TILLSYN
Advokatdagarna

Nov 2012 W W Nerep

Värdetransportföretagen helt utan granskning – sept. 2012

”Det brister i tillsynen av värdeföretagen. Trots att värdeföretagen hanterar miljarder finns det ingen tillsyn av branschen.– Det är märkligt att det här inte kräver någon *tillsyn av den finansiella hanteringen.* Det krävs *transport-tillstånd*, det krävs *säkerhetstillstånd*, men det finns ingen tillsyn från till exempel Finans-inspektionen, säger Lars-Henrik Andersson, konkursförvaltare för Panaxia.

Tillsyn – ett mycket vidsträckt fält

FinansI (FI) – banker, kreditinstitut, mm

Skolinspektionen (SI) – skolor, riksinternat

Socialstyrelsen – vård, omsorg, hälsoskydd

KemI & kommuner – miljö

Myndigheten för radio och TF - radio och tv-sändningar, beställ-tv och text-tv.

Fastighetsmäklarnämnden - fastighetsmäklare

Inspektionen för arbetslöshetsförsäkringen – arbetslöshetskassor, Arbetsförmedlingen

Läkemedelsverket – tillverkning av och handel med läkemedel ……..

utan samordning … fast villkoren varierar mycket

Lotteril – tillsyn över *fyra* kasinon enligt kasinolagen (1999:355)

FI – tillsyn över c:a *4.300* finansiella företag enligt flera lagar

KemI, NaturvV, LSt, kommuner – miljötillsyn över c:a *1 miljon* objekt enligt MB m.m.

Vilka rättigheter har ett ”tillsynsobjekt” i mötet med en tillsynsmyndighet? (ska belysa …)

1. Vad krävs för ett ingripande?

- Ett klart stöd i sektorslag (ej råd, rekommendationer…)

2. Vem bär bördan av bristfällig bevisning, eller – annorlunda uttryckt – ska tillse att ärendet blir tillfredsställande utrett?

- Primärt myndigheten.

3. Åtgärder som återkallelse av tillstånd – eller ”informella näringsförbud” – kan vara djupt ingripande, likväl kan fråga uppkomma om rätten att överklaga.

- Rätt till domstolsprövning enl. EKMR art. 6.

Myndighetens roll kan vara oklar i sektorslag - ge akt som ombud

4. FÅR myndigheten ge vägledning inom ramen för sin tillsynsuppgift?

Om ej i sektorslag så i vart fall stöd i FL 4 § (service)

5. MÅSTE myndigheten ingripa med tvång/sanktioner eller finns utrymme för eget skön?

Beror helt på sektorslagen, författningsstödet måste dock vara otvetydigt

6. Får ett beslut förenas med vite?

VitesL 1 § förutsätter stöd i lag eller annan författning (eg. förordning)

Forts.

7. Får myndigheten besöka tillsynsobjektets lokaler?

Enbart om *klart författningsstöd*,

FRL 14:6 FI ”får när inspektionen anser att det är nödvändigt genomföra en undersökning hos ett försäkringsföretag”.

SkolL 26:21 - SI ”får i den omfattning det behövs för kvalitetsgranskningen rätt till tillträde till de byggnader, lokaler och andra utrymmen som används i verksamheten”.

En form av husrannsakan (RF 2:6), dvs. fri- och rättighet som förutsätter LAG.

Fakultetskurser

8. Får brottsprovokationer tillgripas?

JO 2972-2009 – kommunal nämnd engagerade ungdomar under 18 år att försöka köpa öl av tillsynsobjekten

AlkhL – förbjudet att sälja till person under 18 år (böter el. fängelse).

JO: Okonventionella tillsynsmetoder – ***dold myndighetsutövning***, krav på tydligt författningsstöd, vilket saknades.

Forts.

JO 1703-2007 FI genomförde platsundersökning genom att ”leka kunder”. *Lagstiftaren hade inte uppställt några hinder mot arbetssättet*, varför JO inte kunde påstå att FI ”agerat felaktigt eller emot gällande föreskrifter.” **(DOCK – om ingripande åtgärd krav på lagstöd – jfr förra fallet)**

Fast JO erinrade om att ”situation testing” kan komma i konflikt med gängse förvaltnings-rättsliga principer. En myndighets arbete ska präglas av ”tydlighet och öppenhet”. FI:s agerande stred mot ”*god förvaltningstradition*”

Kan återföras på legalitetsprincipen i RF 1:1

”Den offentliga makten utövas under lagarna”

Författningsstöd för beslutsfattande – ska garantera förutsebarhet & rättssäkerhet, fundamental rättsstatlig princip.

Ibland ENBART lag, medan i andra fall ok med förordning (regeringen) och föreskrifter (förvaltningsmyndigheter) efter delegation (se RF 2 & 8 kap).

Reell betydelse? …..

Fakultetskurser

Loomis okt. 2007

LR i Sthlm (nu FR) beslutade att *upphäva LSt:s beslut att återkalla bolagets tillstånd*.

LSt:s primära grund var att Loomis ej tillämpat ***RPS:s föreskrifter och allmänna råd om HUR utbildning av personal skulle bedrivas.***

Dock – ***åligganden*** av detta slag förutsätter ***lagstöd*** (ej enbart föreskrifter och än mindre allmänna råd). Måste pröva om personalen likväl var utbildad på fullgott sätt.

RÅ 2009 not 150 rättsprövning

LFV förverkade ett företags behörighets-handlingar för att vistas på Bromma flygplats. Fastställt av regeringen.

Hade ej angett ***vilka författningar*** som tillämpats. I *efterhand* hänvisades till *upphävda resp. ej korrekt offentliggjorda föreskrifter.*

RegR (nu HFD) upphävde regeringens beslut, *ej lagligen grundat*.

men… lag eller i realiteten allmänna råd?

FI:s ingrep mot **FondförsäkringsAB SEB Trygg Liv**, varning och **straffavgift** om 15 miljoner kr enl. FRL

- FI hänvisade till hur ***FFFS 2005:1***, om styrning och kontroll av finansiella företag, med krav på ”tillfreds-ställande kontroll samt god försäkringsstandard”. Dessa allmänna råd, förklarade FI, är *inte bindande för företaget, men i den mån ett företag väljer att lösa sin interna styrning och kontroll på ett annat sätt, bör dock företaget kunna* motivera sitt val.

Bolaget hade *saknat en samlad och självständig riskkontrollfunktion*. Bristerna ”***utgör alla överträ-delser av de rekommendationer som getts i Finansinspektionen allmänna råd.” … uppfyllde ej kraven ”enligt 1 kap. 1 a § FRL” ... FR/KamR/HFD?***

P Ström (fd HQ) uppmanade att avgå frivilligt från Öhmans styrelse annars riskerade detta bolag att förlora sitt tillstånd – ett principbeslut som enl. FI inte kunde överklagas

BFR 13:2 FI har tillsyn över kreditinstitut och över att dess *ägare och ledning uppfyller lämplighetskraven (*se 3:2). Tillstånd att driva bankrörelse etc. förutsätter att den som ska *ingå i styrelsen för företaget eller vara VD* i det .. ”har ***tillräcklig insikt och erfarenhet*** för att delta i ledningen av ett kreditinstitut och även ***i övrigt är lämplig*** *för en sådan uppgift*”.

1) Genom ***ledningsprövning*** kan ett bolag ***vägras tillstånd.***

Fakultetskurser

Forts.

2) Kan även återkalla ett bolags tillstånd om någon som ingår i styrelsen/VD *ej uppfyller ”de krav som anges i 3 kap. 2 § 4”* (BFR 15:2) - FI anmärker först och ger respit om max 3 månader för s.k. frivillig avgång.

