

# Si dextra manus scandalizat — Något om företagets gränser inom den finansiella sektorn

Av advokaten DAN HANQVIST<sup>1</sup>

”Den ena handen vet vad den andra gör.”

Blå tåget (1972) och Ebba Grön (1980)

”Och om din högra hand förleder dig, så hugg av den och kasta den ifrån dig. Det är bättre för dig att en del av din kropp går förlorad än att hela kroppen kommer till helvetet.”

Matt. 5:30

*Ekonomisk verksamhet förutsätter alltid ett visst mått av planering. Planering av hela samhällsekonomin har visat sig ha katastrofala följder för människors och naturens välfärd. Planering inom företagen fungerar emellertid väl inom ramen för en marknadsekonomi. Som en del av effektivisering av värdekedjan är det ofta lämpligt att uppdra åt andra att utföra uppgifter för företaget. Detta gäller också för företag inom den finansiella sektorn. Som ett specifikt fall av ”utkontraktering” (outsourcing) är detta föremål för reglering — men olika reglering — avseende olika slags företag inom sektorn. Artikeln diskuterar de olika regleringsalternativen och analyserar behovet av att också i den offentligrättsliga regleringen relativisera de yttre gränserna för företagens juridiska organisationer för att optimera den ekonomiska verksamheten.*

## 1 Inledning

Den annars inte särskilt liberale tyske filosofen J. G. Fichte menade att man ”i våra dagar” (runt sekelskiftet 1800) i tillräcklig grad hade vederlagt tesen att ”staten vore mänsklighetens oinskränkta förmyndare på det att den skulle göra mänskligheten lycklig, rik, sund, rättroende, dygdig och, om Gud vill det, evigt salig”.<sup>2</sup> Det kan (fortfarande) knappast råda något allvarligt eller initierat tvivel om att en *planerad samhällsekonomi* varken är ett i praktiska termer realistiskt eller ett i socialt, politiskt eller ekologiskt perspektiv önskvärt alternativ. Kollapsen av planekonomierna i Sovjetunionen och Östeuropa, Kinas övergivande av planekonomin fr.o.m. 1980-talet till förmån för

<sup>1</sup> Advokat, fil. kand., LL.M. (Edin.), Finance & Regulatory Counsel, Roschier Advokatbyrå AB, Stockholm. — Professor Mårten Schultz har varit vänlig att granska de specifikt skadeståndsrättsliga delarna. För detta är jag tacksam men tar ändå själv ansvaret för slutresultatet.

<sup>2</sup> Se *Der geschlossene Handelsstaat* (1800), s. 9 (min översättning).

auktoritär kapitalism och Venezuelas implosion talar sitt tydliga språk. Den dramatiska förbättringen i levnadsförhållandena för en majoritet av jordens befolkning sedan 1960-talet i takt med den allmänna internationella liberaliseringen vittnar om samma sak.<sup>3</sup>

Trots detta förekommer det — som t.ex. den brittiske ekonomen R. H. Coase poängterade i en berömd uppsats 1937<sup>4</sup> — en omfattande planering på många håll inom också en marknadsekonomi, nämligen *inom företagen*. Att någon sorts planering försiggår i all ekonomisk verksamhet är inte förvånande, eftersom all ekonomisk verksamhet väsentligen är framåtblickande,<sup>5</sup> vilket i sin tur följer av att ekonomisk verksamhet syftar till att — med nödvändighet i framtiden — tillfredsställa mänskliga behov<sup>6</sup> (det tar tid att utföra det arbete som krävs för att tillfredsställa behoven<sup>7</sup>). Marknadsekonomier kombinerar således *hierarkisk planering inom företagen* med *marknadens* (anonyma) *prismekanism mellan företagen*. Som den amerikanske ekonomen Oliver E. Williamson förklarade i en likaledes berömd bok från 1970-talet, är marknader och företag

(1) [...] alternative instruments for completing a related set of transactions; (2) whether a set of transactions ought to be executed across markets or within a firm depends on the relative efficiency of each mode; (3) the costs of writing and executing complex contracts across a market vary with the characteristics of the human decision makers who are involved with the transaction on the one hand, and the objective properties of the market on the other; and (4) although the human and environmental factors that impede exchanges between firms (across a market) manifest themselves somewhat differently within the firm, the same set of factors apply to both. A symmetrical analysis of trading thus requires that we acknowledge the transactional limits of internal organization as well as the sources of market failure.<sup>8</sup>

Valet mellan hierarkisk planering inom företagen och hänvändelse till marknaden torde främst styras av förmågan att meningsfullt få tag på, generera och behandla relevant information. Om informationsflödet blir för komplext har marknaden i allmänhet visat sig bättre på just

<sup>3</sup> Se S. Pinker, *Enlightenment Now!* (2018). Det är fashionabelt att beklaga det tilltagande eländet (som t.ex. Luc Boltanski och Ève Chiapello gör i *Le nouvel esprit du capitalisme* (2011), med remarkabel eurocentrism, på franska och numera dessvärre på successivt fler språk).

<sup>4</sup> Se R. H. Coase, "The Nature of the Firm", *Economica* (NS) 1937 s. 386.

<sup>5</sup> Se G. Cassel, *Theoretische Sozialökonomie*, 2 uppl. (1921), s. 21. Denna framtidsoptimism — detta hopp — är särskilt karakteristiskt för den kapitalistiska ekonomin. "The displacing of land by human capital as the main source of wealth sharply devalued faith, the past, the dead hand, the mortgage, the family line, the ancestors. And it upvalued hope, the future, the children, the individual" (se D. N. McCloskey, *The Bourgeois Virtues. Ethics for an Age of Commerce* (2006), s. 163).

<sup>6</sup> Se Cassel (1921), s. 1 f.

<sup>7</sup> Se W. S. Jevons, *The Theory of Political Economy*, 4 uppl. (1911), s. 224 ff.

<sup>8</sup> Se O. E. Williamson, *Markets and Hierarchies* (1975), s. 8 f.

informationsbehandling än byråkratiska hierarkier. Det råder en principiell och praktiskt avgörande skillnad mellan den *lokala* planering i respons till kundefterfrågan som utförs inom marknadskonkurrerande företag och den samhällsekonomiska *centrala* planeringen uppifrån som förekommer i planekonomier. Det kan inte alls förväntas<sup>9</sup> att den omständigheten att ”planering” förekommer i båda modellerna ger samma resultat, t.ex. vad gäller innovation, effektivt resursutnyttjande eller behovstillfredsställelse.

Det är heller ingen nyhet att arbetsdelning är en viktig källa till högre effektivitet och välstånd — redan Adam Smith underströk det förhållandet<sup>10</sup> — eller att arbetsdelningen medför olika betydande sociala effekter.<sup>11</sup> Särskilt industrialismen har medfört en långtgående arbetsdelning<sup>12</sup> och på flera sätt präglar den också den framväxande ”gig-ekonomin”<sup>13</sup>. En sådan ekonomi är en *bytesekonomi*, vilket betyder att den är en *social* ekonomi där olika individer och hushåll i ömsesidigt beroende *samarbetar* för att uppnå behovstillfredsställelse.<sup>14</sup> Den likaledes amerikanske ekonomen Michael E. Porter har teoretiserat idén om en *värdekedja*.<sup>15</sup> Kedjan består av alla de aktiviteter som utförs för att utforma, producera, marknadsföra, leverera och understödja ett företags produkter eller tjänster. Porter noterar att, ”[t]hough firms in the same industry may have similar chains[,] the value chains of competitors often differ. [...] Differences among competitor value chains are a key source of competitive advantage”.<sup>16</sup>

Enligt Porter utgör de värdeskapande aktiviteterna ”the discrete building blocks of competitive advantage. How each activity is performed combined with its economics will determine whether a firm is high or low cost relative to competitors. How each value activity is performed will also determine its contributions to buyer needs and hence differentiation. Comparing the value chains of competitors exposes differences that determine competitive advantage”.<sup>17</sup> Detta synsätt kan naturligtvis tillämpas också på företag inom den finansiella sektorn.<sup>18</sup> Den brittiske ekonomen David Ricardo visade i början av 1800-talet hur internationell handel kan vara till fördel för både import- och exportländerna, eftersom varje land kan utnyttja sina *relativa fördelar*, dvs. om varje land företrädesvis ägnar sig åt det man i det

<sup>9</sup> Som hos O. Hatherley, *Landscapes of Communism* (2015), s. 116.

<sup>10</sup> Se det inledande kapitlet i *The Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776).

<sup>11</sup> Se t.ex. É. Durkheim, *De la division du travail social* (1893).

<sup>12</sup> Se t.ex. C. B. Frey, *The Technology Trap* (2019).

<sup>13</sup> Se t.ex. A. Sundararajan, *The Sharing Economy* (2016).

<sup>14</sup> Se Cassel (1921), § 7. J. S. Mill underströk samarbetets stora ekonomiska betydelse (se *Principles of Political Economy, with Some Applications to Social Philosophy* (1899; amerikanska upplagan), Ch. VIII, § 1).

<sup>15</sup> Se M. E. Porter, *Competitive Advantage* (1985), s. 36 ff.

<sup>16</sup> Se Porter (1985), s. 36.

<sup>17</sup> Se Porter (1985), s. 38 f.

<sup>18</sup> Se t.ex. S. Seidenschwann, *Die Master-Kapitalverwaltungsgesellschaft* (2016), s. 84 ff.

egna landet gör bäst (dvs. inte nödvändigtvis det man gör bättre än andra), och sedan byter det man sålunda har producerat mot det andra länder producerar, maximeras det värde som varje land erhåller.<sup>19</sup> Samma princip gäller också för företag. Sammantaget innebär det att olika företag, vid olika tidpunkter, på olika ställen och avseende olika produkter och tjänster kan omfatta olika delar av värdekedjan.<sup>20</sup> Mer praktiskt innebär det att företagen befinner sig i en dynamisk process där de hela tiden behöver avgöra vad som är lämpligast att producera internt (inom den hierarkiska planeringen) eller att köpa externt (på marknaden). Denna senare process — ”*unbundling*” — präglar ekonomin i stort och kan fungera som modell för att förklara särskilt de senaste 250 årens ekonomiska utveckling.<sup>21</sup>

Även olika slags finansiella företag har intresse av tillgång till de tjänster som erbjuds på marknader utanför företagen, främst för att begränsa kostnader och förbättra flexibilitet och effektivitet. Den tekniska utvecklingen vad gäller olika digitala verktyg och tekniker (fintech) har lett till att de finansiella företagen på olika sätt anpassar sina affärsmodeller till sådana verktyg och tekniker. *Utkontraktering* (eller ”outsourcing” eller ”uppdragsavtal”: kärt barn har många namn<sup>22</sup>) av tjänster, processer och funktioner kan utgöra ett relativt enkelt sätt för företagen att komma i åtnjutande av ny teknik och skalfördelar. Inom de reglerade branscherna — såsom i eminent grad den finansiella sektorn — har företagen inte full frihet att själva avgöra vilka delar av värdekedjan de själva ska ansvara för. I stället har lagstiftaren infört vissa begränsningar. Unionsrätten, liksom svensk rätt, saknar en bindande definition av ”utkontraktering”. Europeiska bankmyndigheten (EBA) har emellertid i sina riktlinjer om utkontraktering tillhandahållit en sådan definition:<sup>23</sup>

ett arrangemang, oavsett form, mellan ett institut, betalningsinstitut eller institut för elektroniska pengar och en tjänsteleverantör där denna tjänsteleverantör utför en process, en tjänst eller en verksamhet som annars skulle ha utförts av institutet, betalningsinstitutet eller institutet för elektroniska pengar självt.

