats. Vid PS’ överklagande gick FörvR på FI:s linje. KamR fann däremot att FI inte hade haft fog för sitt beslut. Efter FI:s överklagade menade *HFD:s majoritet* att sakfrågan i målet vore huruvida FI hade haft fog för sin bedömning att PS inte uppfyllde kravet på lämplighet. FI hade inte ifrågasatt att PS hade tillräckliga insikter och erfarenheter beträffande fondförvaltning. Vad som hade anförts som skäl för att PS inte uppfyllde lämplighetskravet vore hennes tidigare

[126] Se numera 1 kap. 2 § p. 8 LBT, som infördes genom lag (2018:175).
[127] Jfr Schröder (2016), s. 31.
[128] 2015-11-17, FI Dnr 15-13749.
[129] 2016-01-14, mål 25731-15.
[130] 2016-11-07, mål 1354-16.
[131] Beslut 2017-05-22, mål 6413-16. Företaget har sedermera flyttat sin verksamhet till ett annat EU-land.

uppdrag och ansvar som styrelseledamot i HQ AB. I ledningsprövningsärendet hade det inte kommit fram något som visade att PS som styrelseledamot i HQ AB inte skulle ha haft del i ansvaret för det bolagets kontroll och styrning av dotterbolaget HQ Bank AB. Mot den bakgrunden finge inspektionen anses ha haft fog för sin bedömning att PS inte uppfyllde kravet på lämplighet. FI:s överklagande skulle därför bifallas. *Justitierådet Bull* var av den skiljaktiga meningen att det vanligtvis gäller att en myndighet som finner en enskild olämplig att inneha en viss ställning måste anföra konkreta skäl för att motivera beslutet.[132] Beträffande beslut som innebär inskränkningar i rätten att utöva en verksamhet, t.ex. genom att ett tillstånd återkallas, har ett högre krav på underlag för beslutet tillämpats.[133] Kravet på konkretisering av vilka omständigheter som ligger till grund för ett beslut om en persons lämplighet hade ytterst att göra med den enskildes möjligheter att tillvarata sin rätt, t.ex. vid ett överklagande av beslutet. Prövningen skiljde sig inte på något väsentligt sätt från vad som gäller vid lämplighetsprövning av andra yrkesgrupper med stort samhällsansvar, t.ex. läkare.[134]

HFD:s avgörande i HFD 2013 ref. 74 har kritiserats i litteraturen, bl.a. ur processuell (bevisrättslig) synvinkel.[135] Varken FörvR:s eller HFD:s domskäl förmår övertyga. Tillståndsregleringen tjänar politisyften, vilket betyder att FI:s uppdrag är negativt för att undanröja faror och att FI därmed har bevisbördan för att farorna föreligger. I fallet ansåg bolaget att den aktuella personen var i professionellt hänseende lämplig och bolagets ägare ansåg uppenbarligen att personen även i övrigt var lämplig. I sitt avslagsbeslut specificerade FI på intet sätt på vilket sätt just den här aktuella personen genom egna handlingar eller underlåtenheter brustit i den av FI postulerade (och mycket långtgående operativa) plikten för ett moderbolag att styra ett dotterbolags verksamhet, också mot dotterbolagets styrelse. Den danska regeringen har avseende AIF-förvaltare särskilt understrukit att ”[d]er skal dog foretages en individuel vurdering, hvor tilsynet bl.a. kan lægge vægt på, hvilken rolle den pågældende person har spillet i ledelsen af den eller de virksomheder, der er gået konkurs”.[136]

Det fanns således överhuvudtaget inga *konkreta invändningar* från FI eller ens resonemang hur kausalsambandet mellan den aktuella personens handlande eller underlåtenhet att handla hade haft negativa effekter på dotterbanken. Det fanns således inga konkreta påståenden från FI som kunde bemötas. I stället förväntades bolaget och den aktuella personen bevisa omständigheter vad gäller lämpligheten som var

[132] Se t.ex. RÅ 2003 ref. 40, HFD 2011 ref. 44 och HFD 2013 ref. 47.
[133] Se t.ex. RÅ 1994 ref. 88 och RÅ 2006 ref. 7.
[134] Se RÅ 1999 ref. 15 och RÅ 2007 ref. 10.
[135] Se G. Lindkvist, ”Bevisfrågor vid ledningsprövning enligt HFD 2013 ref. 74”, FT 2014 s. 273.
[136] Se Lovforslag nr L 175, Folketinget 2012-13, s. 96.

helt okända för dem liksom — eftersom FI inte anger vad som konstituerar lämplighet — för FI. Varken bolaget, den tilltänka styrelseledamoten eller FI visste således vad som konkret skulle bevisas. Detta är svårt att skilja från *probatio diabolica*, dvs. bevisning om negativa förhållanden.[137] FI:s och HFD:s majoritet förefaller i praktiken förespråka en ordning enligt vilken den som vill bli styrelseledamot i ett bolag under FI:s tillsyn har att bevisa att för personen själv, bolaget och FI okända omständigheter inte föreligger. Det är naturligtvis som regel enklare att säkra bevisning om att något har inträffat, än att det inte har det. Mot denna bakgrund har det ansetts böra ankomma på beslutsmyndigheten att visa att någon exkluderingsgrund för något som ett privat rättssubjekt önskar är för handen.[138] De faror som FI är satt att förebygga genom den politirättsliga ledningsprövningen hade således inte identifierats av politimyndigheten, varför domstolarna hade att utgå ifrån att några sådana faror inte förelåg; i stället skulle fondbolagets sakkunniga och i sak oemotsagda uppfattning ha accepterats.[139] FI visade helt enkelt inte att det fanns skäl att göra intrång i fondbolagets grundlagsstadgade näringsfrihet eller PS' yrkesfrihet. Domen och FI:s resonemang låter sig heller inte förenas med det sätt på vilket FI vanligen motiverar sina beslut om ägarprövning. FI använder i sådana beslut vanligen formuleringar som att FI inte "finner skäl att ifrågasätta förvärvarens anseende eller ledningspersonernas lämplighet".

Ytterligare ett exempel på när FI beslutar om att underkänna ledningspersoner ges i *Re Agasti ASA m.fl.*[140] Ägaren var ett holdingföretag med två helägda dotterföretag beträffande vars tillståndspliktiga verksamhet den norska tillsynsmyndigheten hade uppmärksammat mycket allvarliga brister som ansågs vara så allvarliga att tillståndet för ett av dotterbolagen återkallades. Bristerna — i såväl den norska som den svenska verksamheten — hade varit av synnerligen allvarlig art. Det fanns därför, enligt FI, starka skäl att betvivla moderbolagets lämplighet att inneha kvalificerade innehav i ett svenskt värdepappersbolag. Ledningarna i dotterbolagen hade visserligen, noterade FI, ett självständigt ansvar för att verksamheten i dessa företag inte drevs enligt de

[137] Jfr G. Lindkvist & C. Lyhagen, *Skatte- och brottmål i kontantbranschen* (2014), s. 76 om vikten enligt art. 6 EKMR av precision i anklagelserna avseende sanktioner; se också Boos m.fl. (2016), § 33 KWG, Rn 32, som säger att "[d]ie Zuverlässigkeit braucht und kann nicht positiv nachgewiesen werden". De svenska förarbetena uppvisar en tämligen obekymrad syn på frågorna och diskuterar inte alls rättssäkerhetsaspekter, bevissvårigheterna för den enskilde eller vad som gäller enligt andra rättsordningar (jfr prop. 1995/96:173 s. 68).