Den utpekade drabbas av ett *informellt näringsförbud* på obestämd tid, en *djupt betungande myndighetsutövning.* Klar signal till marknadens bolag: Passa er! Anställ inte honom/henne för då ….

Fakultetskurser

Jfr med ”vanliga” näringsförbud

Lagen (1986:436) om näringsförbud (syfte att bekämpa allvarlig ekonomisk brottslighet).

- *allmän domstol beslutar* på talan av allmän åklagare,
- bistånd av en *offentlig försvarare,*
- förbudet *meddelas för en viss tid* (lägst tre och högst tio år) enligt *givna kriterier,*
- självfallet går det att *överklaga* (NJA 2009 s. 751)

Relatera till FI:s informella variant ….

FI:s ”svartlistning”: vag i konturerna ….

(WWN FT 2011 s. 513 ff.)

Hur argumentera för överklagande?

Oerhörda rättsverkningar/civil rättighet el. skyldighet.

Krav enligt *EKMR* (art. 6 och 13) på en *rättvis rättegång* och *effektiva rättsmedel.*

EU-rättslig angelägenhet – förutsätter domstolsprövning (rättsskyddsprincipen samt EU:s rättighetsstadga art. 47).

⇨ överklaga hos FR enligt *FL 22 a §* jämförd med *FL 3 § st. 2* (om att FL:s regler om överklagande alltid ska tillämpas ifall EKMR så kräver ….)

Överklaganderegler i sektorslag kontra FL

FL 22 a § ”Beslut överklagas hos allmän förvaltningsdomstol ……”, dvs. FR.

Men ….

FL 3 § st. 1.

> ”Om en annan lag eller en förordning innehåller någon bestämmelse som avviker från denna lag, gäller den bestämmelsen”.

(regler kan saknas eller så uppställs ett förbud att överklaga)

st. 2 Bestämmelserna om överklagande i denna lag tillämpas dock alltid om det behövs för att tillgodose ***rätten till domstolsprövning av civila rättigheter eller skyldigheter enligt artikel 6.1*** …

Fakultetskurser

KamR i Stockholm 2012-04-13 (4017-11)

FR fann likt FI att PS var ”olämplig” att sitta i Öhmans.

KamR upphävde beslutet. Pekade särskilt på att FI inte hade specificerat på vilket sätt S brustit i sitt ansvar. Det var inte tillräckligt, som FI hade gjort, att hänvisa till de brister som påtalats i tidigare beslut att återkalla HQ:s tillstånd. De belastande omständigheterna måste tydligt framgå i beslutet för att kraven på rättssäkerhet och transparens ska kunna anses tillgodosedda.

Reflektioner: 1) gick att överklaga och 2) gräns för ”luddigheten”

Vem bär ansvaret för utredningen?

Myndigheterna har ansvaret för utredningen och bär bördan för brister i bevisningen, även EU-krav på ”god förvaltning”.

FPL 8 § - *officialprincipen* gäller för förvaltnings-domstolar (t.ex. RÅ 2002 ref. 22 RÅ 1996 ref. 83 – inget ingripande om ej tillfredsställande utrett). Tillämpas ***analogt*** av förvaltningsmyndigheter (kodifiering föreslås i ny FL).

- *Förhandlingsprincip?* - ev. utveckling häremot om det är ”starka parter”, ofta bolag som företräds av jur. ombud .. Somliga myndigheter försöker hävda ….

Smygfilmning ingavs anonymt till myndighet

JO 1143-2008 X hade filmat Y, som hade färdtjänst p.g.a. funktionsnedsättning. Filmen visades hur Y var synnerligen aktiv på sin tomt. Kommunen använde materialet vid beslut att avslå ny ansökan. Inhämtade bl.a. ett nytt läkarutlåtande och denne läkare fick se filmen.

- **EKMR art 8** – skydd för privatlivet – ej ok om myndighet själv filmat eller gett privatspanare uppdrag. Däremot inget förbud i svensk lag mot smygfilmning.

Officialprincipen – myndigheten ska utreda. Fri bevisprövning, ok att nyttja ***allt*** för att få fram underlag.

Dock fel enl **FL 17 §** - kommunikation (OSL ok läkaren).

Universalmedel?

Ny reglering (livsmedel, djurskydd, finansiell verksamhet, etc.) – förutsätter kontroll av att regleringen efterleves –

TILLSYN är då ofta det förvaltnings-politiska universalmedel som förordas (trots att vi vet föga om de verkliga effekterna).

En lite motsägelsefull utveckling

Slutet av 1990-talet – intresset för tillsyn tilltog i spåren av *avreglering, bolagisering, privatisering och decentralisering….*Behovet av tillsyn BÖR minska eller?

Ex. skolan - kom-mu-nalisering (1991) och friskolereform (1992), dvs. långtgående privatisering.

2009 beräknades 15 % av landets grundskolor och 47 % av gymnasierna ha en fristående huvudman.

Konstaterade större skillnader landet runt gav staten ”kalla fötter”

- Skolinspektionen inrättades 2008 (bara tillsyn till skillnad från Skolverket)
- 2010 års SkolL – avser även ”enskild huvudman”
- SkolL 29 kap. 10 § - flertalet §§ i FL gäller även ”enskild huvudman” – jfr FL 1 § - lagen tillämpas eljest av ”förvaltningsmyndighet”, t.ex. en kommunal skola.
- Friskolekommittén – förbjuda vinstuttag mm. som påverkar kvalitet på ett negativt sätt?

SOU 2004:100 – förordade allmän tillsynslag (likt FL)

Totalt 230 lagar reglerar offentlig tillsyn

⇒ Behov av tydligare och effektivare tillsyn, mer enhetlighet.

Regeringen avfärdade lag men gav vissa *uttalanden* som man hoppas ska bli vägledande vid utformningen av nya sektorslagar ….

(se riksdagsskrivelse 2009/10:79, uppföljning av Statskontoret 2012).

Vad är tillsyn?

”verksamhet som avser *självständig granskning för att kontrollera om tillsynsobjekt uppfyller krav som följer av lagar och andra* ***bindande föreskrifter*** och vid behov kan leda till *beslut om åtgärder som syftar till att åstadkomma rättelse* av den objektsansvarige.”

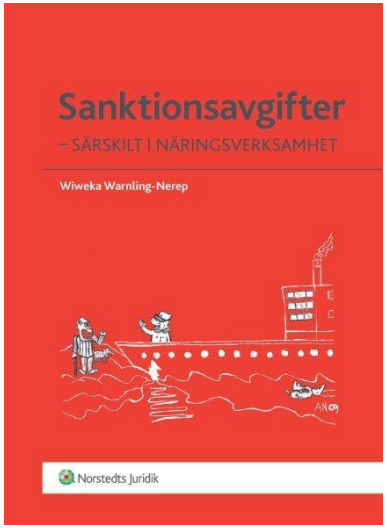
Varför bara fokus på repressiv tillsyn?

Forts.

Principiellt anses problem kunna uppstå om *tillsynsuppgifter* blandas med uppgifter som *främjande, tillståndsgivning och normering* .. myndighetens opartiskhet kan ifrågasättas

De facto har många myndigheter – som FI – just sådana blandade funktioner.

Sanktionsavgift – en ofta åtrådd sanktion vid lagförslag om tillsyn



1) I *lag uppställt hot* om att få betala ett *penningbelopp* om om man gör X eller underlåter att göra Y.