I sak förefaller denna definition kunna användas också avseende andra företagstyper.

Utkontraktering regleras i flera författningar på delvis olika sätt. Varför lagstiftaren har valt det specifika sätt på vilket ett företag tillåts bryta igenom ”företagsparadigmet” är inte uppenbart. Det finns

<sup>19</sup> Se D. Ricardo, *The Principles of Political Economy and Taxation* (1821), kap. VII.

<sup>20</sup> Motsvarande iakttagelse görs i M. E. Porter, *The Competitive Advantage of Nations* (1990), s. 12 avseende olika länder.

<sup>21</sup> Se R. Baldwin, *The Great Convergence* (2016).

<sup>22</sup> Jfr t.ex. prop. 2009/10:220 s. 156 och prop. 2018/19:158 s. 349.

<sup>23</sup> Pkt 12 *Riktlinjer för utkontraktering* (2019-02-25, EBA/GL/2019/02) (”EBA RL”).

specifik reglering av hur finansiella företag får använda vad som med en generisk term kan kallas ”*anknutna ombud*” (i sektorslagstiftningen förekommer, som kommer att framgå nedan, en rad olika beteckningar på vad som funktionellt kan ses som ”samma sak”) som vanligen inte betecknas som utkontraktering.<sup>24</sup> Regleringen inom övriga finansiella delbranscher förefaller i hög grad ha utformats efter bank- och finansieringsrörelsens mönster. Denna reglering saknar särskilda bestämmelser om verksamhet genom ombud; i stället återfinns där ofta på samma sätt som för bank- och finansieringsrörelsen *allmänna regler om utkontraktering*.<sup>25</sup> Inom vissa delbranscher saknas regler avseende både ombud och utkontraktering.<sup>26</sup>

Förhållandet mellan de allmänna reglerna om utkontrakteringen — såsom i EBA:s riktlinjer (”oavsett form”) men som inte står i centrum för diskussionen här<sup>27</sup> — å ena sidan, och de mer specifika reglerna om vissa slags uppdragstagare eller underleverantörer — som kommer att diskuteras nedan — å den andra, är oklart men intressant och varierar mellan olika sektorer. Regelkomplexen skulle kunna relateras till varandra på det sättet, att de allmänna reglerna om utkontraktering ses såsom just *allmänna*, som gäller vid utläggning av uppdrag och funktioner om inte något annat föreskrivs (*lex generalis*). De olika mer *specifika* regleringarna kan ses som ett slags *förtätade specialvarianter* av de allmännare reglerna (*lex specialis*). De *allmänna* reglerna om utkontrakteringen torde kunna användas för som vägledning också avseende *speciella* fall av utkontraktering, såsom t.ex. vad gäller proportionalitet<sup>28</sup>; utformningen av relevanta avtal<sup>29</sup>; uppsägningsvillkor<sup>30</sup> och andra dokumentationsfrågor<sup>31</sup>; styrformer och risk-

<sup>24</sup> I litteraturen företräds ibland uppfattningen att det materiellt och kanske också formellt handlar om utkontraktering (se K.-H. Boos, R. Fischer & H. Schulte-Mattler, *Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführvorschriften*, I, 5 uppl. (2016), KWG § 2 Rnr 126 och § 25e Rnr 1 n. 1 (med hänv.)).

<sup>25</sup> Se 10 kap. 19–22 §§ försäkringsrörelselagen (2010:2043) (”FRL”); 3 kap. 10–16 §§ och 4 kap. 4–7 §§ lagen (2004:46) om värdepappersfonder; 8 kap. 14–18 och 30 §§ och 9 kap. 13–21 §§ lagen (2013:561) om förvaltare av alternativa investeringsfonder; 4 kap. 13 § lagen (2016:1024) om verksamhet med bostadskrediter; 14 § lagen (2014:275) om viss verksamhet med konsumentkrediter; art. 9 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1060/2009 av den 16 september 2009 om kreditvärderingsinstitut; art. 10 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; och art. 35 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 648/2012 av den 4 juli 2012 om OTC-derivat, centrala motparter och transaktionsregister (”EMIR”).

<sup>26</sup> Så i lagen (2004:299) om inlåningsverksamhet (numera upphävd) och lagen (1996:1006) om valutaväxling och annan finansiell verksamhet.

<sup>27</sup> Jag hoppas kunna återkomma till de allmänna reglerna om utkontraktering i annat sammanhang. Ämnet räcker väl till för en egen artikel.

<sup>28</sup> Se pkt 18 f. EBA RL; jfr t.ex. prop. 2018/19:158 s. 203.

<sup>29</sup> Se pkt 26 f. EBA RL.

<sup>30</sup> Se pkt 98 f. EBA RL.

<sup>31</sup> Se pkt 52 ff. EBA RL.

hantering<sup>32</sup>; interna policyer<sup>33</sup>; intressekonflikter<sup>34</sup>; exitplaner<sup>35</sup> och kontinuitetsplanering<sup>36</sup>; åtkomst, information och revision<sup>37</sup> (inklusive internrevision<sup>38</sup>); analys<sup>39</sup> och *due diligence*<sup>40</sup> inför utkontraktering; tillsyn<sup>41</sup> och kontroll<sup>42</sup> över den utkontrakterade verksamheten; samt data och systemsäkerhet<sup>43</sup>.

## 2 Bank- och finansieringsrörelse

Länge gällde som en oskriven huvudregel att en banks verksamhet skulle bedrivas i bankens egna lokaler och av bankens egen personal.<sup>44</sup> Inte minst den tekniska utvecklingen och glesbygdens behov av banktjänster satte huvudregeln under press och ledde i praktiken till att flera undantag uppstod.<sup>45</sup> I mitten av 1990-talet reformerades därför banklagstiftningen. En explicit regel om att en banks verksamhet skulle drivas av bankens egen personal och i bankens egna lokaler infördes. Uttag från konto utan bankbok fick dock tillhandahållas även på annat sätt. Undantagen formaliserades: FI fick ge en bank tillstånd att för bankens räkning genom ombud utanför bankens lokaler tillhandahålla insättning på bankkonto, uttag från konto med bankbok och betalningsförmedling. FI fick också ge tillstånd att tillhandahålla andra särskilt angivna tjänster genom visst eller vissa angivna ombud utanför bankens lokaler. Tillstånd fick ges endast om banken ansvarade för verksamheten mot kunden och det kunde antas att verksamheten skulle komma att bedrivas under kontrollerade och säkerhetsmässigt betryggande former.<sup>46</sup>

I samband med liberaliseringen när LBF<sup>47</sup> infördes avskaffades bestämmelsen om att en banks verksamhet skulle drivas i bankens egna lokaler och av bankens egen personal samt den särskilda regleringen av bankverksamhet genom ombud. I stället infördes en skyldighet för ett kreditinstitut som vill ge någon annan i uppdrag att driva någon del

<sup>32</sup> Se pkt 32 ff. och 64 ff. EBA RL.

<sup>33</sup> Se pkt 41 ff. EBA RL.

<sup>34</sup> Se pkt 45 ff. EBA RL.

<sup>35</sup> Se pkt 106 ff. EBA RL.

<sup>36</sup> Se pkt 85 f. EBA RL.

<sup>37</sup> Se pkt 32 ff. och 64 ff. EBA RL.

<sup>38</sup> Se pkt 50 f. EBA RL.

<sup>39</sup> Se pkt 61 EBA RL.

<sup>40</sup> Se pkt 69 ff. EBA RL. "Due diligence" är den term som används för att beskriva den förberedande granskning som föreskrivs i den svenskspråkiga versionen av art. 5 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/2402 av den 12 december 2017 om ett allmänt ramverk för värdepapperisering och om inrättande av ett särskilt ramverk för enkel, transparent och standardiserad värdepapperisering.

<sup>41</sup> Se pkt 62 f. EBA RL.

<sup>42</sup> Se pkt 100 ff. EBA RL.

<sup>43</sup> Se pkt 81 ff. EBA RL.

<sup>44</sup> Se prop. 1995/96:74 s. 182.

<sup>45</sup> Se prop. 1995/96:74 s. 184 ff.

<sup>46</sup> Se 1 kap. 3 a § bankrörelselagen (1987:617).

<sup>47</sup> Lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse.

av institutets verksamhet att institutet anmäla detta till FI och ge in uppdragsavtalet.<sup>48</sup> Ett sådant uppdrag får ges om institutet svarar för den anförtrödda verksamheten mot kunden, verksamheten drivs av uppdragstagaren under kontrollerade och säkerhetsmässigt betryggande former och uppdraget inte har sådan omfattning att institutet inte kan uppfylla de skyldigheter som följer av lagen eller andra författningar som reglerar institutets verksamhet. Vad gäller uppdrag åt någon annan att driva värdepappersrörelse gäller i stället LVM:s regler.<sup>49</sup> Vad gäller bank- och finansieringsrörelsen har alltså regleringen av ombud *subsumerats under de allmänna reglerna om utkontraktering*.

Ett utländskt kreditinstitut som hör hemma inom EES och där driver finansieringsrörelse får börja driva i lagen angiven verksamhet genom filial i Sverige, efter det att FI från en behörig myndighet i institutets hemland har tagit emot en underrättelse därom.<sup>50</sup> Ett sådant utländskt kreditinstitut får erbjuda och tillhandahålla sådana tjänster i Sverige utan att inrätta filial här, så snart FI från en behörig myndighet i institutets hemland har tagit emot en underrättelse som anger vilka tjänster institutet avser att tillhandahålla i Sverige<sup>51</sup> ("europapass"). Detta gäller även ett finansiellt institut<sup>52</sup> — alltså inte filialer — som hör hemma inom EES och dess dotterföretag, om det finansiella institutet är dotterföretag till ett sådant utländskt kreditinstitut eller ägs gemensamt av två eller flera sådana utländska kreditinstitut och uppfyller samtliga följande villkor:

Det eller de utländska kreditinstitut som äger det finansiella institutet (ägande kreditinstitut) ska vara auktoriserade som kreditinstitut i det EES-land vars lag gäller för det finansiella institutet. Den ifrågavarande verksamheten ska drivas i det EES-land vars lag gäller för det finansiella institutet. Ägande kreditinstitut ska tillsammans inneha minst 90 procent av samtliga röster i det finansiella institutet. Ägande kreditinstitut ska tillgodose behöriga myndigheters krav på sund förvaltning av det finansiella institutet och ska ha utfäst sig att, med

<sup>48</sup> Se prop. 2002/03:139 s. 344 ff.