[138] Se SOU 2018:18 s. 349.

[139] Överklagandenämnden förefaller vid första påseende ha resonerat på ett liknande sätt som HFD:s majoritet (se *Global Private Rating Company "Standard Rating" Ltd mot Esma*, BoA 2013-14, § 113). Nämndens formulering — "the onus remains on the applicants to satisfy [Esma] that the requirements as regards senior management are met" — bör dock inte övertolkas utan bör ses i ljuset av den relativt omfattande kommunikation som hade förevarit mellan Esma och klaganden i ärendet. I sitt sammanhang framstår nämndens slutsats — trots den övergeneraliserande formuleringen — inte som orimlig.

[140] 2013-01-30, FI Dnr 12-8492.

regler som styrde verksamheten. Detta innebar dock inte att ledningen i moderbolaget var fri från ansvar i detta avseende. Moderbolaget hade haft en skyldighet att hålla sig väl underrättat om omständigheterna i dotterföretagen för att kunna ingripa och styra verksamheten i rätt riktning för att säkerställa att verksamheten drevs i enlighet med gällande regelverk. Med beaktande av att en majoritet av bolagets dåvarande ledning även hade ingått i dotterbolagets ledning under hela eller delar av de perioder som dess dotterbolag hade belagts med mycket allvarliga verksamhetsbrister, bedömde FI att det fanns skäl att anta att bolaget kunde komma att motverka att rörelsen i värdepappersbolaget drevs på ett sätt förenligt med de regler som styrde företagets verksamhet. *Re Aros Kapital AB*[141] gällde huruvida en fysisk person som ägde aktier i ett bolag som var anmält enligt LAnmFV, efter att ha dömts till sex månaders fängelse för försvårande av skattekontroll, genom föreläggande skulle tvingas avyttra aktier så att han inte längre skulle ha ett kvalificerat innehav. FI ansåg sig, med hänsyn till att regleringen syftade till att bevara tilltron till finansiella företag, behöva ingripa genom att förelägga ägaren att avyttra sina aktier. Beslutet överklagades och avgjordes till FI:s fördel som *Samuels mot FI*.[142]

Majoritetslinjen i HFD 2013 ref. 74 skiljer sig väsentligt från vad som gäller enligt tysk rätt. BaFin[143] kan exempelvis enligt § 23(3) KAGB[144] vägra att bevilja en sökande ett tillstånd som AIF-förvaltare endast om ”fakta föreligger som ger vid handen att förvaltarens företagsledare inte är tillförlitlig(a) eller saknar den erforderliga yrkesmässiga kompetensen”.[145] Lämpligheten *presumeras*, såvida inte fakta föreligger som ger vid handen att personen i fråga inte är lämplig. Positiv bevisning för lämpligheten krävs inte. De invändningar som myndigheten gör ska vara relevanta specifikt för den tillståndspliktiga verksamheten.[146] Vad som främst avses är att personerna ska ha iakttagit gällande och tillämpliga rättsregler, relevanta för den aktuella verksamheten.[147] Denna ordning motsvarar den traditionella inom tysk kommersiell förvaltningsrätt. Under 1930-talet tillkom lagar som i stället vände på bevisbördan och krävde att den sökande positivt styrkte sin lämplighet. Detta gällde dock inte för försäkringsbolag eller kreditinstitut.[148] Det är uppenbart

[141] 2012-05-10, FI Dnr 10-2273.
[142] Mål 5290-13, 2015-04-20 (KamR Stockholm).
[143] Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.
[144] Kapitalanlagegesetzbuch.
[145] Se också motsvarande krav i §§ 25c(1) och 33(1)2 Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz) avseende kreditinstitut. I tysk rättspraxis har hårda krav på specificitet, konkretion och trovärdiga grunder ställts på tillsynsmyndigheten vad gäller invändningar mot ledande befattningshavares lämplighet (se Boos m.fl. (2016), § 36 KWG, Rnr 37 ff.).
[146] Se Ziechow (2010), § 10, Rnr 43.
[147] Se Weitnauer m.fl. (2017), § 23 Rn 10, med hänvisning till stadgad praxis från Bundesverwaltungsgericht, dvs. den tyska motsvarigheten till HFD; se också Luz m.fl. (2015), KWG § 25c, Rn 16; Boos m.fl. (2016), § 25c KWG, Rn 19 och § 33 KWG, Rn 32; och H.-P. Schwintowski (red.), *Bankrecht*, 4 uppl. (2014), § 4, Rn 172.
[148] Se H. Großmann-Doerth, ”Wirtschaftsrecht einschl. Gewerberecht” i H. H. Lammers & H. Pfundter (red.), *Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des*

att den tyska rättens lösning är den rimliga och att HFD:s avgörande inte är särskilt lyckat eller unionsrättligt tvingande. Tysk lagstiftning och justitieråden tyska kollegor har valt en lösning som är bättre förenlig med elementära rättsstatliga krav och regleringens syfte.

Mycket höga krav på precision måste därför ställas på de förebråelser som en myndighet som FI framför för att fatta beslut som inskränker såväl ett företags näringsfrihet som en fysisk persons yrkesfrihet.[149] I HFD 2011 ref. 70 ansåg HFD att myndighetens grund för sanktion hade varit ”alltför oklar och hypotetisk för att kunna beaktas”.[150] I HFD 2013 ref. 74 hade FI överhuvudtaget inte specificerat vad som kunde läggas PS till last, eller — följaktligen — på vilket sätt sådana specifika omständigheter vore relevanta för den aktuella styrelseposten. Eftersom kraven en ledningsperson måste uppfylla när ett företag söker om tillstånd är de samma som ledningspersonen har att uppfylla löpande, och vars frånvaro kan leda till sanktioner från FI,[151] riskerar en ordning som inte presumerar det goda renomméet att råka i konflikt med den unionsrättsliga oskuldpresumtionen (som inte är begränsad till fysiska personer eller misstankar om brott).[152]

3.2 A-beslut

A-besluten är de mest ingripande besluten om marknadstillträde.[153] Till A-besluten kan föras t.ex.:

- **2 kap. 1 § LBF**: Bankrörelse eller finansieringsrörelse.
- **2 kap. 1 § LVM:** Värdepappersrörelse, i olika former.
- **10 kap. 1 § LVM:** Datarapporteringstjänster.
- **12 kap. 1 § LVM:** Drift av en reglerad marknad.
- **19 kap. 1 § LVM:** Clearingverksamhet.
- **2 kap. 1 § FRL:** Försäkringsrörelse.
- **3 kap. 1 § LAIF:** Förvaltning av en alternativ investeringsfond.
- **3 kap. 2 § 1 st. LAIF och 1 kap. 4 § punkt 1 LVF:** Externa AIF-förvaltares resp. fondbolags diskretionära förvaltning av investeringsportföljer.
- **3 kap. 2 a § LAIF och 1 kap. 4 § punkt 2 LVF:** Externa AIF-förvaltares respektive fondbolags emottagande av redovisningsmedel om förvaltaren avser att föra investeringssparkonto.
- **1 kap 5 § LVF:** Fondbolags förvaltning av en AIF.

nationalsozialistischen Staates, band 2, bidrag 38, s. 15 f. (Verket är inte daterat; av innehållet framgår dock att det inte kan vara äldre än februari 1938 eller yngre än krigsutbrottet i september 1939.)