2) Träffar *fysiska* personer såväl som *juridiska.*

3) Normalt *inget krav på uppsåt/skuld*

4) *Förvaltningsmyndigheter* agerar (antingen direkt som FI eller genom att anm. till domstol som KKV)

5) Ofta *intervaller* i lagtexten, ibland *fasta belopp.* Kan vara utan övre gräns.

Fakultetskurser

BFR kap. 15

7 § Om ett kreditinstitut har meddelats *beslut om anmärkning eller varning* enligt 1 §, får Finansinspektionen besluta att institutet skall betala en *straffavgift. …*

8 § Straffavgiften skall fastställas till *lägst femtusen kronor och högst femtio miljoner kronor.*

Avgiften får inte överstiga tio procent av kreditinstitutets omsättning närmast föregående räkenskapsår. Om överträdelsen har skett under institutets första verksamhetsår eller om uppgifter om omsättningen annars saknas eller är bristfälliga, får den uppskattas.

9 § När straffavgiftens storlek fastställs, skall *särskild hänsyn tas till hur allvarlig den överträdelse* är som föranlett anmärkningen eller varningen och *hur länge överträdelsen* har pågått.

Fakultetskurser

EKMR art. 6

Förutom ***rätten till domstolsprövning*** enl. p 1 gäller följande:

”2. Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts (s.k. ***oskuldspresumtionen*** – i domstol anföra subjektiva omständigheter i enskilda fallet - **JÄMKNING**).

3. Var och en som blivit anklagad för brott har följande ***minimirättigheter***

a) att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom,

b) att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar,

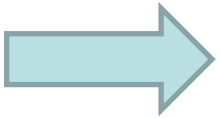
c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett etc.

Fakultetskurser

Europadomstolen – ”brottsanklagelse”

Lauko* resp. *Kadubec mot Slovakien*.** De väsentliga kriterierna var ***påföljdens natur och stränghet, medan möjligheten att *omvandla till fängelsestraff inte bedömdes som ett nödvändigt* kriterium.

Salabiaku mot Frankrike. En ***presumtion om skuld*** kan vara tillåten, om den hålls ***inom rimliga gränser***. Möjlighet att i domstol föra motbevisning mot presumtionen är nödvändig.



Får räkna med att sanktionsavgifter normalt hänförs hit. En *domstol* måste således kunna *pröva subjektiva omständigheter* i det enskilda fallet (*jämkning*).

Fakultetskurser

RÅ 2005 ref. 41

FI påförde särskild avgift med 1.430.634 kr enl AnmL 21 §. Bolaget försvarade sig med att FI hade underrättats genom ett grupptelefax från Börsens Informationstjänst, s.k. flaggningsmeddelande.

De åberopade handlingarna kunde enligt RegR:s bedömning inte accepteras som en anmälan enligt AnmL, varför grund att påföra särskild avgift förelåg.

FI hade emellertid beräknat avgiften felaktigt (max. 1.023.424 kr). Vid en prövning enligt *23 § om jämkning* (”särskilda skäl”) befanns den vara ”oskäligt hög” och sattes ned till hälften, dvs. till 511.712 kr.

Fakultetskurser

FINANSINSPEKTIONENS ”BANNBULLOR” OCH ANNAN NUTIDA FÖRVALTNING – EN FRÅGA OM LEGITIMITET

av Wiweka Warnling-Nerep

1. Bakgrund och inledande anmärkningar

Finansinspektionens bedömningar av vissa personer på den finansiella marknaden såsom ”icke önskvärda” har debatterats intensivt under våren 2011 och uttryck som ”svartlistning”, ”godtycklighet”, ”vag lagstiftning”, ”rättsövergrepp”, ”övertramp”, etc. har förekommit.[1] De mest fräna uttalandena har Pernilla Ström stått för sedan hon tvingades att lämna Öhmans Fondkommissions styrelse efter FI:s s.k. svartlistning till följd av hennes uppdrag i HQ AB. I en intervju i Dagens Industri förklarar hon att politikerna har ”närt ett monster i Finansinspektionen” och hon liknar myndighetens omfattande maktbefogenheter vid att ”sätta en kulspruta i händerna på en femåring”.[2] Det är givetvis inte ovanligt att personer som döms för brott eller kritiseras av någon tillsynsmyndighet tar illa vid sig, men när det gäller Finansinspektionen (FI) menar jag att kritiken bör begrundas närmare innan den s.a.s. läggs till handlingarna såsom finansmarknadsminister Peter Norman tycks förorda.[3] FI har nämligen *en för svenska myndigheter helt exceptionell maktställning*,[4] vilket motiverar sådan extra eftertanke. Jag menar att man ska under-

---

1 Se t.ex. Dagens Industri (Jenny Hedelin): 2 mars (Martin Andersson, FI:s chef, försvarar svartlistning av Pernilla Ström, fd ledamot i HQ AB), 7 mars (Lars Henriksson, prof. Handelshögskolan i Stockholm, betecknar svartlistningen som ett ”rättsligt övertramp”), 9 mars (Pernilla Ström förklarar att FI:s principbeslut ska överklagas), 28 mars (Stig Wilhelmson, fd VD på Carnegie, uttalar sig om sin orimliga situation), 30 mars (Per Håkansson, chefsjurist FI, förklarar sig enbart följa riksdagens beslut), 31 mars (FI – genom Per Håkansson – backar och uppger att Ström och Wilhelmson kan överklaga svartlistningen), 1 april (intervju med undertecknad, som varnar för maktkoncentration hos FI), 12 april (Tomas Billing, VD på Nordstjernan, attackerar ”FI:s makt”) och 15 april (finansmarknadsminister Peter Norman, uttalar stöd för FI och förutsätter att myndigheten har grund för sina beslut).

2 Se Dagens Industri 2 mars 2011 (om Martin Andersson ovan). Det kan noteras, att uttrycket ”barnsoldater med handgranater” är i omlopp sedan en längre tid tillbaka, men när Erik Nerep, professor vid Handelshögskolan i Stockholm, dristade sig till att återge det i en debatt med riksgäldsdirektör Bo Lundgren, (arrangerad av Advokatsamfundets Stockholmsavdelning och Juristföreningen i Stockholm) lämnade Lundgren helt sonika tillställningen som en reaktion på ”det förakt som visades mot den offentliga förvaltningen”, Realtid.se 2009-11-16.

3 Se DI den 15 april 2011.

4 Se Warnling-Nerep, Finansinspektionens tillsyn i perspektiv av legalitet och legitimitet, FT 2009 s. 389–427 (här s. 392): ”När en myndighet … är tillståndsgivare, tillsynsorgan, normgivare, pro-

söka *dels* vilken den *rättsliga grunden* är för beslut om ”bannbullor” eller ”svartlistning”, *dels* hur det egentligen är ställt med *möjligheten att få till stånd en överprövning*, vilket FI till en början påstod var uteslutet men senare kom att modifiera.[5] Rättsligt sett förtjänar följande att påtalas:

1) De *enskilda personer* som blir föremål för FI:s ”*svartlistning*”, i realiteten innebärande ett slags *informellt näringsförbud* på obestämd tid att arbeta på den finansiella marknaden, drabbas av en *djupt betungande myndighetsutövning* (se nedan avsnitt 4). Det vore *helt orimligt* att frånkänna dem klagorätt för att det ”enbart” skulle vara fråga om ett principbeslut, och att åtgärden dessutom primärt gäller det bolag som är eller har varit föremål för tillsyn (något som FI alltså primärt gjorde gällande).[6]
2) Dessa personer har berättigade krav enligt *Europakonventionen* på en *rättvis rättegång* – i domstol – med de rättssäkerhetsgarantier som är förenade därmed, något som f.ö. även följer av *EU-rätten*.[7] Aktuella lagar – som BFR och LIF[8] – utgör i hög grad implementering av olika EU-direktiv, och sålunda är det fråga om *EU-rättsliga angelägenheter*; en omständighet som föranledde Lagrådet att vid granskningen av förslaget till LIF påtala nödvändigheten av just domstolsprövning och effektiva rättsmedel.[9] Motsvarande rättigheter tillkommer självfallet *juridiska personer*, som t.ex. banker och kreditföretag.[10]
3) *Näringsförbud* utgör en allvarlig sanktion, med visst skydd i vår grundlag. I regeringsformen (1974:152, nedan RF) anges nämligen att näringsfriheten, innefattande rätt att ”driva näring eller utöva yrke”, endast får begränsas för att skydda ”angelägna allmänna intressen” (RF 2 kap. 17 §). Sådana

---

ducent av allmänna råd samt dessutom, åtminstone i praktiken, samtidigt agerar polis, åklagare och domstol, kan den samlade makten bli så stor att den 'förblindar', varvid myndighetsperspektivet riskerar att bli alltför snävt. Jag påstår inte att detta är fallet vad gäller FI, men det är värt att notera hur vi genom historian har försökt att begränsa makt genom delning av densamma”.

5 Det kan noteras, att om ett överklagande inges till FI som beslutsmyndighet ska FI endast göra en rättidsprövning och sedan överlämna överklagandet till Förvaltningsrätten (FR) för bedömning, något som dock beslutsinstanser emellanåt försummar eftersom lagstiftningen missförstås, se Warnling-Nerep, Förvaltningsbeslut – överklagande, rättsprövning eller annan domstolsprövning, 2011, s. 155 ff. (nedan Warnling-Nerep 2011).

6 Se Dagens Industri 28 mars 2011 (intervju med Stig Vilhelmson ovan) och vidare nedan avsnitt 5.

7 Se EU:s rättighetsstadga artikel 47 samt rättskyddsprincipen, Bernitz, Ulf, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt, JT 2010-11 s. 821 ff., Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 4 u. 2010 (nedan Bernitz & Kjellgren) s. 140 ff. samt även Warnling-Nerep (2011) s. 93 ff.

8 Lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse (BFR) och lagen (2004:46) om investeringsfonder (LIF).

9 Se prop. 2002/03:150 s. 457 (bil. 6).

10 Se Warnling-Nerep, Juridiska personer som bärare av mänskliga rättigheter, Juridisk Publikation 2010 s. 85 ff.

åtgärder, som utgör betungande offentlig rätt, förutsätter ett *otvetydigt lagstöd* (RF 8 kap. 2 § p. 2), vilket återfinns i lagen (1986:436) om näringsförbud, en lag tillkommen i syftet att bekämpa allvarlig ekonomisk brottslighet.[11] Här är det *allmän domstol som beslutar* på talan av allmän åklagare, den enskilde har bistånd av en offentlig försvarare (8 § och 8 a–e §§) och förbudet *meddelas för en viss tid* (lägst tre och högst tio år, 5 §) och självfallet går det att överklaga (jfr t.ex. NJA 2009 s. 751,[12] NJA 2007 s. 929 och NJA 2008 s. 697). Skillnaden mot FI:s s.k. svartlistning, synnerligen vag i konturerna, med FI som ensam beslutsinstans, och – som det tycks – tillgripen utan någon närmare utredning från FI:s sida, är iögonenfallande.

Jag ska i denna artikel försöka att sortera bland mina tankar kring vårens händelser. Först vidgas perspektivet *utanför* FI:s verksamhetsområde för att skissera vad som allmänt sett kan prövas gälla ifråga om författningsstöd, utredning och opartiskhet inom förvaltningen. Därefter ska jag undersöka vad de lagar som FI stöder sig på egentligen innehåller och vad eventuell avsaknad av överklaganderegler innebär. Den primära frågan som uppkommer blir om *lagarna är utformade på ett godtagbart sätt*, vilket finansmarknadsminister Peter Norman redan har konstaterat är fallet (se ovan). Vid en motsatt bedömning vilar ansvaret på lagstiftaren, dvs. i sista hand på riksdagen men även på regeringen, som i så fall kan ha öppnat upp för alltför långtgående myndighetsföreskrifter och ett icke rimligt godtycke när det gäller för enskilda djupt ingripande beslut.[13] Den sekundära frågan *blir hur FI tillämpar lagarna* och hur uppgiften som tillsynsorgan utövas.

2. ”Legalitet”, ”objektivitet” och ”god förvaltning” – principer utan innehåll?

En för mig naturlig utgångspunkt är att *offentlig makt* ska bedrivas *effektivt och i enlighet med författningarna* samt att beslutsfattarna ska vara *objektiva*.[14]

---

[11] Se prop. 1985/86:126. Jämte åklagare kan även Konkurrensverket ”föra talan” enligt den lagreglering som gäller (8 b § och 3 kap. 5 § konkurrenslagen (2008:579).

[12] Se Wennberg, Suzanne, Advokaters ansvar för mutbrott – en kommentar till en ny dom från Högsta domstolen, JT 2009/10 s. 691 ff.

[13] Jag har tidigare uttalat farhågor för att den s.k. moralpanik som rådde efter 1990-talets bankkris bidrog till tillkomsten av ett antal lagar som gav mycket omfattande och exceptionella maktbefogenheter åt FI, se Warnling-Nerep, Finansinspektionens tillsyn i perspektiv av legalitet och legitimitet, FT 2009 s. 389–427. Att det skulle vara fråga om skadeståndsgrundande fel från statsmakternas sida torde emellertid vara uteslutet, jfr Kleineman, Jan, Har politiker något ansvar? Festskrift till Lindencrona 2003, s. 539 ff.

[14] Se Warnling-Nerep, Till frågan om legalitet och retroaktivitet i svensk rätt, JT 2008/09 s. 835 ff.

Detta gäller för alla förvaltningsmyndigheter, så även för FI, en förvaltningsmyndighet bland många andra.[15] Lika centralt är iakttagandet av *allmänna rättsprinciper* och principen om *en god förvaltning* (proportionalitet, partsinsyn, kommunikation, beslutsmotivering, m.m.), manifesterade i förvaltningsrättsliga traditioner, i gällande förvaltningslag (1986:223, nedan FL) samt även i EU-rätten.[16] Häri ligger att det normalt är *myndigheterna som bär ansvaret för utredningen*, särskilt ifråga om betungande beslut (förelägganden, ingripanden, sanktioner, etc.), och det är således inte den enskilde som ska tvingas att bevisa sin egen oskuld eller lämplighet (se närmare nedan 4.2). Redan mot bakgrund härav ställer jag mig skeptisk till påståendet *att FI skulle få bedriva myndighetsutövning med en "omvänd bevisbörda"*, allt enligt Per Håkanssons (FI:s chefsjurist) utsaga, och med förklaringen att riksdagen "har ansett att det ska vara det".[17]

En närgången granskning av BFR och LIF utvisar i vart fall *inte* att det förhåller sig sålunda, tvärtom anges där inget närmare om själva utredningen; inte heller kompletterande förordningar eller relevanta lagmotiv[18] ger något stöd för ett sådant kategoriskt uttalande. Jag tillstår att jag inte har fingranskat FI:s alla föreskrifter, allmänna råd eller rapporter,[19] men vad som uttrycks däri kan ju i vart fall inte anses uttrycka "riksdagens vilja", och inte heller kan FI genom sina föreskrifter eliminera vad som eljest anses gälla förvaltningsrättsligt sett. Förvaltningslagen styr myndigheternas handläggning i den mån inte annat stipuleras i tillämplig specialförfattning, varmed avses "en annan lag eller en förordning" (FL 3 §), men varken motivuttalanden eller föreskrifter från FI ändrar denna ordning.[20] Tillika är det så att *om* en speciallag verkligen

---

[15] Betr. myndighetsstrukturen se Wennergren, Bertil, Offentlig förvaltning i arbete, uppl. 3, 2008, s. 18 ff.