<sup>49</sup> Se 6 kap. 7 § LBF. Bestämningen av vad som egentligen omfattas av bestämmelserna om utkontraktering har i FI:s tillämpning visat sig mycket oklara (se D. Hanqvist, "Tillståndsförvaltningen — särskilt avseende den finansiella sektorn (Del II av II)", SvJT 2019 s. 501 (s. 504 ff.)). "LVM" står för lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

<sup>50</sup> Se 4 kap. 1 § LBF.

<sup>51</sup> Se 4 kap. 2 § LBF.

<sup>52</sup> Ett "finansiellt institut" betyder i det här sammanhanget ett företag som inte är kreditinstitut, värdepappersbolag eller motsvarande utländskt företag och vars huvudsakliga verksamhet är att: (a) förvärva eller inneha aktier eller andelar, (b) driva värdepappersrörelse utan att vara tillståndspliktigt enligt LVM eller (c) driva en eller flera av de verksamheter som anges i 7 kap. 1 § 2 st. 2–10, 12 och 15 LBF utan att vara tillståndspliktigt enligt den lagen (se 1 kap. 5 a § pkt 7 LBF). "Finansiellt institut" ges en annan, delvis överlappande teknisk betydelse i art. 4.1(26) Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013 av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag.

samtycke av hemlandets behöriga myndigheter, solidariskt svara för de åtaganden som det finansiella institutet har gjort. Det finansiella institutet ska omfattas, särskilt med avseende på verksamheten i fråga, av den gruppbaseade tillsyn som ägande kreditinstitut är föremål för.

Att villkoren är uppfyllda ska framgå av underrättelserna. En sådan underrättelse ska innehålla uppgift även om den konsoliderade kapitaltäckningsgraden för ägande kreditinstitut eller dess moderföretag.<sup>53</sup> Moderbolagen ska vara *just kreditinstitut*; det räcker inte att de har tillstånd enligt annan harmoniserad lagstiftning avseende finansiell verksamhet, t.ex. för enbart värdepappersrörelse.<sup>54</sup> Ett sådant finansiellt institut får således agera för *fler än ett* moderinstitut. Som kommer att framgå nedan gäller motsvarande regler inte all övrig reglerad finansiell verksamhet.

### 3 Värdepappersrörelse

Regleringen av värdepappersrörelse har fått en annan utformning än av bank- och finansieringsrörelsen. Tillstånd för att bedriva värdepappersrörelse<sup>55</sup> behövs inte (a) för anknutna ombud avseende verksamheter som är tillåtna för sådana ombud<sup>56</sup> eller (b) för utländska företag hemmahörande inom EES och som i hemlandet har tillstånd att driva värdepappersrörelse avseende att driva värdepappersrörelse genom att använda ett *anknutet ombud som är etablerat här i landet* (varvid ombudet anses ingå i eventuella filialer<sup>57</sup>) enligt reglerna om europapass för filialer utan filial direkt från hemlandet genom anknutet ombud så snart FI från en behörig myndighet i företagets hemland har tagit emot underrättelse som innehåller verksamhetsplan för den avsedda verksamheten med uppgift om de tjänster som ska erbjudas och att företaget avser att använda ett *anknutet ombud som är etablerat i*

<sup>53</sup> Se 4 kap. 3 § LBF. Kapitaltäckning beräknas för kreditinstitut och vissa värdepappersbolag i huvudsak enligt bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013 av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut. För övriga värdepappersbolag gäller numera i stället Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 2019/2033 av den 27 november 2019 om tillsynskrav för värdepappersföretag.

<sup>54</sup> Se EBA Q&A 2014\_719.

<sup>55</sup> "Värdepappersrörelse" definieras som verksamhet som består i att yrkesmässigt tillhandahålla investeringstjänster eller utföra investeringsverksamhet (se 1 kap. 4 c § LVM). "Investeringsstjänster" och "investeringsverksamhet" definieras kollektivt som mottagande och vidarebefordran av order i fråga om ett eller flera finansiella instrument; utförande av order på kunders uppdrag; handel för egen räkning; portföljförvaltning; investeringsrådgivning; garantigivning avseende finansiella instrument och placering av finansiella instrument med resp. utan fast åtagande; drift av MTF-plattformar; och drift av OTF-plattformar (1 kap. 4 c § jfrd med 2 kap. 1 § LVM) avseende "finansiella instrument" (en term som definieras i 1 kap. 4 § LVM). Den svenska regleringen av kreditinstitutens möjligheter att bedriva värdepappersrörelse avviker principiellt från unionsrätten (se D. Hanqvist, "Tillståndsförvaltningen — särskilt avseende den finansiella sektorn (Del I av II)", SvJT 2019 s. 397 (s. 424 ff.)).

<sup>56</sup> Se 2 kap. 5 § 1 st. pkt 2 LVM.

<sup>57</sup> Se 5 kap. 3 § 2 st. LVM.

*företagets hemland*.<sup>58</sup> Motsvarande gäller för svenska värdepappersbolag och kreditinstitut som vill bedriva verksamhet inom andra EES-stater.<sup>59</sup>

”Anknutet ombud” definieras som en fysisk eller juridisk person som har träffat avtal med ett svenskt värdepappersinstitut eller ett utländskt värdepappersföretag som hör hemma inom EES om att för bara detta instituts eller företags räkning (1) marknadsföra investerings- eller sidotjänster; (2) ta emot eller vidarebefordra instruktioner eller order avseende investeringstjänster eller finansiella instrument; (3) placera finansiella instrument; eller (4) tillhandahålla investeringsrådgivning avseende dessa instrument eller tjänster.<sup>60</sup>

Ett anknutet ombud får *företräda endast ett värdepappersinstitut*.<sup>61</sup> Reglerna avseende anknutna ombud skiljer sig härvidlag från dem som behandlar vissa finansiella institut som är dotterbolag till kreditinstitut (se avs. 2) respektive anknutna försäkringsförmedlare (se avs. 4.2). Varför denna skillnad görs är inte uppenbar. En förklaring skulle kunna vara att kreditinstitut och försäkringsföretag anses ha en större kapacitet för tillsyn över ett ombud än värdepappersinstitut. Denna förklaring är dock knappast hållbar, eftersom såväl kreditinstitut — i deras egenskap av värdepappersinstitut<sup>62</sup> — som försäkringsföretag respektive tjänstepensionsföretag<sup>63</sup> får bedriva värdepappersrörelse och därmed sammanför värdepappersrörelsen med organisationen för kreditinstitut, försäkringsföretag respektive tjänstepensionsföretag, men ändå inte får använda fler än ett anknutet ombud. Förklaringen låter sig heller inte på något uppenbart sätt förenas med omständigheten att utländska försäkringsföretag och tjänstepensionsföretag *inte* får representeras av mer än en generalagent i Sverige.<sup>64</sup> Det kan knappas hävdas att betaltjänstinstitut och e-pengainstitut har en högre förmåga än värdepappersbolagen att övervaka sina ombud; trots detta tillåts de använda fler än ett ombud. Detta talar också mot den ifrågasatta förklaringen.

Ett värdepappersföretag som avser att driva gränsöverskridande verksamhet, utan att inrätta någon filial, kan visserligen använda sig av

<sup>58</sup> Se 4 kap. 1 § 1 st. LVM.

<sup>59</sup> Se 5 kap. 1, 4 och 6 §§ LVM.

<sup>60</sup> Se 1 kap. 4 a § LVM. Anknutet ombud enligt LVM — även om ombudet är en fysisk person — förefaller inte betraktas som ett ”reglerat yrke” enligt lagen (2016:145) om erkännande av yrkeskvalifikationer och förordningen (2016:157) om erkännande av yrkeskvalifikationer (se särskilt bilagan till förordningen).

<sup>61</sup> Se prop. 2006/07:115 s. 372 och Boos m.fl. (2016), KWG § 2 Rnr 124.

<sup>62</sup> Se 1 kap. 4 b § LVM.

<sup>63</sup> Se FRL resp. 4 kap. 5 § 1 st. pkt 4 LVM. Förhållandet mellan denna bestämmelse och 4 kap. 4 § FRL resp. 4 kap. 5 § lagen (2019:742) om tjänstepensionsföretag om rörelsefrämjande verksamhet är dock inte klarlagt (jfr dock D. Hanqvist, *Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder. En kommentar* (2016), kommentaren till 1 kap. 13 § pkt 2 (s. 271 ff.)). Lagens förarbeten förefaller emellertid utgå ifrån att inte all verksamhet som ett tjänstepensionsföretag bedriver är just tjänstepensionsverksamhet (se prop. 2018/19:158 s. 408 jfrt med s. 410).

<sup>64</sup> Se 1 kap. 9 § lagen (1998:293) om utländska försäkringsgivares och tjänstepensionsinstituts verksamhet i Sverige (”LUFT”).

anknutna ombud, men får enligt regeringen endast använda anknutna ombud som är etablerade i företagets hemland.<sup>65</sup> Den tolkningen kan ifrågasättas. I direktivet sägs:<sup>66</sup>

Varje värdepappersföretag som för första gången önskar tillhandahålla tjänster eller utföra verksamhet inom en annan medlemsstats territorium, eller som önskar ändra omfattningen av de tjänster som tillhandahålls eller den verksamhet som redan utförs i en annan medlemsstat, ska meddela följande till de behöriga myndigheterna i företagets hemmedlemsstat:

[...]

b) En verksamhetsplan, i vilken särskilt ska anges vilka investeringstjänster och/eller vilken investeringsverksamhet samt vilka sidotjänster företaget avser att tillhandahålla eller utföra inom medlemsstatens territorium samt huruvida det avser att göra detta genom att använda anknutna ombud som är etablerade i hemmedlemsstaten. Om ett värdepappersföretag avser att använda anknutna ombud ska värdepappersföretaget underrätta den behöriga myndigheten i sin hemmedlemsstat vilka dessa anknutna ombud är.

Om ett värdepappersföretag avser att använda sig av anknutna ombud som är etablerade i dess hemmedlemsstat inom de medlemsstaters territorium där det avser att tillhandahålla tjänster, ska den behöriga myndigheten i värdepappersföretagets hemmedlemsstat inom en månad efter mottagandet av all information underrätta den behöriga myndighet i värdmedlemsstaten som utsetts som kontaktpunkt i enlighet med artikel 79.1 vilka anknutna ombud som värdepappersföretaget avser att använda för att tillhandahålla investeringstjänster och verksamheter i den medlemsstaten. Värdmedlemsstaten ska offentliggöra sådan information. Esma [("Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten")] får begära tillgång till de uppgifterna i enlighet med det förfarande och på de villkor som anges i artikel 35 i förordning (EU) nr 1095/2010.

Esma har vidare i ett vägledande uttalande — som förankring i överlägganden mellan de nationella tillsynsmyndigheter — ytterligare bekräftat att värdepappersföretagen kan välja mellan att använda anknutna ombud i såväl den egna hemstaten som i värdstaten.<sup>67</sup>

Ett svenskt värdepappersinstitut eller ett utländskt värdepappersföretag som hör hemma inom EES som har träffat avtal med ett anknutet ombud som är etablerat i Sverige, ska anmäla ombudet för registrering hos Bolagsverket. Institutet eller företaget ska innan det träffar ett sådant avtal kontrollera att det anknutna ombudet har tillräckliga kunskaper och kvalifikationer för den verksamhet som det ska driva samt att det även i övrigt är lämpligt att driva sådan

<sup>65</sup> Se prop. 2016/17:162 s. 462 och 660.