149 Se Lindkvist (2018), s. 80 och 263 f.; Lindkvist & Lyhagen (2014), s. 76; och prop. 2010/11:20 s. 59.

150 Se också RÅ 1990 ref. 64, RÅ 1990 ref. 108, RÅ 1993 ref. 26, RÅ 1994 ref. 6, RÅ 1994 ref. 88, RÅ 1996 ref. 15, RÅ 1996 ref. 83, RÅ 1997 not. 216, RÅ 2000 ref. 10, RÅ 2006 ref. 7, RÅ 2009 ref. 11, RÅ 2010 ref. 6 och *Skolinspektionen mot A*, mål 4138/17, 2018-01-26 (KamR Stockholm).

151 Se LBF, 6 kap. 3 § lagen (2016:1024) om verksamhet med bostadskrediter, 21 § LVK, 8 kap. 10 § LBT, 5 kap. 10 § LEP, 25 kap. 4 § LVM, 12 kap. 3 § LVF, 18 kap. 11 § FRL och 9 kap. 8 § LFD.

152 Se art. 48.1 Rättighetsstadgan.

153 Se Ziekow (2010), § 5, Rnr 11.

- **2 kap. 1 § LBT:** Tillhandahållande av olika slags betaltjänster.
- **2 kap. 1 § LEP:** Utgivning av elektroniska pengar.
- **2 kap. 1, 2 och 3 §§ LFD:** Försäkringsdistribution.
- **2 kap. 1 § LVB:** Bostadskreditgivning.
- **3 kap. 1 § LVB:** Förmedling av bostadskrediter.
- **4 § LVK:** Verksamhet med konsumentkrediter.[154]
- **Art. 10 & 16 CDR**[155]**:** Verksamhet som värdepapperscentral.
- **Art. 34.1 BMR**[156]**:** Administratör för referensvärden.
- **Art. 4.1 PMFF**[157]**:** Marknadsföring och förvaltning av penningmarknadsfonder.
- **Art. 3 EltifF:** Marknadsföring av Eltif-fonder.
- **Ägarprövning:** För flera (men inte alla[158]) finansiella aktörer krävs FI:s tillstånd vid förvärv av röster eller kapital överstigande vissa trösklar.[159]
- **Art. 2.1 och 14 CRAR**[160]**:** Utfärdande av kreditbetyg.

Det kan förvåna att 1 kap. 3 och 4 §§ LVF — tillstånd för fondverksamhet — inte behandlas som A-beslut. Anledningen är att det här egentligen handlar om något som i materiellt hänseende är en auktorisation (typ IV). Lagrummen behandlas därför i avsnitt 6.

Det sista exemplet — art. 2.1 och 14 CRAR — är inte okontroversiellt. CRAR uttrycker inte klart att det föreligger en *tillståndsplikt* för kreditvärderingsinstitut.[161] Förordningens krav uttrycks som krav på ”registrering”. Proceduren för registreringsansökan liknar emellertid i hög

[154] Det kan noteras att konsumentkreditlagen (2010:1846) (”KkrL”) inte innehåller bestämmelser om att tillstånd får eller kan lämnas, men väl om ”otillstånd”, dvs. förbud mot att lämna krediter (se 57 § 2 st.). En naturlig tolkning av bestämmelsen är att den endast gäller specifik kreditgivning i strid med 12 § KkrL (det är endast brott mot den bestämmelsen som kan leda till förbud). I *La Redoute mot Konsumentverket* (mål 5082-14, FörvR Karlstad) hade verket beslutat om ett sådant förbud. Vid samtal med verket framkom att verket ansåg att förbudet gällde all kreditgivning och att verket självt inte visste hur länge det totala kreditförbudet skulle gälla (”någon karens måste det vara”, menade tjänstepersonen). Verkets inställning är svår att förena med allmän anständighet och än mindre med konstitutionella principer eller ens allmänna förvaltningsrättsliga principer. Företaget övergav processen av kommersiella skäl, varför frågan inte kom att prövas i högre rätt. Det är svårt att föreställa sig att KamR Göteborg hade accepterat verkets resonemang efter överklagande. I ett parallellt fall som gick till prövning i KamR och HFD förlorade verket på alla punkter i båda instanserna (se HFD 2017 ref. 64; se även prop. 2017/18:72 s. 40 f.).

[155] Europarlamentets och rådets förordning (EU) nr 909/2014 av den 23 juli 2014 om förbättrad värdepappersavveckling i Europeiska unionen och om värdepapperscentraler m.m.

[156] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/1011 av den 8 juni 2016 om index som används som referensvärden för finansiella instrument och finansiella avtal eller för att mäta investeringsfonders resultat m.m.

[157] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1131 av den 14 juni 2017 om penningmarknadsfonder.

[158] Såsom AIF-förvaltare, försäkringsdistributörer och finansiella institut (i LVAF:s tekniska mening).

[159] Se 14 kap. 1 § LBF (som genom hänvisning i 2 kap. 8 § LBT, 3 kap. 4 § LEP, 2 kap. 5 § LVB och 10 § LVK gäller också för vissa andra aktörer), 24 kap. 1 § LVM, 15 kap. 1 § FRL och 11 kap. 1 § LVF (som alltså saknar motsvarighet i LAIF).

[160] Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1060/2009 av den 16 september 2009 om kreditvärderingsinstitut.

[161] Se N. Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3 uppl. (2014), s. 654.

grad vad som inom unionsrätten vanligen föreskrivs vid tillståndsprövningar.[162] Esma har i sina riktlinjer och rekommendationer sagt, att kreditvärderingsinstitut som etablerats i EU och som bedriver kreditvärderingsverksamhet i EU ”utan att ha registrerats bryter mot artiklarna 2.1 och 14.1 [CRAR]. Alla kreditvärderingsinstitut som har för avsikt att utföra kreditvärderingsverksamhet ska omedelbart ansöka om registrering av Esma. Inga enheter får utfärda kreditbetyg innan de registrerats som kreditvärderingsinstitut.”[163] Det har vidare sagts att myndigheten kommer att ”vidta tillsynsåtgärder […] mot sådana kreditvärderingsinstitut som bedriver verksamhet utan att vara registrerade […] och ålägga dem böter”.[164] Litteraturen anser att tillståndsplikten strider mot proportionalitetsprincipen och att därför endast en *registrering*splikt för att uppnå det officiella erkännandet av kreditbetygen kan komma ifråga.[165] Det är således missvisande att — som Överklagandenämnden[166] gör[167] — beskriva ”registreringen” enligt CRAR som en ”ackreditering”. Tidigare fanns ett ”ackrediteringsförfarande” som innebar att kreditbetygen skulle få användas på visst sätt vid kapitaltäckningsberäkningar (se avsnitt 6). CRAR går längre och medför ett tillståndskrav oavsett hur kreditbetygen ska användas.