[16] Begreppet "god förvaltning" härrör från EU-rätten och återfinns numera i EU:s rättighetsstadga artikel 41, se Bernitz s. 130. För en ingående redogörelse se Reichel, Jane, God förvaltning i EU och i Sverige, Stockholm, 2006 (ak. avh.). Därutöver gäller enligt EU:s allmänna rättsprinciper – att hänföra till EU:s primärrätt – krav på legalitet, proportionalitet, likabehandling, öppenhet, etc., se Bernitz & Kjellgren s. 105 ff. För ett inhemskt perspektiv se Bohlin, Alf & Warnling-Nerep, Wiweka, Förvaltningsrättens grunder, 2 u. 2007, s. 105 ff. (nedan Bohlin & Warnling-Nerep). Se även avsnittet benämnt "Grunderna för god förvaltning" i Förvaltningslagsutredningens betänkande, med förslag till kodifiering, SOU 2010:29 s. 139.

[17] Se DI den 30 mars 2011.

[18] Jfr dels förordningarna SFS 2004:75 och 329, dels t.ex. prop. 2002/03:139, prop. 2002/03:150, prop. 2004/05:142, prop. 2007/08:57 eller prop. 2008/09:155.

[19] Jfr t.ex. FFFS 2007:16, FFFS 2009:3, FFFS 2010:6 eller rapporterna Erfarenheter av tillsyn och regelutveckling (2010-05-18, Dnr 10-4558) samt Föreskrifter om ägar- och ledningsprövning – motivering samt behovs- och konsekvensanalys" (2009-09-28, FI Dnr 09-3117).

[20] FL är alltså subsidiär och avvikande "lag eller förordning" (däremot inte föreskrifter från en förvaltningsmyndighet) tar över, se FL 3 § st. 1. Subsidiariteten får dock vika om det är nödvändigt

skulle förläna FI obegränsade befogenheter på bekostnad av part, så skulle en sådan lag svårligen kunna upprätthållas. Till belysning härav kan erinras om vad grundlagstiftaren uttalade i samband med att det starkt kritiserade uppenbarhetsrekvisitet upphävdes.[21] Å ena sidan poängterades riksdagens centrala betydelse som ”grundlagens främsta uttolkare”, å den andra uppgavs ändringen tydliggöra att ”*det politiska beslutsfattandet i en rättsstat är bundet av vissa begränsningar.*”[22] Lagar som går utöver vad som vinner stöd i grundlagen (RF 2 kap.), Europakonventionen eller EU-rätten kan alltså stöta på patrull.[23]

De lagar som FI tillämpar styrs ofta av EU-direktiv, där nödvändigheten av effektivitet och ingripanden understryks,[24] något som dock inte får uppfattas så att EU:s allmänna rättsprinciper om legalitet, proportionalitet etc. skulle sakna relevans. Med hänvisning till Ulf Bernitz allmänna varningar, om hur det *EU-rättsliga genomslaget i Sverige får anses bristfälligt*, befarar jag att detta måhända även avser FI. Bernitz förklarar hur många svenska jurister ”fortfarande står rätt främmande inför europarätten”, med den troliga förklaringen att EU-rätten och svensk rätt ”i mycket är uttryck för olika rättskulturer”:[25]

”EU-rätten är ett öppnare rättssystem än det svenska, stadd i dynamisk utveckling och fortfarande med stora luckor och ofullständigt utformad lagstiftning. EU-rätten har emellertid en fast legal grundstruktur. Den har en stark inre logik och tillmäter den rättsliga systematiken större tyngd än vad som är normalt i svensk rätt. Den hämtar styrka ur normhierarkin och dess distinktion mellan primärrätt (fördragsrätt) och sekundärrätt (främst förordningar och direktiv). Primärrättens principer är normalt grundläggande för tillämpningen. EU-domstolen utgår gärna från dessa principer och fäster vid sin rättstillämpning särskild vikt vid vad som är huvudprinciper och vad som framstår som undantag. Man fäster också stor vikt vid de allmänna rättsprinciperna, t.ex. om proportionalitet … *De allmänna rätts-*

att tillämpa reglerna om överklagande till följd av europarättsliga krav (st. 2). Betr. denna konstruktion för hantering av oriktiga överklagandeförbud m.m. se Warnling-Nerep (2011) s. 14 f. och s. 151 ff.

[21] Jfr RF 11 kap. 14 och 12 kap. 10 §. En politiskt sett kontroversiell åtgärd som framtvingats av europeiseringen. Jfr prop. 2009/10:80 s. 145 ff. och Warnling-Nerep, Lagprövning och struket uppenbarhetsrekvisit & förbudet mot dubbelbestraffning, ERT 2011 s. 217 ff. med där givna referenser.

[22] Se prop. 2009/10:80 s. 148 och Warnling-Nerep a.a. ERT 2011 s. 220.

[23] EU-rätten innebär krav på företräde (se Bernitz & Kjellgren s. 217 ff.) medan Europakonventionen, om än inkorporerad och numera gällande som svensk lag (SFS 1994:1219) har en svagare ställning, särskilt med avseende på de kryptiska uttalanden som gjordes i samband med inkorporeringen. Betr. denna problematik se t.ex. Bernitz & Kjellgren s. 227 ff. och Nergelius, Joakim, Svensk statsrätt, uppl. 2, 2010, s. 176 ff.

[24] Jfr prop. 2002/03:150 t.ex. s. 101 f., s. 134 f., s. 167 f. betr. LIF, där f.ö. flera jämförelser görs med BFR.

[25] Se Bernitz, Ulf, Europarättens genomslag i svensk rätt – var står vi idag? JT 2009/10 s. 479 f.

principerna har ställning som primärrätt och spelar en viktig, utfyllande roll och betraktas av EU-domstolen såsom en europeisk jus commune" (kurs. tillagd).

Svenska jurister, skolade i lagpositivism, och möjligen med en kvardröjande misstro mot rättighetstänkande, allt i Uppsalaskolans anda,[26] ställs alltså inför särskilda svårigheter i mötet med denna europeiska rättskultur. Ett ingripande enligt BFR eller LIF, grundade på EU-direktiv och i så måtto rörande olika EU-rättsliga angelägenheter, befinner sig m.a.o. inte i något rättsligt vacum, där FI kan agera helt enligt sina egna normer.