<sup>66</sup> Se art. 34.2 2 st. Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/65/EU av den 15 maj 2014 om marknader för finansiella instrument m.m. ("MiFID II") (min emfas).

<sup>67</sup> Se *Supervisory Briefing on supervisory expectations in relation to firms using tied agents in the MiFID II framework* (ESMA35-43-2900, 2022-02-02), nr 16.

verksamhet.<sup>68</sup> Ett anknutet ombud får inte påbörja sin verksamhet som anknutet ombud förrän registrering har skett.<sup>69</sup> Bolagsverket ska avregistrera ett anknutet ombud om (1) det värdepappersinstitut eller det värdepappersföretag som har träffat avtal med ombudet begär det eller (2) värdepappersinstitutets eller värdepappersföretagets tillstånd att driva värdepappersrörelse har återkallats.<sup>70</sup>

Ett svenskt värdepappersinstitut eller ett utländskt värdepappersföretag som hör hemma inom EES ska se till att ett anknutet ombud som det har anmält för registrering informerar kunderna om (1) vilket värdepappersinstitut eller utländskt värdepappersföretag det företräder; (2) vilka befogenheter det har; och (3) att institutet eller företaget är ansvarigt för ren förmögenhetsskada som ombudet genom sin verksamhet uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar kunden.<sup>71</sup> Ett svenskt värdepappersinstitut eller ett utländskt värdepappersföretag som hör hemma inom EES ska fortlöpande se till att anknutna ombud som det har anmält för registrering uppfyller (1) kraven på kunskaper, kvalifikationer och lämplighet och (2) kompetenskrav, skyldigheten att tillvarata kundernas intressen, handla hederligt, rättvist och professionellt och i övrigt handla på ett sådant sätt att allmänhetens förtroende för värdepappersmarknaden upprätthålls, samt i övrigt iakta de regler som gäller för att skydda kunderna.<sup>72</sup> Ett värdepappersinstitut ska vidta alla rimliga åtgärder för att identifiera, förhindra och hantera de intressekonflikter som kan uppkomma mellan institutet, ett anknutet ombud eller någon närstående person till dem och en kund eller mellan kunder i samband med tillhandahållande av investeringstjänster och sidotjänster, inklusive sådana som orsakas av ersättningar eller förmåner från annan än kunden, institutets eget ersättningssystem eller andra incitamentsstrukturer.<sup>73</sup>

LVM saknar bestämmelser om FI:s ingripanden — avseende såväl i form av politiåtgärder som i form av sanktioner — mot *anknutna ombud*

<sup>68</sup> Se 6 kap. 1 § LVM. För säkerhets skull anges i 6 kap. 7 § LVM också att Bolagsverket är registreringsmyndighet för anknutna ombud som avses i 1 § att det hos verket "förs" — dvs. "ska föras" — register över anknutna ombud, där de uppgifter som enligt lag eller andra författningar ska tas in i register "skrivs" — dvs. "ska skrivas" — in. I t.ex. tysk och fransk lagstiftning, liksom i de tyska och franska versionerna av unionsrättslig lagstiftning, är det vanligt att vad som materiellt är imperativa normer uttrycks i indikativ. I svensk rätt är detta ovanligt men förekommer således stundom. Valet av indikativ kan tyckas vara en smaksak, men den grammatiska formen kan lätt utöva ett försåtligt inflytande över rättsvetenskapen, eftersom den inbjuder till intrycket — och kanske slutsatsen — att normadressaten faktiskt gör vad normer kräver. Så är det naturligtvis inte alltid.

<sup>69</sup> Se 6 kap. 3 § LVM.

<sup>70</sup> Se 6 kap. 9 § LVM.

<sup>71</sup> Se 6 kap. 4 § LVM.

<sup>72</sup> Se 6 kap. 6 § LVM.

<sup>73</sup> Se 8 kap. 9 § LVM.

vad gäller missförhållanden hos ombudet självt.<sup>74</sup> Detta är naturligt, eftersom — då det är institutionens ”definierande egenskap”<sup>75</sup> — det är ombudets huvudman som ansvarar för också ombudets regel- efterlevnad.<sup>76</sup> Om ett värdepappersinstitut skulle brista i kontrollen av sina anknutna ombud, kan det utgöra grund för att FI vidtar en *åtgärd mot institutet*.<sup>77</sup> Får FI får emellertid genomföra en undersökning hos ett anknutet ombud *om det behövs för tillsynen av huvudmannen*.<sup>78</sup>

Skadeståndslagen (”SkL”) reglerar ansvar för personskada och sakskada<sup>79</sup>, *ren förmögenhetsskada* — dvs. sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med person- eller sakskada<sup>80</sup> — orsakad genom brott<sup>81</sup> samt kränkning<sup>82</sup>. Ren förmögenhetsskada som orsakas av enskilda rättssubjekt på annat sätt än genom brott regleras således inte av den lagen; stat och kommun ansvarar för ren förmögenhetsskada i större utsträckning.<sup>83</sup>

Bakom denna traditionella avgränsning av culparegelns räckvidd lär framför allt ligga uppfattningen att ett allmänt culpaansvar för alla möjliga ekonomiska förluster som drabbar utomstående personer skulle ha vittgående och svåröverskådliga konsekvenser; vid SkL:s tillkomst drog man sig för att utvidga möjligheten till skadestånd på detta vis. Sannolikt har det också spelat en roll att de sociala skälen för skadestånd inte framträtt på samma sätt vid dessa skador. Till saken hör vidare att dessa risker ofta kan vara svåra att täcka genom ansvarsförsäkring. Å andra sidan kan sägas att det egentligen är ganska sällan som någon riskerar att genom oaktsamhet vålla andra än medkontra- henter ren förmögenhetsskada, då ansvaret vilar på avtalsförhållandet, varvid huvudregeln är att parterna ansvarar också för ren förmögenhetsskada.<sup>84</sup> I våra grannländer, och flertalet andra jämförliga rätts- system, går ansvaret längre än hos oss i dessa fall.<sup>85</sup> Paragrafen hindrar

<sup>74</sup> Jfr 25 kap. 1 § LVM, som räknar upp värdepappersinstitut, en börs, en svensk leverantör av datarapporterings tjänster eller en svensk clearingorganisation men som alltså inte där nämner anknutna ombud.

<sup>75</sup> Se N. Maloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3 uppl. (2014), s. 377.

<sup>76</sup> Se SOU 2006:50 s. 269 f. och prop. 2006/07:115 s. 377.

<sup>77</sup> Se prop. 2006/07:115 s. 377.

<sup>78</sup> Se 23 kap. 4 § LVM.

<sup>79</sup> Se 2 kap. 1 § skadeståndslagen (1972:207) (”SkL”).

<sup>80</sup> Se 1 kap. 2 § SkL. Se också J. Hellner & M. Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 10 uppl. (2018), s. 63 f.

<sup>81</sup> Se 2 kap. 2 § SkL.

<sup>82</sup> Se 2 kap. 3 § SkL. Möjligen kan ansvaret enligt 4 § betraktas som en egen kategori.

<sup>83</sup> Såsom vid fel eller försummelse vid myndighetsutövning och kränkning (3 kap. 2 § SkL) samt, om det finns särskilda skäl, felaktiga upplysningar och råd (3 kap. 3 § SkL).

<sup>84</sup> Se t.ex. B. Bengtsson & E. Strömbeck, *Skadeståndslagen. En kommentar* (JUNO-version 7 per 2021), 2:1.1.

<sup>85</sup> Så Bengtsson & Strömbeck (2021), 2:2.1. Det förefaller råda stor likhet mellan finländsk och svensk rätt på den här punkten (se E. Eftesøl-Wilhelmsson, *Finsk skadeståndsrätt i nordiskt perspektiv. En introduktion* (2020), s. 104), medan det kanske kan ifrågasättas huruvida förhållandena i dansk och norsk rätt är annorlunda (se Eftesøl-Wilhelmsson (2020), s. 106 f.).

visserligen inte att ansvaret för ren förmögenhetsskada utvidgas i rättspraxis; länge har dock domstolarna varit relativt återhållsamma med detta (något som har kritiserats i litteraturen).<sup>86</sup> På senare år kan dock urskiljas en utveckling i denna riktning;<sup>87</sup> som Bertil Bengtson har påpekat blir undantagen allt fler.<sup>88</sup> Den traditionella uppfattningen kan möjligen förklaras av att skadeståndsreglerna står de straffrättsliga nära, på ett sätt som internationellt sett skulle vara mindre vanligt. Detta kan iakttas om man jämför framställningar av skadeståndsrättens allmänna läror med motsvarande framställningar av straffrätten. Bedömningen av underlåtenhet i jämförelse med positivt handlande, av nöd och nödvärn, av uppsåt och oaktsamhet, av orsaksförhållande och adekvans och så vidare, sker i stort sett på ungefär samma sätt i straffrätt och skadeståndsrätt.<sup>89</sup>

Det står emellertid klart att ersättningsansvar för enskilda kan föreligga också under andra förhållanden än i samband med brott eller sak- eller personskada.<sup>90</sup> Utan lagstöd har ansvar ansetts föreligga i främst två typsituationer:<sup>91</sup> den ena är att det rör sig om en *kvalificerad tillitssituation*;<sup>92</sup> den andra typsituationen rör sig om skada som har orsakats av ett *kvalificerat otillbörligt, om än inte brottsligt, handlande*.<sup>93</sup> Vad som krävs för att ett handlande ska kunna bedömas som så kvalificerat otillbörligt, att det motiverar ett ansvar för sådan ren förmögenhetsskada som handlandet har orsakat, låter sig enligt HD inte bestämmas entydigt för alla fall.<sup>94</sup> Rättsutvecklingen när det gäller ansvar för ren förmögenhetsskada utom kontraktsförhållande vid kvalificerat otillbörligt handlande kan ses som ett slags förlängning av bestämmelsen om sådant ansvar vid brottsligt handlande. Det är då viktigt att observera det krav på *uppsåt*, som enligt brottsbalken gäller som utgångspunkt för straffansvar, och därmed också för skadeståndsansvar. Också vid ett kvalificerat otillbörligt handlande, som inte är

<sup>86</sup> Se Bengtsson & E. Strömbeck (2021), 2:2.1.

<sup>87</sup> Se NJA 1980 s. 383, NJA 1987 s. 692, NJA 1996 s. 700, NJA 1998 s. 520, NJA 2001 s. 878, NJA 2005 s. 608 och NJA 2019 s. 94. Se också Hellner & Radetzki (2018), s. 68 ff.

<sup>88</sup> Se B. Bengtsson, ”Svensk rättspraxis: skadestånd utom kontraktsförhållanden 2016–2018”, SvJT 2019 s. 637 (s. 639).

<sup>89</sup> Se Hellner & Radetzki (2018), s. 29; se också 59 f. och 65 ff. Det förefaller dock finnas olika uppfattningar bland de rättslärde på den här punkten.

<sup>90</sup> Jfr prop. 1972:5 s. 568.