Ägarprövningarna visar på FI:s svårigheter att formulera beslut i enlighet med det inspektionen enligt den tillämpliga lagen har att pröva. Prövningen aktualiseras endast när ägandet av röster eller kapital överskrider vissa i lagtexten angivna trösklar. Förändringar inom intervallen mellan trösklarna — t.ex. ett innehav som ökar från 33 till 37 % — varken ska eller kan bli föremål för FI:s prövning. Besluten ska således formuleras så att tillstånd ges för innehav inom aktuella intervall. Tidigare formulerade FI sina beslut på det sättet. Numera formuleras i stället besluten så att de avser ett visst procenttal. I formalrättsligt hänseende spelar denna precision ingen roll — FI:s beslut avser det ansökan avser och lagen anger, nämligen tillstånd för ett innehav inom ett visst intervall. Det är olämpligt att utforma besluten i strid med det som faktiskt har prövats, eftersom besluten därmed blir vilseledande – ett beslut som avser ett förvärv på 33 % gäller också för förvärv av 37 % eller

[162] Se Moloney (2014), s. 657.
[163] Se *Riktlinjer och rekommendationer till förordningen om kreditvärderingsinstitut* (ESMA/2013/720), nr 10.
[164] Se ESMA/2013/720, nr 12.
[165] Se U. G. Schroeter, *Ratings* (2014), s. 619. Regleringens bristande förenlighet med den svenska grundlagsregleringen av åsiktsfriheten, och därmed med villkoren för Sveriges medlemskap i EU, diskuteras i D. Hanqvist, ”The Importance of Being and of Being Earnest: Ontological, Epistemological and Constitutional Aspects of Credit Ratings” i J. Kleinemann, L. Gorton & A. Verständig (red.), *Perspectives on Credit Rating Agencies* (2013), ”*The Empire Strikes Back*. EU, åsiktsfriheten och kreditvärderingsinstituten”, SvJT 2016 s. 687 och Hanqvist (2017). För liknande invändningar avseende BMR, se D. Hanqvist, ”*Rara temporum felicitate*: åsiktsfriheten och EU-förordningen om referensvärden”, JP 2018 s. 147.
[166] Se art. 58 EsmaF.
[167] Se *Global Private Rating Company ”Standard Rating” Ltd mot Esma*, BoA 2013–14, § 101.

vilket annat procenttal som helst inom intervallet. Ovanan leder till administrativt merarbete eftersom förvärv ofta sker successivt, särskilt när målbolagets aktier är föremål för organiserad handel. Ansökan sker avseende det förvärv som först överskrider tröskeln. Under prövotiden sker ofta ytterligare förvärv inom intervallet. För säkerhets skull uppdaterar förvärvaren då vanligen FI om förvärven, vilket rent rättsligt är onödigt, eftersom ytterligare förvärv inom intervallet inte ska påverka FI:s prövning. Förvärvare vill vanligen inte ha beslut som pga. missriktad precision formellt inte återger verkliga förhållanden. Diskrepans kan i praktiken skapa problem för förvärvaren i olika situationer. Det vore självklart bättre om FI återgick till formuleringar som korrekt återgav beslutens rättsliga innebörd.

3.3 B-beslut

B-besluten är ett mindre ingripande alternativ till A-besluten.[168] Till B-besluten kan föras t.ex.:

- **4 § LIV:** Inlåningsverksamhet.
- **2 § LVAF:** Valutaväxling och ”annan finansiell verksamhet”[169].
- **2 kap. 3 § LAIF:** Anmälan av AIF-förvaltare som inte ansöker om tillstånd.
- **2 kap. 3 § LBT och 2 kap. 3 § EPL:** Ansökan om undantag från tillståndsplikt.

B-besluten kännetecknas av att de inte föregås av en lika omfattande prövning som A-besluten och att de heller inte medför lika omfattande verksamhetskrav. En viktig skillnad mellan A- och B-besluten är att de A-beslut som vilar på unionsrättslig grund kan göras gällande inom hela EES. För B-besluten krävs i stället vanligen en prövning i varje värdland, om innehavaren önskar bedriva gränsöverskridande verksamhet.[170] De beteckningar som används för B-tillstånd kan ibland vara vilseledande. Som framgår av t.ex. domen i *Pennybridge AB mot FI* (2018-10-15, mål 3299-18 (KamR Stockholm)) handlar det beträffande t.ex. 2 kap. 3 § LBT (och *per analogiam* 2 kap. 3 § EPL) om ett slags andra rangens tillstånd snarare än om ett verkligt undantag, eftersom den som beviljas undantag ändå måste uppfylla olika krav i lag och föreskrifter, och ett avslag på ansökan om undantag medför att antingen ett A-tillstånd måste inhämtas eller den aktuella verksamheten avslutas.

3.4 Specialitetsprincipen

Inom *dansk* förvaltningsrättslig doktrin talar man om en ”*organisatorisk*” respektive ”*materiell*” specialitetsprincip. Den organisatoriska specialitetsprincipen fokuserar på uppdelningen mellan myndigheterna just vad gäller deras respektive organisationer. Principen går ut på att en

[168] Jfr Ziekow (2010), § 5, Rnr 11.
[169] ”Annan finansiell verksamhet” är sådan verksamhet som anges i 7 kap. 2 § 2 st. p. 2, 3 och 5–12 LBF (se 1 § p. 2 LVAF).
[170] Jfr D. A. Zetzsche, *Prinzipien der kollektiven Vermögensanlage* (2015), s. 451.

förvaltningsmyndighet inte ska ta hand om frågor som ligger på en annan förvaltningsmyndighet. Den materiella specialitetsprincipen bygger på tanken att en förvaltningsmyndighet som har fått flera olika bemyndiganden ska hålla dessa åtskilda. Myndigheten ska i ett ärende endast ta hänsyn till sådant som har stöd i den bemyndigande lagstiftningen. Härmed får myndigheten inte sammanblanda främmande intressen som den har satts att bevaka med stöd i andra lagar.[171] Inom den *franska* administrativa politirätten finns en princip om ”lagstiftningsområdenas oberoende” *(indépendence des législations*).[172] För FI gäller det att balansera de olika lagstiftningsområdenas legitima oberoende (olika lagar har vanligen olika syften) med de olika rättsliga och praktiska områdenas interferens och ömsesidiga beroende.[173] Även den svenska finansiella regleringen kan sägas bygga på en materiell specialitetsprincip, t.ex. genom kravet att kreditinstitut endast får bedriva värdepappersrörelse efter särskilt tillstånd och genom att LBF föreskriver att ett företag som har fått sitt banktillstånd återkallat trots det kan fortsätta viss verksamhet i enlighet med andra tillstånd.[174]

Det kan av flera skäl vara en fördel att i ett enda företag bedriva flera reglerade verksamheter, liksom reglerad verksamhet tillsammans med icke-reglerad. Såväl unionsrätten som svensk rätt företer här en tämligen förvirrad och förvirrande bild, och på centrala områden råder klart olika uppfattningar. Ibland godtas vissa kombinationer. Sålunda kan olika slags värdepappersrörelse kombineras med varandra,[175] och värdepapperscentraler kan beviljas ytterligare tillstånd att bedriva vissa ”anknutna banktjänster”.[176] Ibland får vissa icke-reglerade verksamheter kombineras med vissa reglerade verksamheter;[177] ibland föreskrivs att vissa verksamheter endast *får* bedrivas i kombination.[178] I andra fall får reglerad verksamhet kombineras med vilken icke-reglerad verksamhet