Vilken är då den konkreta innebörden av ett legalitetskrav för FI:s handläggning? *Legalitetsprincipen* kommer till uttryck i RF 1 kap. 1 §, vari anges att den "offentliga makten utövas under lagarna" (st. 3). Maktutövningen ska alltså vara normbunden och därmed förutsebar, i motsats till godtycklig och svår att förutse.[27] Principen omnämns av Grundlagsutredningen (2008:125) såsom en "central princip", vilken knyter den "offentliga verksamheten till idén om rättsstaten": "Tanken är här att lagen binder alla statliga organ, således även riksdag och regering, på samma sätt som den binder medborgarna i allmänhet." För riksdagens del innebär principen att den inte får stifta en lag som är oförenlig med grundlagarna.[28] För FI:s del betyder den att myndigheten måste ha ett *författningsstöd* – mer eller mindre tydligt beroende av vad slags beslut det är fråga om – för all maktutövning. I så måtto är det t.ex. inte godtagbart att FI meddelar "eviga näringsförbud", i vart fall inte annat än om lagen uttryckligen stipulerar en sådan befogenhet, eller att ingripanden väsentligen grundas på en "överträdelse" av ett allmänt råd, något som jag tidigare ingående har utvecklat.[29] Fast det bör ärligen tilläggas, att FI inte ensam är ansvarig för uppkommen situation, utan *ansvaret faller primärt på lagstiftaren*, vilket jag återkommer till nedan (se avsnitt 4).

Objektivitetsprincipen (RF 1 kap. 9 §), vilken dock – såvitt mig är bekant – inte varit särskilt ifrågasatt i debatten våren 2011, innebär, kortfattat uttryckt, att handläggningen ska vara objektiv och saklig ("allas likhet inför lagen").[30] Myndigheterna ska inte låta sig styras av sådant som "kändisstatus", samhällsposition, etc. hos den som är part i ett ärende. Till belysning härav kan anföras JO 2006/07 s. 422, där en handläggare av bygglovsärenden kriti-

---

[26] Se a.a. s. 480.

[27] För en allmän kommentar se Warnling-Nerep m.fl., Statsrättens grunder, uppl. 3, 2010, s. 39 f. (nedan Warnling-Nerep m.fl.).

[28] Se SOU 2008:125 s. 374 f. samt även t.ex. s. 351 och s. 354 f.

[29] Se Warnling-Nerep, FT 2009 s. 398 ff. och s. 406 ff.

[30] Se Warnling-Nerep m.fl. s. 39 ff. och Bull, Thomas & Sterzel, Fredrik, Regeringsformen – en kommentar, 2010, s. 48 ff. och s. 58 f.

serades för att ha låtit sig styras av sitt allmänna ogillande av mobilmaster.[31] Av intresse är också JO 1990/91 s. 283, beskrivet av Förvaltningslagsutredningen som exempel på en ”total arrogans”:[32]

> En miljö- och hälsoskyddsnämnd hade *i strid med den tillämplig författning* avslagit en ansökan om att inrätta en enskild avloppsanläggning. Som grund därför uppgav nämnden att lagen var ”föråldrad och borde bytas ut”.

JO, som var mycket kritisk, hänvisade både till legalitets- och objektivitetsprincipen. Riksdagen kan visserligen ändra en lag, men så länge den gäller ska lagen givetvis tillämpas av myndigheterna. Här aktuella lagar, dvs. BFR och LIF, har emellertid en mycket vagare utformning än i exemplet ovan, vilket medför att det blir mycket svårare att uttala sig om vad som är en korrekt handläggning (se vidare nedan avsnitt 3).

Sammanfattningsvis kan antecknas, att ovan berörda principer inte saknar betydelse, men deras innebörd kan icke desto mindre framstå som oklar. I så måtto menar jag att Förvaltningslagsutredningens förslag – i ett avsnitt om ”Grunderna för god förvaltning” – är vällovligt. Med utgångspunkt i RF ska den nya förvaltningslagen förses med rubriken ”Legalitet, objektivitet och proportionalitet”, och 4 § formuleras som följer: ”En myndighet får endast vidta åtgärder som har stöd i lag eller annan föreskrift.” Utredningen förklarar sig enligt följande:[33]

> ”Det är inte helt ovanligt att *förvaltningsbeslut efter överklagande upphävs* med hänvisning till att det *nödvändiga författningsstödet för åtgärden saknats*.”

Utredningens förklaring är att det normalt torde vara fråga om en ”felaktig tolkning av tillämpliga – och kanske oklara – bestämmelser” samt att gränsen mellan oriktig rättstillämpning och avsaknaden av författningsstöd kan vara flytande. Men utredningen tillägger, att en genomgång av praxis utvisar att ”myndigheterna inte alltid är så noga med att söka stöd i lag eller annan författning för sina åtgärder”. Utredningen menar att risken för övertramp ökar ”i och med att klassisk förvaltning alltmer kommit att sammanblandas med

---

[31] Se även t.ex. JO 1999/00 s. 366 om hur JO betecknade det som ett ”flagrant avsteg” från objektivitetsprincipen att en byggnadsnämnd hade låtit ett företag bekosta ett extra sammanträde, där endast företagets eget ärende skulle behandlas. Förutom den iögonenfallande bristen på likabehandling fanns en risk att nämnden kunde brista i objektivitet till förmån för den som betalt för sammanträdet.

[32] Se SOU 2010:29 s. 146 samt även Warnling-Nerep, En introduktion till förvaltningsrätten, uppl. 9, 2008, s. 13 (nedan En introduktion).

[33] Se SOU 2010:29 s. 145.

informationsuppgifter och mera kundrelaterade aktiviteter"[34] (jfr nedan avsnitt 3).

Jag menar att *respekten för såväl rättstaten som demokratin* påbjuder att staten kan garantera både legalitet och objektivitet i sin förvaltning, och att detta är grundläggande värden som regeringen rimligtvis bör inskärpa hos *sina* förvaltningsmyndigheter (jfr RF 12 kap. 1 §). I annat fall riskeras, som Fredrik Sterzel har påtalat, det "medborgerliga förtroendet" för verksamheten.[35] Även om FI:s tillsynsverksamhet är dokumenterat viktig, något som 1990-talet bankkris definitivt indikerar, så får detta omvända perspektiv inte försummas: *Tilltron till tillsynen är minst lika viktig som tillsynen i sig* och betydelsen av en "god förvaltning" är central. Saken brukar även uttryckas så att den offentliga makten kan *förlora legitimitet* i den mån möjligheten att kontrollera den saknas.[36] Jag befarar att den tätnande kritik som träffar FI är långt allvarligare än en "förolämpning mot förvaltningen" (jfr ovan avsnitt 1), och man bör knappast bortse från att vi kan närma oss *ett slags legitimitetskris*: Bedömare i allmänhet liksom de som omfattas av tillsynen förlorar alltså förtroendet för densamma. Påstående i motsatt riktning om att finansmarknadens aktörer "ändå är skurkar" och inte förtjänar något rättsskydd ämnar jag inte bemöta annat än genom en påminnelse om att ingen ska dömas ohörd, en grundläggande rättssäkerhetsgaranti för *alla*.

3. Bannbullor, icke-beslut och omvänd bevisbörda – en ny svensk förvaltningstradition?

Hör sådant som s.k. bannbullor,[37] icke-beslut, vilseledande pressmeddelande med braskande rubriker eller omvänd bevisbörda, dvs. den mot vilket ett ingripande görs måste själv bevisa sin oskuld, till en ny svensk förvaltningstradition? Knappast, och jag föreställer mig f.ö. att den svenska tjänstemannakåren allmänt sett har ett gott rykte,[38] inte minst internationellt sett där system med mutor och möjligheten att "köpa sig förbi" köer på sina håll kan

---

[34] SOU 2010:29 s. 148. Jfr Dan Hanqvists reflektioner, Kreditvärderingsinstitutens roll och reglering, FT 2010 s. 370 f.

[35] Se Sterzel, Fredrik, Granskningsmakten, i Svensk författningspolitik, uppl. 2, 2003, (red. Mattsson & Petersson) s. 253.