<sup>91</sup> Se NJA 2015 s. 899 p. 34 och M. Schultz, ”Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd. Två och en halv huvudkategorier — och några små frågetecken”, SvJT 2017 s. 820.

<sup>92</sup> Se främst NJA 1987 s. 692; jfr NJA 2014 s. 272, där dock ett visst lagstöd fanns, NJA 2007 s. 747, NJA 2015 s. 899 p. 38 (flodvågsargumentet) och NJA 2019 s. 94. NJA 1987 s. 692 och NJA 2014 s. 272 diskuteras kritiskt i D. Hanqvist, ”*Nescia mens hominum* — Frågan om kreditvärderingsinstitutens civilrättsliga ansvar i svensk rätt. En replik till Emil Nästegård”, JT 2017–18 s. 17. Rättsutvecklingen — särskilt avseende praxis — sammanfattas och analyseras i Schultz (2017).

<sup>93</sup> Se främst NJA 2005 s. 608; jfr NJA 1993 s. 188, NJA 2014 s. 877 och NJA 2015 s. 512.

<sup>94</sup> Se NJA 2015 s. 899 p. 36.

brottsligt, bör i allmänhet ett sådant krav på uppsåt gälla för att ansvar för ren förmögenhetsskada utom kontraktsförhållande ska föreligga.<sup>95</sup> En särskild aspekt är hur ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar skulle samspela med andra rättsregler. Om det redan finns en etablerad regelordning kan det vara skäl mot ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid sidan av dessa regler.<sup>96</sup>

Unionsrätten kräver — enligt regeringen — *inte* att medlemsstaterna inför regler om att investerare har rätt att få skadestånd från ett värdepappersföretag. Regeringen menade att det inte fanns förutsättningar att införa ytterligare regler om skadeståndsansvar i LVM; detta skulle kräva ytterligare överväganden och beredning som inte rymdes inom det lagstiftningsärendet.<sup>97</sup> Av MiFID II (liksom tidigare MiFID I<sup>98</sup>) framgår emellertid att medlemsstaterna ska kräva att värdepappersföretag som beslutar att utse anknutna ombud förblir fullt och villkorslöst ansvariga för varje handling eller underlåtenhet från det anknutna ombudets sida när detta handlar på värdepappersföretagets vägnar.<sup>99</sup> Värdepappersmarkandsutredningen menade att motsvarande bestämmelse i MiFID I närmast vore av näringsrättslig art. En lämplig väg att införliva bestämmelsen vore enligt utredningen att kräva att ett värdepappersinstitut som vill utse ett anknutet ombud sluter ett tredjemansavtal med ombudet vilket ska innebära att institutet tar på sig samma skadeståndsansvar som institutet har när det gäller handlande av institutets anställda.<sup>100</sup> En snarlik lösning har valts vad gäller värdepappersinstitut som tillhandahåller direkt elektroniskt tillträde till en handelsplats: i dess fall ska institutet säkerställa att det finns ett bindande skriftligt avtal mellan institutet och kunden om de huvudsakliga rättigheter och skyldigheter som följer av tillhandahållandet av tjänsten och att institutet enligt avtalet förblir ansvarigt enligt LVM.<sup>101</sup> Att ett värdepappersinstitut ansvarar för det anknutna ombudets åtgärder betyder naturligtvis inte att det anknutna ombudet självt är fritt från ansvar. Den skadelidande kan välja att rikta sitt anspråk direkt mot det anknutna ombudet. Om kravet riktas mot värdepappersinstitutet kan institutet i sin tur föra en *regresstalan* mot det anknutna ombudet.<sup>102</sup>

Regeringen återgav utredningens överväganden, inklusive tanken på ett tredjemansavtal.<sup>103</sup> Emellertid valde regeringen — till synes utan

<sup>95</sup> Se NJA 2015 s. 899 p. 37.

<sup>96</sup> Se NJA 2015 s. 899 p. 39.

<sup>97</sup> Se prop. 2006/07:115 s. 513.

<sup>98</sup> Se art. 23.2 1 st. första meningen Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument ("MiFID I").

<sup>99</sup> Se art. 29.2 1 st. första meningen MiFID II.

<sup>100</sup> Se SOU 2006:50 s. 268.

<sup>101</sup> Se 8 kap. 29 § LVM.

<sup>102</sup> Se prop. 2006/07:115 s. 374.

<sup>103</sup> Se prop. 2006/07:115 s. 374.

närmare motivering — att i stället låta införa en civilrättslig regel. Ett svenskt värdepappersinstitut eller ett utländskt värdepappersföretag som hör hemma inom EES som har träffat avtal med ett anknutet ombud är nämligen ansvarigt för *ren förmögenhetsskada* som ombudet genom sin verksamhet uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar en kund.<sup>104</sup> Något krav på tredjemansavtal framgår inte av bestämmelsen. Lagstiftningen innebär därför att värdepappersinstituten kan ha ett skarpare ansvar för tjänster och produkter som tillhandahålls genom anknutna ombud än för tjänster och produkter som tillhandahålls direkt av institutet.

## 4 Försäkring

### 4.1 Försäkringsrörelse och tjänstepensionsverksamhet

Ett försäkringsföretag som inte är ett återförsäkringsbolag, och som avser att inrätta en filial, agentur eller annat liknande driftställe ("sekundäretablering") inom EES ska underrätta Finansinspektionen ("FI") innan verksamheten påbörjas,<sup>105</sup> dvs. enligt reglerna om europapass. Om förutsättningarna för verksamheten är uppfyllda, ska FI inom tre månader från det att en underrättelse togs emot, lämna meddelande om underrättelsen till den behöriga myndigheten i det land där sekundäretableringen avses inrättas. Inspektionen ska samtidigt lämna ett intyg om att försäkringsföretaget uppfyller solvenskapitalkravet och minimikapitalkravet. Ett sådant meddelande ska lämnas om det inte finns skäl att ifrågasätta att försäkringsföretagets organisation är ändamålsenlig, försäkringsföretagets finansiella situation är tillfredsställande med hänsyn till den planerade verksamhetens omfattning och art eller företrädaren för sekundäretableringen har tillräcklig kompetens och erfarenhet och i övrigt är lämpad att leda verksamheten vid sekundäretableringen.<sup>106</sup>

En *EES-försäkringsgivare* som inte är ett återförsäkringsföretag<sup>107</sup> och som i sitt hemland har tillstånd att driva försäkringsrörelse, får bedriva verksamhet i Sverige från en sekundäretablering här i landet med början två månader efter det att FI från den behöriga myndigheten i försäkringsgivarens hemland tagit emot en underrättelse med sådant innehåll som anges i lagen eller dessförrinnan, om FI i ett enskilt fall beslutar att verksamheten får påbörjas.<sup>108</sup> För EES-försäkringsgivare som meddelar *tjänstepensionsförsäkring* gäller delvis andra regler.

<sup>104</sup> Se 6 kap. 5 § LVM.

<sup>105</sup> Se 3 kap. 1 § 1 st. FRL.

<sup>106</sup> Se 3 kap. 2 § FRL.

<sup>107</sup> Med "återförsäkring" avses verksamhet som består i att överta risker som överlåts av ett försäkringsföretag eller av en utländsk försäkringsgivare (se 1 kap. 9 § FRL). I likhet med lagen (2018:1219) om försäkringsdistribution ("LFD") gäller således FRL även för återförsäkring, medan lagstiftningen om försäkringsavtal inte gör det (se 1 kap. 3 § 2 st. försäkringsavtalslagen (2005:104)).

<sup>108</sup> Se 2 kap. 2 § 1 st. LUFT.

Verksamhet avseende tjänstepensionsförsäkring får inledas så snart försäkringsgivaren tagit emot de uppgifter som FI ska ange, eller i varje fall två månader efter det att inspektionen från den behöriga myndigheten i försäkringsgivarens hemland tagit emot en underrättelse med föreskrivet innehåll.<sup>109</sup> Ett utländskt tjänstepensionsinstitut som i sitt hemland har tillstånd eller är registrerat för att bedriva verksamhet avseende tjänstepension får bedriva sådan verksamhet i Sverige från en sekundäretablering här i landet.<sup>110</sup>

Med ”sekundäretablering” avses här en utländsk försäkringsgivares etablering i Sverige genom *generalagent*, *filial* eller *generalrepresentation* för försäkringsgivare i en försäkringssammanslutning. Beträffande ett utländskt tjänstepensionsinstitut avses med sekundäretablering ett sådant instituts etablering i Sverige genom generalagent eller filial.<sup>111</sup> Med ”*generalagent*” avses en fysisk<sup>112</sup> eller juridisk person som har till uppgift att leda och sköta en utländsk försäkringsgivares försäkringsrörelse i Sverige. En utländsk försäkringsgivare får i Sverige *inte representeras av mer än en generalagent*.<sup>113</sup> Med ”*generalrepresentation*” avses en utländsk försäkringssammanslutnings representation i Sverige.<sup>114</sup> Unionsregleringen av tjänstepensionsinstitut innehåller inte några bestämmelser om inrättande av sekundäretablering. Eftersom rätten att etablera sig i ett annat land följer direkt av artiklarna 49–55 EUF har det inte ansetts finnas någon anledning att införa en särskild bestämmelse som reglerar denna rätt. Regeringen menade att det inte vore nödvändigt att ha olika bestämmelser för gränsöverskridande verksamhet som drivs direkt från Sverige och gränsöverskridande verksamhet som drivs från en sekundäretablering i en annan medlemsstat eftersom den unionsrättsliga definitionen av gränsöverskridande verksamhet inte gjorde någon skillnad mellan dessa fall. Det funnes därför inte något skäl att införa särskilda bestämmelser om gränsöverskridande verksamhet från en sekundäretablering i lagen om tjänstepensionsföretag. Enligt regeringen behövdes heller inte några bestämmelser om att tjänstepensionsföretag skulle underrätta FI när en sekundäretablering inrättas tas in i lagen. Det fick anses tillräckligt att inspektionen underrättades när gränsöverskridande verksamhet ska

<sup>109</sup> Se 2 kap. 2 § 2 st. LUFT.

<sup>110</sup> Se 2 kap. 1 a § LUFT.

<sup>111</sup> Se 1 kap. 8 § 1 och 2 st. § LUFT.

<sup>112</sup> Generalagent enligt LUFT — även om agenten är en fysisk person — förefaller inte betraktas som ett ”reglerat yrke” enligt lagen (2016:145) om erkännande av yrkeskvalifikationer och förordningen (2016:157) om erkännande av yrkeskvalifikationer (se särskilt bilagan till förordningen).

<sup>113</sup> Se 1 kap. 9 § 1 st. LUFT.