[171] Se Mortensen (red.) (2016), s. 289.
[172] Se M.-F. Delhoste, *Les polices administratives spéciales et le príncipe d’indepéndence de législation* (2001).
[173] Jfr Delhoste (2001), s. 251.
[174] Se 10 kap. 31 § 1 st. LBF.
[175] Se 2 kap. 1 § LVM.
[176] Se art. 54.1 CDR; tjänsterna framgår av avsnitt C i förordningens bilaga.
[177] Se 2 kap. 2 och 3 §§ LVM.
[178] Se 2 kap. 2 § 2 st. LVM; art. 3.2 EltifF (som föreskriver dubbla tillstånd enligt såväl EltifF som AIFMD/LAIF; se härtill C. Rojo Álvarez-Manzaneda, *La protección jurídica del inversor en los fondos de inversión a largo plazo europeos* (2017), s. 101, Weitnauer m.fl. (2017), Artikel 6 ELTIF-VO, Rnr 1 f. och Hanqvist (2016c), s. 260) och art. 2 EuVECAF (som föreskriver parallell registrering eller tillstånd för AIF-förvaltaren och registrering för fonden; se härtill Weitnauer m.fl. (2017), Artikel 2 EuVECA-VO, Rnr 2). EuSEFF innehåller emellertid inget tillstånds- eller registreringskrav för förvaltaren utöver utan utgör en ren produktreglering. Art. 4 PMFF föreskriver dubbla tillstånd för penningmarknadsfonder som såväl AIF-fonder respektive värdepappersfonder som specifikt penningmarknadsfonder. Både EuSEFF och PMFF förutsätter att förvaltaren har tillstånd respektive registrering enligt antingen LVF eller LAIF.

som helst, så länge vissa villkor iakttas[179], med möjlighet för FI att ingripa med riktade förbud[180]. Ibland är det osäkert vilka kombinationer som är tillåtna; t.ex. undantas försäkringsföretag från tillståndsplikten för värdepappersrörelse,[181] medan de förbjuds att ”driva annan rörelse än försäkringsrörelse och därmed sammanhängande verksamhet”.[182] I andra fall föreskrivs uttryckligen att ett visst företag endast får ägna sig åt en viss sorts verksamhet.[183] Ibland framgår begränsningen till endast *en* reglerad verksamhet — och endast *reglerad* verksamhet — implicit.[184] I många fall framgår det av lagtexten att kombinationen är tillåten, eftersom företag med ett visst tillstånd uttryckligen undantas från att behöva erhålla ytterligare ett särskilt tillstånd för annan verksamhet.[185] FI beviljar ibland kombinationer som lagstiftningen principiellt avvisar.[186]

Är två olika tjänster i och för sig tillståndspliktiga var för sig och underkastade särskild unionsrättslig reglering, hindrar inte specialitetsprincipen att den ena subsumeras under den andra.[187] Särskilt komplicerat är det att klara ut huruvida kreditinstitut[188] redan i kraft av sitt kreditinstituttillstånd får bedriva värdepappersrörelse. Unionsrättsligt behöver kreditinstitut ingen ytterligare MiFID II[189]-auktorisation. När kreditinstitut ska driva värdepappersrörelse förväntas behöriga myndigheter innan de beviljar auktorisation enligt CRD IV kontrollera att de uppfyller de relevanta bestämmelserna i MiFID II.[190]

[179] Se 3 kap. 5 § 1 st. LBT.
[180] Se 3 kap. 5 § 2 st. LBT.
[181] Se 2 kap. 5 § 1 st. p. 4 LVM.
[182] Se 4 kap. 4 § FRL. Ett annat exempel på oklar reglering är 1 kap. 13 § 2 st. p. 2 LAIF (se härtill Hanqvist (2016a), kommentaren till det lagrummet).
[183] Se 7 kap. 1 § LBF och 3 kap. 1 och 2 §§ LAIF.
[184] Se 1 kap. 5 § LVF och 2 kap. 2 och 3 §§ LVM.
[185] Se t.ex. 2 kap. 5 § 1 st. p. 10 LVM, 2 kap. 2 § LBT, 2 kap. 3 § LBF, 2 kap. 2 § LEP och 2 § LVAF.
[186] I *Re Forso Nordic AB*, 2018-03-23, FI Dnr 16-15282 beviljades ett kreditmarknadsbolag tillstånd enligt 4 § LVK, trots lagens 5 §. Bolagets tillstånd enligt LBF återkallades sedermera på bolagets egen begäran (2018-11-12, FI Dnr 18-16784).
[187] Se EUD:s avgörande i *Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag mot Dödsboet efter Ingvar Mattson och mot Strobel m.fl.*, C-542/16, EU:C:2018:369, domgrunderna 61 ff. HFD har resonerat på motsvarande sätt avseende moms; se *Danske Bank A/S mot Skatteverket*, mål 3237-18, 2018-11-08 avseende momsplikt för en kombination av kapitalförvaltning (som omfattas av moms) och tjänster avseende köp och försäljning av värdepapper (som är undantagna moms). I fallet ansågs tjänsterna inte kunna separeras, trots att de faller under olika tillståndspunkter i LVM.
[188] Auktoriserade enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/36/EU av den 26 juni 2013 om behörighet att utöva verksamhet i kreditinstitut och om tillsyn av kreditinstitut och värdepappersföretag m.m. (”CRD IV”).
[189] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/65/EU av den 15 maj 2014 om marknader för finansiella instrument m.m.
[190] Se recit (38) MiFID II; men jfr art. 11.5, som förutsätter att medlemsstaterna kan anta ”nationell lagstiftning som kräver en strukturell uppdelning av verksamheterna inom en bankgrupp”. Unionsrätten saknar en definition av ”bank” (se Bonneau (2017), Nr 51). Den svenska definitionen i 1 kap. 3 § LBF är i hög grad idiosynkratisk; jfr G. Sjöberg, *Reglering av banker* (2018), s. 165 med n. 2. För svensk rätt gäller således inte att ”any legislation in the world would define an institution granting loans on its own account and collecting deposits from the public as a bank”

Värdepappersrörelsereglerna förefaller vara *subsidiära* till reglerna om kreditinstitut. MiFID II innehåller vissa regler för kreditinstitut, men föreskriver inte någon tillståndsplikt. Kreditinstitut torde därför inte behöva ytterligare tillstånd för värdepappersrörelse.[191] I andra jurisdiktioner än Sverige har saken uppfattats just så, såsom i *finländsk lagstiftning*[192] och *tysk lagstiftning och doktrin*[193]. (Också utan särskilt tillstånd blir dock kreditinstituten enligt tysk rätt, med svensk terminologi, ”värdepappersinstitut” när de faktiskt bedriver värdepappersrörelse.[194]) Denna uppfattning motsvarar regleringens historiska utveckling. Harmoniseringen genomfördes först vad gäller bankerna, enligt en modell som motsvarande den kontinentaleuropeiska traditionens universalbanker, dvs. banker som tillhandahåller tjänster av det slag som numera regleras i både CRD IV och MiFID II/MiFIR[195]. Denna följdes sedan av harmonisering av värdepappersrörelsereglerna för att möjliggöra gränsöverskridande verksamhet också avseende företag som (mer i enlighet med den brittisk-amerikanska traditionen) endast tillhandahåller värdepapperstjänster.[196]

I *fransk doktrin* är frågan omdiskuterad. Å ena sidan har det hävdats att omständigheterna, att det är samma myndighet som skulle bevilja båda tillstånden och att kraven för tillstånden i princip sammanfaller, tyder på att det skulle röra sig om endast ett enda tillstånd, även om svårigheter uppstår inom bankunionen, eftersom vissa kreditinstitut där beviljas tillstånd som kreditinstitut av ECB, som förefaller sakna behörighet vad gäller värdepappersrörelse.[197] Å andra sidan har det hävdats — bl.a. just med hänvisning till ECB:s roll inom bankunionen — att det skulle röra sig om två separata tillstånd.[198] Bankunionen och

(T. Padoa-Schioppa, *The Road to Monetary Union in Europe* (2000), s. 25). Ibland haltar terminologin också i det offentliga trycket (jfr Ds 2005:1 s. 60 och prop. 2005/06:45 s. 75).