[36] Se Warnling-Nerep, a.a. FT 2009 s. 390. Detta har diskuterats intensivt med avseende på EU i termer av EU:s "demokratiska underskott, se t.ex. Bernitz & Kjellgren s. 74 och Ryttar, Bengt-Ola, En demokratifundamentalists syn på EU, SvJT 2003 s. 468 ff.

[37] En bannbulla eller bannlysning förekom förr inom kyrkan som straff för sådant som villoläror, ogudaktigt leverne eller ohörsamhet mot kyrkans myndighet, och kunde innebära en total samhällelig utfrysning.

[38] Jfr t.ex. Wennergren a.a. s. 19 f. och s. 23 ff. om vår tjänstemannakår.

vara så etablerade att ingen nämnvärt reagerar. Såtillvida menar jag att det känns betryggande att JO faktiskt uppmärksammar avsteg från grundläggande rättsprinciper och ingriper när tjänstemän går utanför de ramar som vår grundlag och andra lagar ger (som t.ex. i JO 2006/07 s. 422 eller JO 1990/91 s. 283 ovan). Den som anser sig vara utsatt för felaktiga beslut eller direkta övertramp måste självfallet både få överklaga och JO-anmäla, men också tillåtas ge uttryck för sitt missnöje i den offentliga debatten, en *yttrandefrihet* som även tillkommer forskare och andra debattörer. Härvidlag kan FI knappast få vara fredad och riksgäldsdirektör Bo Lundgrens abrupta reträtt från en pågående debatt med förklaringen att den ”offentliga förvaltningen” visades ett ”förakt” är illavarslande (se ovan noten 2). Munkavlar av alla de slag måste motverkas, för de hör helt enkelt inte hemma i en öppen demokrati, där yttrandefrihet och förbud mot censur brukar skattas högt.[39]

Fråga uppkommer om den traditionella bilden av den oväldige svenske tjänstemannen håller på att naggas i kanten. Givetvis har vi inte varit befriade från diverse skandaler genom tiderna, och jag påminner här om *Sjöfartsverkets blunder i samband med Tsesis-olyckan på 1970-talet*. Verkets hantering av ”fången på fyren” kastade en mörk skugga över verksamheten, och särskilt de attityder som då kunde förmärkas hos ledningen ingav betänkligheter: Kollegialitet och egen arbetsro var viktigare än korrekta beslut och en ”bannbulla” ledde till total isolering av den anställde som vågat protestera mot ett felaktigt sjökort.[40] Med tanke på att samma sak faktiskt kan inträffa även idag,[41] lagarna är i vart fall inte ändrade på något avgörande sätt, menar jag att Konstitutionsutskottets initiativ om en utredning av frågan om ett mer allmänt skydd för s.k. whistle-blowers är lovvärt.[42]

---

[39] Se Warnling-Nerep, Wiweka & Bernitz, Hedvig, En orientering i tryckfrihet & yttrandefrihet, uppl. 3, 2008, s. 9 f.

[40] Tjänstemannen ifråga, Anders Ahlmark, var kartograf på Sjöfartsverket och menade att verkets försummelser bidrog till Tsesis-olyckan 1977. Verket i sin tur fritog sig från allt ansvar och skyllde på fartygets kapten samt lotsen. Ahlmark skrev själv en bok om det inträffade under titeln ”Fången på fyren” (http://fangenpafyren.blogspot.com/). Det bör tilläggas att HD gav Ahlmark rätt i sak genom NJA 1983 s. 3 och rederiet fick ersättning. Sjömätningsledaren hade underlåtit att enligt sin instruktion rapportera upptäckten av grundet ifråga och HD angav:.” En sådan rapportering antogs skola ha föranlett såväl rättelse av sjökortet som utprickning av grundet och omsektorering av en fyr norr därom. Då det vidare antogs att, om sådana åtgärder vidtagits, grundstötningen inte skulle ha inträffat och då något vållande till olyckan befanns inte ha förelegat på rederiets sida, ansågs grundstötningen i sin helhet ha orsakats genom vållande av staten”.

[41] Jfr Engelmark, L., ”Fången på fyren. I princip kan samma sak hända idag”, 2010-11-01, www.socionomen.nu.

[42] Se 2010/11:KU23 där utskottet föreslår att riksdagen ger till känna för regeringen att en översyn av lagstiftningen bör göras för att stärka och skydda den enskildes möjlighet att påtala och slå larm vid korruption och andra oegentligheter. Avsikten är alltså ett mer allmänt skydd än vad den pågående utredningen om mutbrott haft som sitt uppdrag (jfr dir. 2009:15).

En helt annan dimension av här uppmärksammad problematik är den företeelsen att myndigheter *undviker att fatta formella beslut utan hellre agerar genom "icke-beslut"*, något som kan ta sig uttryck i t.ex. *ren information eller principbeslut* (det senare var fallet beträffande Pernilla Ström och jag återkommer därtill nedan avsnitt 4–5). En avgörande skillnaden mellan sedvanliga beslut och mer vaga former av beslut är att de förra normalt kan överklagas av den som berörs (jfr FL 22 §), medan de senare möjligen inte kan det.[43] Ett ofta omtalat exempel utgör RÅ 2004 ref. 8, om *Livsmedelsverkets s.k. informationsbeslut*, innebärande att vissa italienska olivoljor skulle vara hälsovådliga, något som f.ö. kom att betecknas som just en "bannlysning".[44] Informationen ifråga återgavs mycket brett – i ett pressmeddelande, på verkets hemsida och genom skrivelser till bl.a. landets alla miljö- och hälsoskyddsnämnder, vilka f.ö. uppmanades att ingripa. Effekten blev påtaglig genom att de utpekade produkterna snabbt försvann från butikshyllorna, men när berörda parter ville överklaga fick de beskedet att det enbart var fråga om information. RegR fann anledning att uttala sig som följer:

"Regeringsrätten finner att Livsmedelsverket i *det överklagade informationsbeslutet* inkluderat element hänförliga till verkets uppgift att genom påbud och förbud ingripa inom livsmedelsområdet. Utformningen av beslutet har hos de berörda skapat intrycket, att det var fråga om ett ingripande i konkreta fall, och de har agerat i enlighet härmed. Genom att på detta sätt *inte klart hålla isär sina olika funktioner har verket gått utöver vad som innefattas i dess uppgift att lämna information*. Beslutet ska därför *undanröjas*" (kurs. tillagd).

Genom det sätt på vilket informationsbeslutet hade utformats ansågs det vara ägnat att uppfattas som "bindande", med följd att det trots allt kunde få en verkan enligt sitt innehåll, något som det faktiska händelseförloppet också visade. På så sätt kan man möjligen uppfatta beslutet ifråga som en slags *nullitet* (intighet). Det var m.a.o. fråga om en kvalificerad felaktighet som kunde behöva fastslås, och det bör noteras hur domen hade betydelse för den fortsatta skadeståndsprocessen.[45] Om en myndighet bedömer att en viss vara är farlig ska den naturligtvis ingripa, men ett ingripande ska ske med grund i befintligt regelverk och inte utanför detsamma.

---

[43] Jfr Bohlin & Warnling-Nerep s. 246 ff. samt även Warnling-Nerep (2011) s. 39 ff. och s. 159 ff.

[44] Se "Bannlysning av olivolja", 24 september 2003 (www.infotorg.se).

[45] Myndigheter kan bli ansvariga enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen vid felaktig myndighetsinformation, en fråga som f.n. är föremål för bedömning i ett konventionsperspektiv, se SOU 2010:87. Vad avser Livsmedelsverket kom en fortsättning till stånd i Uppsala TR, och staten förpliktades den 10 sept. 2004 att till Di Luca AB utge skadestånd m.m. om drygt 1,5 miljoner kronor. Domen överklagades till Svea HovR (mål T 7708-04, avd. 7), varefter en förlikning kom till stånd; se Nerep, Erik & Warnling-Nerep, Wiweka, Marknad och myndighet, uppl. 2, 2010, s. 21 f.