<sup>114</sup> Se 1 kap. 12 § LUFT. Med ”försäkringssammanslutning” avses en sammanslutning av fysiska eller juridiska personer som utan solidariskt ansvar meddelar försäkring; samtliga medlemmar i sammanslutningen som grupp anses vara försäkringsgivare (se 1 kap. 11 § LUFT).

drivas från sekundäretableringen i enlighet med det unionsrättsliga anmälning- och underrättelseförfarandet.<sup>115</sup>

En försäkringsgivare från *tredje land* får efter *koncession* bedriva försäkringsrörelse i Sverige från en generalagentur eller en filial här i landet. Därutöver får en försäkringsgivare från tredje land, efter tillstånd av FI, i Sverige marknadsföra försäkringar som gäller risker som är belägna här, om det sker genom förmedling av en försäkringsgivare som har koncession i Sverige och de båda försäkringsgivarna tillhör samma koncern eller har samarbetsavtal med varandra.<sup>116</sup>

#### 4.2 Försäkringsdistribution

I *positivt* hänseende definieras ”försäkringsdistribution” som verksamhet som består i att (1) ge råd om eller föreslå försäkringsavtal eller utföra annat förberedande arbete innan ett försäkringsavtal ingås; (2) ingå ett försäkringsavtal; eller (3) bistå vid förvaltning eller fullgörande av ett försäkringsavtal;<sup>117</sup> i varje fall i princip inklusive avtal om återförsäkring.<sup>118</sup> I *negativt* hänseende anges i lag att med försäkringsdistribution inte avses verksamhet som bara består i att (1) hänvisa någon till en försäkringsdistributör eller en försäkringsdistributör till en presumtiv kund; (2) lämna allmän information om försäkring till någon; (3) inom ramen för en annan yrkesverksamhet i enskilda fall lämna information eller ge råd om försäkring till någon; eller (4) yrkesmässigt handlägga, värdera eller reglera försäkringsfall.<sup>119</sup> Vidare gäller LFD inte för sidoverksam försäkringsförmedlars försäkringsdistribution, under förutsättning att (1) den distribuerade försäkringen kompletterar en vara eller tjänst och försäkringen täcker risken för förlust av varan eller funktionsfel i eller skada på varan, att tjänsten inte kunnat utnyttjas eller skada på eller förlust av bagage och andra risker i samband med resa, och (2)(a) den årliga premien för den distribuerade försäkringen inte överstiger ett värde motsvarande 600 euro, beräknat proportionellt på årsbasis eller (b) premien för den distribuerade försäkringen inte överstiger ett värde motsvarande 200 euro per person, i de fall försäkringen kompletterar en tjänst och den tjänstens varaktighet inte är längre än tre månader.<sup>120</sup>

Bestämmelserna i LFD om försäkringsförmedlare gäller även anknuten försäkringsförmedlare och anknuten sidoverksam försäkringsförmedlare, om inte annat anges.<sup>121</sup> ”Försäkringsförmedlare” betyder

<sup>115</sup> Se prop. 2018/19:158 s. 235 f.

<sup>116</sup> Se 4 kap. 1 § LUFT.

<sup>117</sup> Se 1 kap. 1 § 2 st. LFD.

<sup>118</sup> Se 1 kap. 3 § LFD.

<sup>119</sup> Se 1 kap. 2 § LFD.

<sup>120</sup> Se 1 kap. 6 § LFD.

<sup>121</sup> Se 1 kap. 4 § LFD.

en fysisk<sup>122</sup> eller juridisk person, med undantag för försäkringsföretag eller deras anställda, som mot ersättning bedriver försäkringsdistribution.<sup>123</sup> ”Anknuten försäkringsförmedlare” definieras som en försäkringsförmedlare som har träffat avtal med ett eller flera försäkringsföretag om att distribuera försäkringsprodukter, om dessa produkter inte konkurrerar med varandra och avtalet innebär att försäkringsföretaget är ansvarigt för ren förmögenhetsskada.<sup>124</sup> ”Anknuten sidoverksam försäkringsförmedlare” definieras som en sidoverksam försäkringsförmedlare<sup>125</sup> som har träffat avtal med ett eller flera försäkringsföretag eller försäkringsförmedlare om att distribuera endast vissa försäkringsprodukter som kompletterar en vara eller en tjänst och de berörda försäkringsprodukterna inte omfattar livförsäkring eller ansvarsförsäkring, utom när sådant skydd kompletterar den vara eller tjänst som förmedlaren bedriver som huvudsaklig yrkesverksamhet, om avtalet innebär att försäkringsföretaget eller försäkringsförmedlaren är ansvarig för ren förmögenhetsskada.<sup>126</sup> I likhet med vad som gäller för vissa finansiella institut med kreditinstitut som moderbolag, men till skillnad från värdepappersinstitutens anknutna ombud, får en anknuten försäkringsförmedlare företräda *flera försäkringsföretag eller försäkringsförmedlare*.<sup>127</sup>

En anknuten sidoverksam försäkringsförmedlare behöver inte FI:s tillstånd och behöver inte själv låta registrera sig hos Bolagsverket. I stället ska det försäkringsföretag eller den andra försäkringsförmedlare som förmedlaren har ingått avtal med om att distribuera dess försäkringsprodukter,<sup>128</sup> anmäla förmedlaren för registrering hos Bolagsverket. Anmälaren är skyldig att kontrollera att förmedlaren uppfyller de krav som ställs avseende lämplighet och utbildning, konkursfrihet och — om förmedlaren är en juridisk person — lämpligheten hos dess ledning och personal, inklusive genom att begära ett utdrag ur belastningsregistret.<sup>129</sup> Det är *den tydliga kopplingen till försäkringsföretagen eller en annan försäkringsförmedlare* som gör att det finns en möjlighet att ha en särskild registreringsordning för denna

<sup>122</sup> Ombud enligt LFD — även om ombudet är en fysisk person — förefaller inte betraktas som ett ”reglerat yrke” enligt lagen (2016:145) om erkännande av yrkeskvalifikationer och förordningen (2016:157) om erkännande av yrkeskvalifikationer (se särskilt bilagan till förordningen).

<sup>123</sup> Se 1 kap. 9 § pkt 11 LFD.

<sup>124</sup> Se 1 kap. 9 § pkt 1 LFD.

<sup>125</sup> En sidoverksam försäkringsförmedlare är i princip ett företag som inte har försäkringsdistribution som huvudsaklig verksamhet, endast distribuerar försäkringsprodukter som kompletterar en vara eller en tjänst och — med vissa undantag — inte gäller livförsäkring eller ansvarsförsäkring (se 1 kap. 9 § pkt 20 LFD).

<sup>126</sup> Se 1 kap. 9 § pkt 2 LFD.

<sup>127</sup> Se prop. 2017/18:216 s. 184.

<sup>128</sup> Även sammanslutningar av försäkringsföretag eller försäkringsförmedlare får anmäla en anknuten sidoverksam försäkringsförmedlare för registrering (2 kap. 5 § LFD).

<sup>129</sup> Se 2 kap. 4 § 1 och 2 st. LFD.

kategori. Ytterligare ett skäl för en sådan särlösning är att den kan ge resursbesparingar och effektivitetsvinster. En sådan ordning tillgodoser även kravet på proportionalitet som i detta fall blir särskilt framträdande för de anknutna sidoverksamma förmedlarna där det torde röra sig om företag som i begränsad omfattning distribuerar enklare försäkringsprodukter, företrädesvis skadeförsäkringar med begränsad löptid.<sup>130</sup> I en anmälan om registrering ska det anges om distributionen av försäkringsprodukter ska avse alla slag av försäkringar, bara livförsäkringar eller bara skadeförsäkringar eller om den ska begränsas till att avse en eller flera försäkringsklasser eller grupper av försäkringsklasser.<sup>131</sup> Till skillnad från vad som gäller anknutna ombud inom ramen för värdepappersrörelsen, kan anknutna försäkringsförmedlare *själva* bli föremål för FI:s ingripanden.<sup>132</sup>

Det skulle, som regeringen påpekar, kunna hävdas att den kontroll inför registreringen som ska utföras av anmälarna beträffande anknutna sidoverksamma försäkringsförmedlare är en form av *prövning av tillstånd*, eftersom vissa materiella krav måste vara uppfyllda för att registrering ska få ske. Det gäller särskilt den vandelsprövning som ska göras. Regeringen ville betona att vad som åläggs försäkringsföretagen eller en annan anmälare endast är en *ren kontroll av faktiska omständigheter och inte någon prövning*. Vilka omständigheter som ska kontrolleras ska vara så noggrant reglerade genom föreskrifter som meddelas med stöd bemyndigande att kontrollen *inte kommer att innehålla någon materiell prövning* av det slag som normalt förknippas med en prövning av tillstånd eller en lämplighetsprövning.<sup>133</sup>

En väsentlig skillnad mellan de anknutna försäkringsförmedlarna och de anknutna *sidoverksamma* försäkringsförmedlarna är emellertid att de senare endast får distribuera vissa försäkringsprodukter som *kompletterar* en vara eller en tjänst. När det gäller anknutna försäkringsförmedlare framstår det inte lika naturligt med en anknytning till *en annan försäkringsförmedlare*. Mot bakgrund av risken för svåröverskådliga företagsstrukturer som kan försvåra tillsynen och med beaktande av att det inte kan förutses något reellt behov av en sådan anknytning, fanns det enligt regeringens uppfattning anledning att stanna vid bedömningen att en anknuten försäkringsförmedlare endast skulle få vara anknuten till ett eller flera försäkringsföretag.<sup>134</sup>

En anknuten försäkringsförmedlare och en anknuten sidoverksam försäkringsförmedlare ska informera kunden om att den försäkringsdistributör med vilken förmedlaren ingått avtal om att distribuera dess

<sup>130</sup> Se prop. 2017/18:216 s. 179.

<sup>131</sup> Se 2 kap. 4 § 3 st. LFD. Försäkringsklasserna anges i 2 kap. 11–13 §§ FRL och i föreskrifter som har meddelats med stöd av 2 kap. 19 § pkt 2 samma lag.

<sup>132</sup> Se 9 kap. 9–12 §§ LFD.

<sup>133</sup> Se prop. 2017/18:216 s. 181.

<sup>134</sup> Se prop. 2017/18:216 s. 184.

försäkringsprodukter är ansvarig för ren förmögenhetsskada.<sup>135</sup> En sidoverksam försäkringsförmedlare och en anknuten sidoverksam försäkringsförmedlare ska i god tid innan ett försäkringsavtal ingås lämna information till kunden om vilken form av ersättning som förmedlaren får för försäkringsavtalet.<sup>136</sup> För distribution av *försäkringsbaserade investeringsprodukter* gäller vissa ytterligare krav. Sådana produkter får inte distribueras av anknutna sidoverksamma försäkringsförmedlare.<sup>137</sup> För distribution av vissa *pensionsförsäkringar* gäller också ytterligare krav.<sup>138</sup> Sådana försäkringar som har ett förfallo- eller återköpsvärde som helt eller delvis är direkt eller indirekt exponerat mot marknadsvolatilitet, får inte distribueras av anknutna sidoverksamma försäkringsförmedlare.<sup>139</sup>

## 5 Betaltjänster och e-pengar

### 5.1 Betalningsinstitut och registrerade betaltjänstleverantörer

Om ett betalningsinstitut eller en registrerad betaltjänstleverantör vill tillhandahålla betaltjänster *genom ombud*, ska betalningsinstitutet eller den registrerade betaltjänstleverantören — utom när det gäller kontoinformationstjänster — anmäla ombudet för registrering hos FI. Om anmälan uppfyller kraven ska FI registrera ombudet. Ombudet får inte tillhandahålla betaltjänster innan registrering har gjorts.<sup>140</sup> Vill ett betalningsinstitut tillhandahålla betaltjänster, eller om en registrerad betaltjänstleverantör tillhandahåller kontoinformationstjänster, *genom ombud i ett annat land inom EES*, ska företaget underrätta FI om detta.<sup>141</sup> FI ska vägra att registrera ett ombud eller återkalla en utförd registrering, om det inte är lämpligt att betaltjänstleverantören anlitar ombudet. FI ska vid denna bedömning beakta den information som inspektionen tagit emot från den behöriga myndigheten i hemlandet.<sup>142</sup> Betalningsinstitut och registrerade betaltjänstleverantörer ska — utom när det gäller kontoinformationstjänster — säkerställa att ombud som agerar för deras räkning informerar betaltjänstanvändarna om detta förhållande.<sup>143</sup> Det saknas bestämmelser som förbjuder att betalningsinstitut använder sig av fler än ett ombud. Förhållandena avseende betaltjänster liknar därmed närmast reglerna för kreditinstitut men skiljer sig alltså från reglerna om anknutna ombud inom värdepappersrörelsen.