[191] Se Moloney (2014), s. 342 och D. Busch & G. Ferrarini, *Regulation of the EU Financial Markets* (2017), § 2.15, med hänvisning till art. 1.3(a)–(d) MiFID II.

[192] Se 1 kap. 4 § lagen om investeringstjänster (2012/747), 5 kap. 1 § 3 st. kreditinstitutslagen (2014/610) (anmälningsplikt när värdepappersrörelsen inleds eller avslutas), 2 kap. 10 § p. 2 värdepappersmarknadslagen (2012/746) och RP 32/2012 s. 20, 105 och 181.

[193] Se § 1(1a) KWG; Schwintowski (2014), § 4 Rnr 158; Luz m.fl. (2015), KWG § 1, Rnr 46; och Boos m.fl. (2016), KWG § 1, Rnr 129.

[194] Se H.-D. Assmann & U. H. Schneider (red.), *Wertpapierhandelsgesetz*, 6 uppl. (2012), § 2, Rnr 152.

[195] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 600/2014 av den 15 maj 2014 om marknader för finansiella instrument m.m.

[196] Se V. E.-M. Köpfer, *Anwendung und Auswirkung des europäischen Kapitalmarktrechts auf Akteure aus Drittstaaten*, ak. avh., Universität St Gallen (2015), s. 265 f.; se också Kilian (2010), s. 254. Harmoniseringen genomfördes genom direktiv 89/646/EEG av den 15 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut m.m.; harmoniseringen av värdepappersrörelsen följde genom direktiv 93/22/EEG av den 10 maj 1993 om investeringstjänster inom värdepappersområdet.

[197] Se Bonneau (2017), Nr 268 f.

[198] Se R. Vabres i Bonneau m.fl. (2017), Nr 257 f. A. Couret m.fl., *Droit financier*, 2 uppl. (2010), Nr 160 menar att det rör sig om två separata tillstånd som sammanfaller i praktiken.

ECB:s roll inom den behöver inte leda till den slutsatsen. Primärrätten hindrar inte att ECB utövar tillsyn över värdepappersinstitut.[199] Inom bankunionen ankommer det på ECB att bl.a. ge tillstånd till kreditinstitut och i övrigt agera tillsynsmyndighet.[200] ECB ska tillämpa all tillämplig unionsrätt och, när denna utgörs av direktiv, den nationella lagstiftning som införlivar dessa direktiv. Utgörs den tillämpliga unionsrätten av förordningar ska ECB där dessa förordningar för närvarande uttryckligen ger medlemsstaterna utrymme för olika alternativ också tillämpa den nationella lagstiftning som utnyttjar dessa möjligheter.[201] Motsvarande frågeställningar gör sig gällande när ESA har att tillämpa sina egna riktlinjer, beträffande vilka medlemsstaterna har ett val huruvida de kommer att tillämpa dem.[202] Inom bankunionen fullgör således ECB i princip alla uppgifter som en nationell tillsynsmyndighet annars skulle fullgöra. Det är inte uppenbart att detta specifikt skulle utesluta prövningen av lämpligheten för ett kreditinstitut att också bedriva värdepappersrörelse, i enlighet med den unionsrättsliga lagstiftarens avsikt. Det förefaller vara olämpligt att nationella myndigheter skulle kunna bevilja kreditinstitut som i övrigt står under ECB:s tillsyn tillstånd att bedriva värdepappersrörelse, eftersom denna verksamhet på olika sätt kan påverka riskerna i kreditinstitutens verksamhet och därmed också påverka ECB:s tillsyn vad gäller kapitaltäckning och riskhantering.

Svensk lagstiftning förefaller stämma överens med finländsk och tysk. Kreditinstitut får bl.a. ”medverka vid värdepappersemissioner”[203] och ”driva värdepappersrörelse under de förutsättningar som föreskrivs i LVM”.[204] Utländska EES-kreditinstitut behöver inte särskilt hemlandspass för värdepappersrörelsen utöver passet för finansierings- eller bankverksamhet.[205] Vad gäller rätten för kreditinstitut att ”tillhandahålla betaltjänster enligt [LBT]”, ”lämna kreditupplysning under de förutsättningar som föreskrivs i [KUL[206]]”, och ”ge ut elektroniska pengar enligt [LEP]”[207] gäller att något ytterligare tillstånd utöver tillstånd enligt LBF inte krävs.[208] För värdepappersrörelse gäller emellertid inte något motsvarande undantag;[209] i stället förutsätts kreditinstitut behöva särskilt tillstånd,[210] i enlighet med en princip som länge har gällt i

[199] Se art. 127.6 FEUF.
[200] Art. 3.1 rådets förordning (EU) nr 1024/2013 av den 15 oktober 2013 om tilldelning av särskilda uppgifter till Europeiska centralbanken i fråga om politiken för tillsyn över kreditinstitut.
[201] Se 4 kap. 2 § LVM jfrd med 4 kap. 1, 2 och 3 §§ LBF.
[202] Se diskussionen i Schemmel (2018), s. 130 ff.
[203] Se 7 kap. 1 § 2 st. p. 7 LBF.
[204] Se 7 kap. 1 § 2 st. p. 13 LBF.
[205] Se 7 kap. 1 § 2 st. p. 13 LBF.
[206] Kreditupplysningslagen (1973:1173).
[207] Se 7 kap. 1 § 2 st. p. 4, 14 respektive 15 LBF.
[208] Se 2 kap. 2 § LBT, 3 § 2 st. p. 1 KUL respektive 2 kap. 2 § 1 st. p. 1 LEP.
[209] Jfr 2 kap. 5 § LVM.
[210] Se definitionen av ”värdepappersinstitut” i 1 kap. 4 b § och 3 kap. 10 § LVM. Detta har också bekräftats av FI, som alltså inte förefaller beredd att åsidosätta LVM:s bestämmelser i ljuset av MiFID II (se svar på skriftlig fråga per e-post 2017-11-07, FI

svensk rätt.[211] Skillnaden mellan svensk rätt och unionsrätten uppmärksammades i samband med det sena 1980-talets värdepappersmarknadsreformer, då unionsrättens lösning medvetet avvisades.[212] Den förefaller inte ha uppmärksammats när svensk rätt anpassades till unionsrätten i samband EES-inträdet.[213] Denna nationella regel förefaller således strida mot unionsrätten genom att förvägra kreditinstitut en rättighet unionsrätten har gett dem; principerna om direkt effekt för felaktigt implementerade direktivbestämmelser liksom unionsrättens företräde torde medföra att den svenska regeln inte får tillämpas till nackdel för någon enskild.