<sup>135</sup> Se 5 kap. 4 § LFD.

<sup>136</sup> Se 5 kap. 8 § LFD.

<sup>137</sup> Se 6 kap. 1 § 2 st. LFD.

<sup>138</sup> Se 7 kap. LFD.

<sup>139</sup> Se 7 kap. 1 § LFD.

<sup>140</sup> Se 3 kap. 17 § lagen (2010:751) om betaltjänster ("BTL").

<sup>141</sup> Se 3 kap. 18 § BTL.

<sup>142</sup> Se 3 kap. 18 a § BTL.

<sup>143</sup> Se 3 kap. 24 § 1 st. BTL.

Ett utländskt företag som hör hemma inom EES och som i hemlandet har tillstånd att tillhandahålla betaltjänster behöver inte tillstånd för att tillhandahålla betaltjänster i Sverige; inte heller ett utländskt företag som hör hemma inom EES och som i hemlandet har undantagits från tillståndsplikt för att tillhandahålla betaltjänster behöver tillstånd för att tillhandahålla kontoinformationstjänster i Sverige. Båda kategorierna får vidare tillhandahålla betaltjänster *genom ombud* i Sverige efter det att FI har tagit emot ett beslut från den behöriga myndigheten i det land där företaget hör hemma om att ombudet har registrerats av den myndigheten.<sup>144</sup> När FI har tagit emot en underrättelse från en myndighet i ett annat land inom EES om att ett utländskt företag avser att tillhandahålla betaltjänster i Sverige, ska inspektionen lämna relevanta uppgifter till den behöriga myndigheten i det andra landet om det utländska företagens planerade tillhandahållande av betaltjänster här i landet. Om betaltjänster ska tillhandahållas genom ett ombud ska det av underrättelsen framgå om FI har skälig anledning att anta att anlita av filialen eller ombudet kan öka risken för penningtvätt eller finansiering av terrorism.<sup>145</sup>

Utländska företag som tillhandahåller betaltjänster i Sverige genom ett ombud ska lämna FI de *upplysningar* om sin verksamhet och därmed sammanhängande omständigheter som inspektionen begär. De ska också utse en central kontaktpunkt här i landet om FI begär det.<sup>146</sup> FI får, ”om det behövs för tillsynen av ett betalningsinstitut eller en registrerad betaltjänstleverantör”, genomföra *platsundersökning* hos ett ombud till institutet eller leverantören.<sup>147</sup> En undersökning hos en registrerad betaltjänstleverantör får endast omfatta den verksamhet som avser tillhandahållande av betaltjänster.<sup>148</sup> Trots att det inte framgår av lagtexten torde samma begränsning gälla avseende platsundersökning hos ett ombud.<sup>149</sup>

FI får förelägga ett utländskt företag som tillhandahåller betaltjänster genom ombud att göra rättelse, om dess verksamhet med betaltjänster i Sverige inte drivs enligt gällande bestämmelser om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism eller i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/847. Om det utländska företaget inte driver verksamheten i enlighet med bestämmelserna i BTL, ska FI så snart det kan ske underrätta den behöriga myndigheten i företagens hemland. FI får förelägga företaget att göra rättelse om dess verksamhet med betaltjänster i Sverige inte drivs i enlighet med de lagstadgade rörelsereglerna. Om ett företag inte följer

<sup>144</sup> Se 3 kap. 26 § BTL.

<sup>145</sup> Se 3 kap. 27 § BTL.

<sup>146</sup> Se 8 kap. 2 § BTL.

<sup>147</sup> Se 8 kap. 3 § 2 st. BTL.

<sup>148</sup> Se 8 kap. 3 § 3 st. BTL.

<sup>149</sup> Se prop. 2009/10:220 s. 288.

ett sådant föreläggande ska FI underrätta den behöriga myndigheten i företagets hemland. Om rättelse inte sker, får FI förbjuda företaget att påbörja nya betalningstransaktioner här i landet. Innan förbud meddelas ska inspektionen underrätta den behöriga myndigheten i företagets hemland. I brådskande fall får inspektionen meddela förbud utan föregående underrättelse till myndigheten i företagets hemland; denna ska dock underrättas så snart det kan ske.<sup>150</sup> Om det utländska företaget har fått sitt verksamhetstillstånd indraget i hemlandet, ska FI genast förbjuda företaget att påbörja nya betalningstransaktioner här i landet.<sup>151</sup> Ett sådant förbud torde kunna riktas också mot ett ombud, som ju ”inte har någon självständig rätt att tillhandahålla betaltjänster”.<sup>152</sup> Huvudmannen ansvarar för ombudets åtgärder, men en skadelidande kan även välja att rikta anspråk direkt mot ombudet. Vad gäller regress mot ombudet om huvudmannen har ålagts skadeståndsskyldighet gäller det samma som för värdepappersinstituts anknutna ombud.<sup>153</sup>

## 5.2 E-pengar

Institut för elektroniska pengar och registrerade utgivare får inte ge ut elektroniska pengar via ombud;<sup>154</sup> däremot är distribution och inlösen av elektroniska pengar via fysiska eller juridiska personer som agerar som ombud för institut för elektroniska pengar tillåtet.<sup>155</sup> Om ett institut för elektroniska pengar eller en registrerad utgivare vill tillhandahålla betaltjänster genom ombud, ska institutet eller utgivaren — efter förebild av bestämmelserna om betaltjänster<sup>156</sup> — anmäla ombudet för registrering hos FI. En sådan anmälan behöver inte göras när det gäller kontoinformationstjänster. Om anmälan uppfyller de krav som anges ska FI registrera ombudet. Ombudet får inte tillhandahålla betaltjänster innan registrering har gjorts.<sup>157</sup> Om ett institut för elektroniska pengar vill distribuera elektroniska pengar, lösa in elektroniska pengar eller tillhandahålla betaltjänster genom ombud i ett annat land inom EES, ska institutet underrätta FI om detta.<sup>158</sup> FI ska vägra att registrera ett ombud eller återkalla en utförd registrering, om det inte är lämpligt att institutet anlitar ombudet. FI ska vid denna bedömning beakta den information som inspektionen tagit emot från den behöriga myndigheten i hemlandet.<sup>159</sup> Vad gäller tillsynen över

<sup>150</sup> Se 8 kap. 21 § BTL.

<sup>151</sup> Se 8 kap. 22 § BTL.

<sup>152</sup> Se prop. 2009/10:220 s. 149.

<sup>153</sup> Se prop. 2009/10:220 s. 149 f.

<sup>154</sup> Se 3 kap. 17 § lagen (2011:755) om elektroniska pengar (”LEP”).

<sup>155</sup> Se prop. 2010/11:124 s. 99.

<sup>156</sup> Se prop. 2010/11:124 s. 99.

<sup>157</sup> Se 3 kap. 18 § LEP.

<sup>158</sup> Se 3 kap. 19 § LEP.

<sup>159</sup> Se 3 kap. 19 a § LEP.

ombudets verksamhet<sup>160</sup> och FI:s möjligheter att ingripa<sup>161</sup> gäller i princip samma regler som enligt reglerna om betaltjänster.<sup>162</sup> Det samma torde kunna sägas om skadeståndsansvaret.

## 6 Avslutande synpunkter

Industrialismen har laborerat med ett visst "företagsparadigm", med central styrning, enhetlig byråkrati och en hög grad av "inre enhetlighet" och standardisering inom företagen. Detta paradigm har nu rätt länge varit ifrågasatt i praktiken. Olika avdelningar inom ett och samma företag företer operativ självständighet och företaget kan sägas bestå av en rad mindre element som vid olika tidpunkter och under olika förhållanden kan kombineras på olika sätt — en utveckling som har accentuerats av de större samordningsmöjligheter som modern kommunikationsteknik medger.<sup>163</sup> Utvecklingen — liksom all social förändring — orsakas och styrs visserligen delvis av mer eller mindre modebetonade föreställningar; sönderfallet av industrialismens klassiska företagsparadigm kan emellertid — också det liksom all social förändring — även förklaras av realekonomiska orsaker.

Gränserna för "företaget" har alltid varit i hög grad konventionella och historiskt kontingenta. En rad för verksamheten väsentliga funktioner — såsom el- och vattenförsörjning — eller andra uppgifter — såsom städning och vaktmästeri — torde regelmässigt kunna utföras av andra än företagets egen personal, utan att detta skulle uppfattas som utkontraktering i var sig allmän eller särskild mening. Det torde vara svårt att förklara den utvecklingen annat än med ekonomiska imperativ. Den ty åtföljande välfärdsökningen är socialt önskvärd. Andra snarlika funktioner — som t.ex. IT-funktioner — kan emellertid inte utföras av andra utan att någon sorts regler om utkontraktering aktualiseras.

Arbetsdelningen, och den medföljande samordningen av olika slags organisatoriska lösningar och marknadsmekanismer, kommer inte att försvinna och kommer att i längden i allt väsentligt styras av en ekonomisk logik och de välfärdsvinster denna logik ger upphov till. De olika reglerade branscherna — såsom finansbranschen — kommer inte att kunna isoleras från denna utveckling och logik om de ska kunna motsvara den politiska ambitionen med en effektiv finansiell sektor i landet och inom unionen,<sup>164</sup> även om en sådan isolering skulle anses

<sup>160</sup> Se 5 kap. 2 och 3 §§ LEP.

<sup>161</sup> Se 5 kap. 21 och 22 §§ LEP.

<sup>162</sup> Se prop. 2010/11:124 s. 150 f.

<sup>163</sup> Se redan U. Beck, *Risikogesellschaft* (1986), s. 349.

<sup>164</sup> Se t.ex. reciterna (5), (44) och (71) MiFID I; recit (16) Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/65/EG om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag); recit (100) 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; art. 1.5 Europaparlamentets och rådets förord-

önskvärt. Även reglerad verksamhet måste kunna bedrivas på ett ekonomiskt förnuftigt sätt, vilket ofta under rådande förhållanden kan antas innebära utkontraktering.<sup>165</sup> Den kommersiella förvaltningsrätten har — i alla fall officiellt — till syfte att *säkra fungerande marknader*.<sup>166</sup> I den meningen är också den svenska staten ett slags ”*marknadsstat*”.<sup>167</sup> Den marknad staten ska värna är inte vilken marknad som helst utan — vilket är särskilt tydligt i unionsfördragen — en *marknad med fungerande konkurrens*.<sup>168</sup> Staten har det grundläggande ansvaret för att

ning (EU) nr 1093/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska bankmyndigheten); art. 1.5 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1095/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten) (”EsmaF”); art. 1.6 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1094/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska försäkrings- och tjänstepensionsmyndigheten); recit (11) Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2017/828 av den 17 maj 2017 om ändring av direktiv 2007/36/EG vad gäller uppmuntran av aktieägares långsiktiga engagemang; prop. 1994/95:50 s. 98 f.; prop. 2002/03:139 s. 369, 393 och 508; prop. 2006/07:115 s. 244, 245, 265, 268, 269 f., 272 f., 326, 364, 396, 456 ff., 461 ff., 528 och 611; prop. 2015/16:9 s. 194, 256 och 555; prop. 2016/17:162 s. 229, 292, 316, 336 och 606; prop. 2018/19:158 s. 202 f.; SOU 2013:6 s. 36, 62 f., 97 och 102; samt SOU 2013:65 s. 137. — I 2 § 1 st. förordningen (1992:102) med instruktion för Finansinspektionen och den senare förordningen (1996:596) med instruktion för Finansinspektionen angavs bland de ”övergripande målen” för FI:s att bidra till det finansiella systemets effektivitet; detta angavs också som ett av de skyddsintressen som FI hade att tillvarata i samband med att myndigheten bildades genom en sammanslagning av den tidigare Bankinspektionen och Försäkringsinspektionen (se prop. 1990/91:177 s. 8; se också SOU 1991:2 s. 9, 16, 21 ff. och 70). Effektivitet anges också som ett av Riksbankens mål (se 1 kap. 2 § 3 st. lagen (1988:1385) om Sveriges riksbank). Motsvarande målsättning angavs inte längre i de senare förordningarna (2006:1022) eller (2007:841) med instruktion för Finansinspektionen och anges inte heller i den nu gällande förordningen (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen. Eftersom emellertid alltså EBA, Esma och Europeiska försäkrings- och tjänstepensionsmyndigheten enligt sina respektive förordningar har som uppdrag att främja marknadernas effektivitet (se hänvisningarna ovan i denna not), torde emellertid också FI i praktiken omfattas av samma principiella målsättning.

<sup>165</sup> Jfr prop. 2018/19:158 s. 408.

<sup>166</sup> Se M. Crespy-De Coninck, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique* (2017), s. 20 f.

<sup>167</sup> Se C. Andersson, M. Erlandsson & G. Sundström, *Marknadsstaten. Om vad den svenska staten gör med marknaderna — och marknaderna med staten* (2017). Även om marknadsekonomin inte finns inskriven i de konstitutionella urkunderna innebär fri- och rättigheter av det vanliga västerländska snittet (inklusive, men inte enbart, näringsfriheten och egendomsskyddet) i praktiken att en marknadsekonomi fördras, eftersom en planekonomi inte kan undvika att kränka de fri- och rättigheterna (se J. Ziekow, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 5 uppl. (2020), s. 16 och P. Devolvé, *Droit public de l'économie* (2021), ch. 1). Ph. Bobbitt (*The Shield of Achilles. War, Peace, and the Course of History* (2002), kap 10 och *passim*) menar att nationalstaten har ersatts av en marknadsstat också i externt hänseende, med långtgående konsekvenser för krig, säkerhet och det internationella systemet. Det ryska överfallet på Ukraina i februari 2022 och det följande kriget skulle kunna ses som en svårt anfrätt och inte särskilt framgångsrik nationalstats angrepp på systemet med marknadsstater, genom ett angrepp på en grannstat med större förutsättningar att hävda sig i ett sådant system. Det ryska angreppet skulle då vara ett slags atavism, ett drag som framträder inte minst genom krigets karaktär av ryskt folkmord för att helt utplåna den förhatliga friare ukrainska kulturen som utgör det huvudsakliga hotet mot den auktoritära ryska nationalstaten.

<sup>168</sup> Se Crespy-De Coninck (2017), s. 21 f.

skapa gynnsamma förutsättningar för konkurrens och effektivt fungerande marknader. Viktiga medel är lagar som hindrar marknadens aktörer från att sätta konkurrensen ur spel och som stärker konsumenternas möjligheter att på bästa sätt utnyttja mångfalden i produktutbudet. Konkurrens uppkommer genom marknadsaktörernas beteende på marknaden och kan inte kommenderas fram. Däremot kan förutsättningarna för att konkurrensen ska fungera väl vara mer eller mindre gynnsamma.<sup>169</sup> Exempelvis har FI bl.a. ansvar för att ”vidta åtgärder för att motverka finansiella obalanser i syfte att stabilisera kreditmarknaden, men med beaktande av åtgärdernas effekt på den ekonomiska utvecklingen”; FI ska vidare ”arbeta för att det finansiella systemet [...] är stabilt och präglas av ett högt förtroende med väl fungerande marknader som tillgodoser hushållens och företagens behov av finansiella tjänster [...]”.<sup>170</sup> FI ska också ”överväga om åtgärder som myndigheten vidtar kan påverka stabiliteten i de finansiella systemen i andra länder inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet [och] informera Europeiska systemrisknämnden om vilka åtgärder som myndigheten vidtar för att motverka finansiella obalanser”.<sup>171</sup>

Det hävdas ibland att den finansiella regleringen skulle skilja sig från övrig ekonomisk reglering därigenom att den förra *inte* skulle syfta till att *främja konkurrensen*.<sup>172</sup> Det råder ibland målkonflikter mellan olika regleringar; för den finansiella sektorn gäller detta t.ex. avseende förhållandet mellan konkurrens- och stabilitetsregleringarna.<sup>173</sup> Här emot kan invändas t.ex. att FI har ett uppdrag att säkra *väl fungerande finansiella marknader* (se ovan) och att detta — i enlighet med bl.a. grunderna för unionsrätten — implicerar en fungerande konkurrens;<sup>174</sup> att den finansiella regleringen faktiskt innehåller konkurrenssäkrande bestämmelser;<sup>175</sup> att reformer av den finansiella regleringen har genomförts just i syfte att främja konkurrensen;<sup>176</sup> och att den finansiella regleringen utformas (i alla fall ibland) med uttrycklig hänsyn till effekterna av den på konkurrenssituationen.<sup>177</sup>

<sup>169</sup> Se prop. 1999/2000:140 s. 143 f.

<sup>170</sup> Se 1 och 2 §§ FIF.

<sup>171</sup> Se 5 § FIF.

<sup>172</sup> Se Crespy-De Coninck (2017), s. 22 f. med hänvisningar.

<sup>173</sup> Se X. Vives, *Competition and Stability in Banking. The Role of Regulation and Competition Policy* (2016) och FI promemoria, *Ramverk för Marknader* (2017-11-27, FI Dnr 17-4086), s. 16.

<sup>174</sup> Se FI (2017), s. 1 och 16.

<sup>175</sup> Se t.ex. de uttryckliga konkurrensregleringarna i 7 kap. 1 § BTL; 13 kap. 1 § och 20 kap. 1 § LVM; artikel 7.1, 8.1 och 78.7 EMIR; artikel 33.1 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 909/2014 om förbättrad värdepappersavveckling i Europeiska unionen och om värdepapperscentraler; och artiklarna 35 ff. Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 600/2014 av den 15 maj 2014 om marknader för finansiella instrument.

<sup>176</sup> Se t.ex. prop. 2002/03:139 s. 156.

<sup>177</sup> Se t.ex. FI (2017), s. 16 och kommentarerna till 3 kap. 2 § första stycket, 4 kap. 4 § och 5 kap. 10 §.

*Esma* i sin tur har ett explicit uppdrag att ”främja likvärdiga konkurrensvillkor”,<sup>178</sup> ska ”ta vederbörlig hänsyn till den inverkan som dess verksamhet har på konkurrensen och innovationen på den inre marknaden [och] unionens globala konkurrenskraft”<sup>179</sup> och får under vissa omständigheter anta ett enskilt beslut riktat till en enskild finansmarknadsaktör ”med krav på att vidta nödvändiga åtgärder för att uppfylla sina skyldigheter enligt unionslagstiftningen” i syfte att ”upprätthålla eller återställa neutrala konkurrensvillkor på marknaden”.<sup>180</sup> Den finansiella regleringen kan därför inte uteslutas ur begreppet, eller anses vara väsensskild, från (övrig) ekonomisk reglering och kommersiell förvaltningsrätt.<sup>181</sup>

Just förändringar i tiden — innovationer — bereder särskilda svårigheter för regleringen av ekonomisk verksamhet. Målet för i alla fall den svenska finansiella regleringen har tidigare sagts vara att uppmuntra innovation vad gäller produkter och tjänster också för konsumenterna.<sup>182</sup> Inom den pro-kameralistiska traditionen<sup>183</sup> kan man stöta på åsikten att innovation är det ”klassiska sättet att kringgå begränsningar uppställda av det offentliga”<sup>184</sup> — dvs. innovation som ett hot mot den offentliga ordningen. Denna inställning är särskilt oroande, eftersom de västerländska ekonomierna i allmänhet, men de europeiska ekonomierna (inklusive den svenska ekonomin) i synnerhet, förefaller präglas av en kraftigt sjunkande innovationsgrad, trots den tillfälliga uppgången vid seklets början som en följd av internets genomslag.<sup>185</sup>

I den mån det finns en politisk aptit för att reglera näringslivet — och därmed ta ansvar för hur det utvecklas — kommer frågor om ”utkontraktering” i vid mening fortsatt och kanske i än högre grad att aktualiseras. Det finns därför anledning för politiker, tjänstemän, företagare och inte minst såväl praktiserande som akademiska rättsvetenskapare, att analysera behov och effekter på området för att säkerställa att regleringarna inte förhindrar konsumentnytta och ekonomiskt välstånd.

<sup>178</sup> Se art. 1.5, första stycket, punkt (d) EsmaF.

<sup>179</sup> Se recit (13) EsmaF; min emfas.

<sup>180</sup> Se art. 17.6 EsmaF; min emfas.

<sup>181</sup> Jfr Crespy-De Coninck (2017), s. 24.

<sup>182</sup> Se prop. 2002/03:139 s. 197 och 207.

<sup>183</sup> Om den långa kameralistiska traditionen inom kommersiell förvaltningsrätt, se D. Hanqvist, ”*Nil sub sole novum* — Något om den kommersiella förvaltningsrättens historia (Del I av III)”, FT 2019 s. 469 (s. 481 ff.).

<sup>184</sup> Se M. Sève, *La régulation financière face à la crise* (2013), s. 73.

<sup>185</sup> Se E. Phelps, *Mass Flourishing* (2013) och F. Erixon & B. Weigel, *The Innovation Illusion* (2016), som båda innehåller diskussioner om också svenska förhållanden, och R. J. Gordon, *The Rise and Fall of American Growth* (2016) för USA.