Frågan om vilket tillstånd som ska meddelas — för kreditinstituten alltså antingen endast tillstånd enligt LBF eller också enligt LVM — får *formell* betydelse vid institutens gränsöverskridande verksamhet inom EES. FI ska då meddela värdlandets myndighet om verksamheten, varvid FI måste välja mellan att göra anmälan enligt bestämmelserna i CRD IV eller enligt MiFID II eller enligt båda, alltså två meddelanden. Den svenska lagstiftningen kräver logiskt att FI gör två anmälningar, vilket i flera fall torde förvåna värdlandets myndighet. Motsvarande fråga uppstår avseende sådana värdepappersbolag som har beviljats tillstånd att ta emot kunders medel på konto för att underlätta värdepappersrörelsen (endast) i kombination med tillstånd att lämna kunder kredit för att kunden, genom värdepappersbolaget, ska kunna genomföra en transaktion i ett eller flera finansiella instrument.[214] Kombinationen motsvarar definitionen av ”kreditverksamhet” (kombinationen av emottagande av återbetalningspliktiga medel från allmänheten och kreditgivning),[215] men särskilt tillstånd enligt LBF — i motsats alltså till vad som anses gälla för kreditinstitut som vill bedriva värdepappersrörelse — ansågs inte behövas.[216] Värdepappersbolag med ett sådant tillstånd ska betraktas som kreditinstitut, och deras gränsöverskridande verksamhet inom EES ska därmed åtminstone anmälas av FI till värdlandsmyndigheten enligt CRD IV[217] (i enlighet med utländska motsvarigheter när de bedriver verksamhet i Sverige). Sådana

Dnr 17-18622). Motsvarande förefaller gälla enligt § 7 stk. 2 i den danska lov om finansiel virksomhet (2017).

[211] Se prop. 1990/91:142 s. 113 och 161 och 37 § fondkommissionslagen (1979:748). Det var tidigare i princip förbjudet banker att för egen räkning handla med aktier, förlagsbevis, emissionsbevis och andelar i aktiefonder (se prop. 1978/79:9 s. 32; se också 54 § lagen (1955:183) om bankrörelse); någon generell begränsning för bankerna att bedriva fondkommissionärsrörelse ansågs inte föreligga (se prop. 1978/79:9 s. 134).

[212] Se SOU 1989:72, del 2, s. 23.

[213] Frågan förefaller inte ha diskuterats i prop. 1992/93:89 eller prop. 1994/95:50 och uppmärksammades heller inte i samband med införandet av LBF (se prop. 2002/03:139 s. 275, 298 f. och 584) resp. LVM (se prop. 2006/07:115 s. 554).

[214] Se 2 kap. 2 § LVM.

[215] Se 1 kap. 4 § LBF och prop. 1994/95:50 s. 99.

[216] Se prop. 2002/03:139 s. 227.

[217] Se prop. 1994/95:50 s. 100. De behandlas på samma sätt som (andra) kreditinstitut vad gäller rapporteringen till den finansiella statistiken (se 4 § Riksbankens föreskrifter (RBFS 2017:2) om instituts rapportering av krediter (KRITA)). I lagen

värdepappersbolag torde, såsom kreditinstitut, *materiellt* omfattas av vissa lättnader vad gäller prospektreglerna.[218] Däremot är det tveksamt huruvida brittiska kreditinstitut omfattas av de särskilda bestämmelser som återfinns i *LVM* om värdepappersrörelse i Sverige efter Brexit,[219] och som enligt svensk uppfattning alltså inte gäller för kreditinstitut annat än efter särskilt beslut.

En underlighet i sammanhanget är att LVM, vad gäller kombinationen av de båda tjänsterna, talar om ”värdepappersbolag”. LVM gör en terminologisk distinktion mellan, å ena sidan, *”värdepappersbolag”* (som definieras som ett svenskt aktiebolag som har fått tillstånd enligt LVM att driva värdepappersrörelse och som inte är ett bankaktiebolag eller ett kreditmarknadsbolag enligt LVM) och, å andra sidan, *”värdepappersinstitut”* (som inkluderar värdepappersbolag, svenska kreditinstitut som har erhållit tillstånd enligt LVM att driva värdepappersrörelse eller ett utländskt företag som driver värdepappersrörelse från filial i Sverige eller genom att använda anknutna ombud etablerade i Sverige).[220] Detta förefaller enligt lagtexten innebära att ett kreditinstitut som har fått särskilt tillstånd enligt LVM inte kan få det särskilda kombinerade tillståndet, eftersom institutet definitionsmässigt inte vore ett värdepappersbolag, vilket enligt lagtexten förefaller vara ett krav för denna särskilda tillståndskombination. Detta förefaller dock inte vara en hållbar tolkning, eftersom kreditinstitutet redan har erforderligt tillstånd enligt LBF. Men i så fall måste ”värdepappersbolaget” likaledes vara ett kreditinstitut, och därför inte ett värdepappersbolag.

Den materiella specialitetsprincipen får konsekvenser även inom sanktionsrätten. I princip ska olika rörelsegrenar bedömas dels var för sig, dels med hänsyn till hur de ekonomiskt förhåller sig till varandra. Är en rörelsegren väsentlig för en annan och missförhållanden endast föreligger i den förra, kan det vara olämpligt att förelägga ett företag att helt upphöra med den förra rörelsen. Andra åtgärder kan vara lämpligare. Föreläggande om att upphöra med viss verksamhet kan innebära att företagets möjlighet att driva verksamheten vidare omintetgörs. Så kan t.ex. vara fallet om dess kunder är beroende av ett vitt spektrum tjänster. Får företaget inte tillhandahålla en viss tjänst, kan det i praktiken innebära att hela rörelsen måste upphöra. I sådant fall har företaget inte, som avsett med föreläggandet, getts möjlighet att

(1995:1571) om insättningsgaranti räknas i 1 § 1 st. upp ”banker, kreditmarknadsbolag och vissa värdepappersföretag” som kan sägas motsvara alla den svenska rättens olika slags kreditinstitut (de värdepappersföretag som avses är enligt 2 § sådana som får ta emot kunders medel på konto, vilket åtminstone för de svenska företagen måste kombineras med viss kreditgivning).

[218] Se art. 1.4(j) och 1.5(i) jfrda med art. 2(g) Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1129 av den 14 juni 2017 om prospekt som ska offentliggöras när värdepapper erbjuds till allmänheten eller tas upp till handel på en reglerad marknad m.m.

[219] Se 4 kap. 10 § LVM, som gäller t.o.m. 2021 (SFS 2019:132), men jfr 4 kap. 2 § LVM.

[220] Se 1 kap. 4 a § LVM.

rätta bristerna.[221] Särskilt avseende företag som kan få bedriva olika rörelser bör annan åtgärd övervägas.

FI förefaller inte helt konsekvent skilja mellan olika i tillståndshänseende självständiga rörelsegrenar och bedömer dem inte alltid var för sig. *Re Sörmlands sparbank*[222] illustrerar hur FI applicerar ett *differentierande förhållningssätt*. Sparbanken hade både banktillstånd och tillstånd för viss värdepappersrörelse. FI ansåg att styrningen och organisationen av värdepappersrörelsen uppvisade så allvarliga brister att tillståndet för *en viss sorts värdepappersrörelse* hade kunnat återkallas. Vad gäller övrig värdepappersrörelse bedömdes banken ha objektiva förutsättningar att åtgärda bristerna. FI meddelade varning avseende vissa av tillstånden. Bankrörelselagstiftningen berördes överhuvudtaget inte i sak. FI:s beslut överklagades och FI vann.[223]

I *Re HQ Bank AB*[224] blev resultatet annorlunda. Banken hade tillstånd för bankrörelse och flera sorters värdepappersrörelse, och var registrerad som förvaltare av fondandelar. Av beslutsmotiveringen framgår att FI endast haft kritik avseende hanteringen av *ett* slags värdepappersrörelse. Bristerna i en *annan* del av verksamheten tillskrevs bankrörelsen. Beslutsmotiveringen nämner bara ”tillståndet” (singularis), vilket i sammanhanget torde avse banktillståndet. FI återkallade *alla* tillstånd, även för delar av rörelsen där det enligt motiveringen inte hade funnits missförhållanden. Här förefaller FI ha betraktat banktillståndet som ett ”hierarkiskt överordnat” tillstånd. Uppfylls inte villkoren för det tillståndet och det återkallas, faller också med denna teori underordnade tillstånd; förmår företaget inte uppfylla villkoren för ett ”lägre” tillstånd skulle det *a fortiori* inte uppfylla dem för det ”högre”. Teorin håller inte om — som i den svenska lagstiftningen — kreditinstitut anses behöva särskilt tillstånd för värdepappersrörelse; inte heller är den förenlig med lagstiftningen som förutsätter att en bank kan få sitt banktillstånd återkallat men ändå får fortsätta viss verksamhet enligt andra tillstånd.[225]

3.5 C-beslut

C-besluten skiljer sig från A- respektive B-besluten i det att de inte principiellt rör viss person eller visst företag, eller deras rörelse, utan i stället tar sikte på specifika produkter eller beteenden.[226] De är vanligen särskilda och tidsbegränsade. C-beslut har förekommit till och från i olika jurisdiktioner men har införts i unionsrätten först som en reaktion på finanskrisen, som t.ex.:

[221] Se prop. 2006/07:115 s. 636.
[222] 2005-02-21, FI Dnr 04-7977-342.
[223] Se *Sörmlands sparbank mot FI*, mål 1861-05, 2007-03-05 (KamR Stockholm).
[224] 2010-08-27, FI Dnr 10-7854.
[225] Se 10 kap. 31 § 1 st. LBF. Jfr också 11 kap. 45 §, 12 kap. 74 § och 13 kap. 27 § FRL.
[226] För produktförbuden, se D. Klingenbrunn, *Produktverbote zur Gewährleistung von Finanzmarktstabilität* (2018) och M. Cruz Mayorga Toledano, *Las ventas en corto de acciones en el sistema financiero* (2018).

- **Art. 20 BlankF**[227]**:** Förbud eller villkor under exceptionella omständigheter för (a) blankning eller (b) vissa andra transaktioner.
- **Art. 21 BlankF:** Esmas begränsningar för statskreditswappstransaktioner eller deras värde.
- **Art. 23.1 BlankF:** Esmas tillfälliga blankningsförbud vid avsevärda prisfall.
- **Art. 28.1 och 2 BlankF:** Esmas införande av anmälningsplikt eller förbud respektive villkor för täckt blankning i vissa allvarligare situationer.
- **Art. 16 och 17 PriipF**[228]**:** Eiopas tillfälliga förbud respektive FI:s förbud eller begränsning av marknadsföring, distribution eller försäljning av vissa produkter med vissa särskilda egenskaper eller viss typ av verksamhet eller praxis.
- **Art. 40 respektive 41 MiFIR**: Esmas respektive EBA:s tillfälliga förbud eller begränsning av marknadsföring, distribution eller försäljning av vissa finansiella instrument eller finansiella instrument med vissa särskilda egenskaper eller viss typ av verksamhet eller praxis.[229]
- **Art. 42 MiFIR**: FI:s förbud eller begränsning av marknadsföring, distribution eller försäljning av vissa finansiella instrument eller finansiella instrument med vissa särskilda egenskaper eller viss typ av verksamhet eller praxis.[230]

Beslut enligt art. 17 PriipF och art. 42 MiFIR kan utformas att gälla *alla* aktörer på marknaden. Sådana beslut får alltså verkningar för en obestämd krets och skiljer sig därmed från förvaltningsbeslut som riktar sig till en eller flera bestämda adressater. Sådana produktingripanden meddelas som föreskrifter.[231]

Esmas behörighet enligt art. 28 BlankF ifrågasattes av Förenade kungariket,[232] bl.a. pga. att regleringen stred mot de s.k. *Meroni*-principerna[233] och art. 290 och 291 FEUF; och att art. 114 FEUF hade åsidosatts. EUD avvisade de (goda[234]) brittiska argumenten. Esmas behörighet enligt art. 40 MiFIR har inte prövats. Behörigheten enligt art. 40 MiFIR har ansetts skilja sig från behörigheten enligt art. 28 BlankF,

[227] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 236/2012 om blankning och vissa aspekter av kreditswappar.
[228] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1286/2014 av den 26 november 2014 om faktablad för paketerade och försäkringsbaserade investeringsprodukter för icke-professionella investerare (Priip-produkter)).
[229] Avseende icke-professionella investerare har Esma enligt art. 40 MiFIR förbjudit CFD-kontrakt, senast fr.o.m. 2019-05-01 (se ESMA71-99-1130), och binära optioner, senast fr.o.m. 2019-04-02 (se ESMA35-43-1862).
[230] FI har förslagit permanenta förbud mot CFD-kontrakt och binära optioner, som i sak motsvarar Esmas tillfälliga beslut (se remisspromemorian, ”Nya regler om produktingripande och ändringar i regler om värdepappersrörelse”, FI Dnr 18-21905 (2019-03-27), s. 4).
[231] Se prop. 2018/19:3 s. 30.
[232] Se domen i *Förenade kungariket mot Parlamentet och rådet*, C-270/12, EU:C:2014:18.
[233] För *Meroni*-principerna, se N. Kohtamäki, *Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union* (2012), s. 203 ff., K. Michel, *Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen* (2015), s.70 ff. och, allmänt, P. Craig, *EU Administrative Law*, 2 uppl. (2012), s. 154 f., 174 ff. och 255 f.
[234] Se också den kritiska diskussionen hos A.-K. Kaufhold, *Systemaufsicht* (2016), s. 269 ff.

bl.a. eftersom art. 40 inte innebär en blott ”teknisk bedömning av de faktiska omständigheterna”:[235]

- BlankF föreskriver ett rent reaktivt produktförbud, medan MiFIR möjliggör också preventiva ingrepp. Innovationsgraden kan utgöra en av bedömningsgrunderna enligt MiFIR.
- Varken art. 40 MiFIR eller den anslutande delegerade förordningen tillhandahåller någon uttömmande lista på faktorer som Esma ska beakta. Om EUD:s dom beträffande art. 28 BlankF innebär ett krav på en sådan lista — vilket inte är en orimlig tolkning — strider MiFIR mot det kravet.
- Till skillnad från art. 28 BlankF ska art. 40 MiFIR också tjäna investerarskyddet, vilket saknar stöd i både MiFIR och EsmaF[236]. Esmas behörighet skulle därför behöva vila direkt på art. 114 FEUF. För att göra där avsedd bedömning krävs såväl empirisk-psykologisk forskning som en avvägning av vilken risk det är socialt acceptabelt att en investerare ska behöva bära.

Produktreglering av detta slag riskerar i särskilt hög grad att leda till välfärdsförluster för konsumenterna som annars hade kunnat undvikas.[237]

[235] Se Klingenbrunn (2018), s. 261 f. Jfr domen i *Förenade kungariket mot Parlamentet och rådet*, C-270/12, EU:C:2014:18, pkt 52.
[236] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1095/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten) m.m.
[237] Se J. Armour m.fl. (red.), *Principles of Financial Regulation* (2016), s. 261; N. Moloney m.fl., *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2015), s. 763; J. S. Johnston, ”Do Product Bans Help Consumers? Questioning the Economic Foundations of Dodd-Frank Mortgage Regulation”, *George Mason Law Rev.* 2016 s. 617; och Ogilvie (2019).