Med avseende på felaktig information är det även värt att påminna om hur *FI i sitt pressmeddelande avseende Carnegie* presenterade grunderna för sitt ingripande på ett sätt som i vart fall jag menar är främmande för svensk förvaltningstradition. I FI:s beslut den 27 sept. 2007 (dnr 07-6125) fanns en spektakulär och tillika osann rubrik, ”*Penningtvätt och finansiering av särskilt allvarlig brottslighet*”.[46] Fråga uppkom vid presskonferensen om Carnegie verkligen hade granskats med sikte på vad rubriken angav. Dåvarande generaldirektören Ingrid Bonde replikerade ”penningtvättfrågan?”, och vände sig mot sin biträdande generaldirektör Gent Jansson, som uppgav, att det ”fanns anledning att rikta kritik mot hur *bankens interna regelverk såg ut när det gällde hanteringen av för att förebygga risk för penningtvätt och terroristfinansiering*”.[47] På så sätt klargjordes visserligen att företrädare för Carnegie *inte* hade beslagits med brotten ”penningtvätt och terroristfinansiering”, dvs. som rubriken indikerade, utan vad FI kritiserat var bolagets interna riktlinjer i ämnet, men skadan torde redan ha varit skedd. Länge efteråt fanns bedömare som angav att FI:s beslut måste ha varit korrekt när bolaget inlåtit sig på så allvarlig brottslighet som terroristfinansiering. Jag menar att man av en myndighet måste kunna kräva att den i sin information *skiljer mellan* att ett kritiserat *tillsynsobjekt faktiskt anklagas för penningtvätt eller terroristfinansiering*, och att bolagets *interna regler för att stävja sådan brottslighet bedöms som undermåliga med hänsyn till inspektionens allmänna råd*. Det blir ju så att säga fråga om kritik av helt artskild dignitet.[48]

I förlängningen därav aktualiseras de frågor som jag antydde redan år 2009, dels *varför* FI presenterar saken på ett sådant sätt, dels *varför* ett s.k. tillsynsobjekt finner sig i ett dylikt beslut och inte ser till att det underkastas en prövning i domstol. Något svar på den förra frågan har jag inte fått eller kunnat identifiera (annat än möjligen av mycket konspiratorisk art), medan den senare frågan torde ha fått ett sannolikt svar. Initialt gör de s.k. tillsynsobjekten allt för att blidka FI och övergången till att vilja JO-anmäla eller överklaga kan bli abrupt. Dessutom förhåller det sig så att när ett ägarbyte tvingas fram, som beträffande HQ eller Carnegie, försvinner intresset att överklaga för de nya ägarna eller företrädarna, vilka tvärtom torde vara måna om att upprätthålla en god relation med FI. De gamla ägarna kan däremot ställas inför avsevärda svårigheter att få till stånd en överprövning i domstol.[49]

---

[46] Se beslutet s. 34 samt p. 7 i innehållsförteckningen.

[47] Uttalandet utgör en utskrift från presskonferensen.

[48] Se Warnling-Nerep, FT 2009 s. 426.

[49] Se Dagens Industri den 28 feb. 2011 ”Kammarrätten nobbar HQ-talan mot FI”. Beträffande denna problematik se även Warnling-Nerep, En ”europeiserad” talerätt i förvaltningsprocessen? Juridisk Publikation, 2011 s. 119–127 (särskilt s. 122 ff.).

Prejudikaten – liksom tillsynsbesluten från JO eller JK – avseende FI:s verksamhet är m.a.o. fåtaliga, men jag påminner om de farhågor som jag uttalade redan år 2009, nämligen om att *FI helt enkelt skulle sakna "goda förvaltningstraditioner"*. Istället ges prioritet åt s.a.s. moderna metoder med ett *oklart författningsstöd*, allt i syfte att kraftfullt utöva tillsyn över finansmarknadens aktörer.[50] Den granskning som JK företog i fallet Njord[51] är alltså av fortsatt intresse. JK anmärkte på "oklart författningsstöd" och poängterade att åtskillnad måste göras mellan den lagreglerade, *formella tillsynen och den mer informella tillsyn* som också förekom. Njord-fallet komplicerades av att FI tagit över efter Försäkringsinspektionen under arbetets gång, men JK angav att inspektionen "redan i ett tidigt skede … skulle ha initierat ett formellt tillsynsärende med vad därtill hör" och lagstödet för ingripandet var ifrågasatt. Den "allvarliga reprimand" som FI uttalat föreföll, enligt JK, "ge beslutet en gentemot de berörda personerna disciplinär anstrykning som inte synes innefattad i sanktionssystemets syften". Därmed fanns, enligt JK, starka skäl som talade för att FI:s beslut att meddela Njord och dess styrelse en allvarlig erinran faktiskt borde undanröjas.

Av visst intresse i sammanhanget är även JO 1978/79 s. 399 ff. avseende FI:s föregångare, Bankinspektionen, och dess befogenheter vid tillsyn. JO hade här liknande synpunkter som JK på hur "oförbindande råd" och påpekanden nyttjades som alternativ till "mera ingripande formella åtgärder" och JO angav bl.a. att en myndighet inte får gå längre "än dess befogenheter sträcker sig eller uttrycka sig på sätt som inger vilseledande föreställningar om dess kompetens". Fast det kan vara svårt att kritisera FI genom den *utformning* som här *aktuella lagar* har, vilket berördes i JO 1703-2007, där FI:s arbetsmetod i en tillsynsutredning likväl sattes ifråga. FI uppgavs ha besökt sina tillsynsobjekt under falska förespeglingar. JO noterade hur FI själv hade utrett "om det kunde anses strida mot författning eller i övrigt vara olämpligt att myndighetens personal som en tillsynsmetod agerade kunder", varvid bl.a. beaktats vad JO uttalat om brottsprovokation i polisutredningar. JO konkluderade att några "närmare bestämmelser" om hur en platsundersökning ska gå till saknas och *lagstiftaren hade inte uppställt några hinder mot arbetssättet*, varför JO inte kunde göra gällande att FI "agerat felaktigt eller emot gällande föreskrifter." JO erinrade emellertid om JO:s tidigare uttalanden om att "situation testing" kan komma i konflikt med gängse förvaltningsrättsliga principer om öppenhet och offentlighet. En myndighets arbete ska präglas av "tydlighet och öppenhet" och JO tillade att det *strider "mot god förvaltnings-*

[50] Fallen nedan återger i komprimerat skick vad jag tidigare skrivit i FT 2009 s. 408 ff.

[51] JK:s beslut den 16 juli 1992, dnr 4353-91-20, och även den 8 december 1993, dnr 2758-92-21.

tradition” att vidta åtgärder ”där motivet är ett annat än det som det synes vara”. Lagstiftaren borde, förklarade JO, ge anvisningar ”bl.a. om i vilken omfattning och på vilket sätt myndigheterna har möjlighet att vidta åtgärder där motivet är ett annat än det som det synes vara.” Det kan tilläggas att sådana regler numera har tillkommit, dock inte innebärande att FI får agera under falska förespeglingar.[52] Av visst intresse är också hur Riksgäldskontoret, hörd såsom remissinstans över förslaget till LIF, vände sig emot nyttjandet av det lösliga begreppet ”sund” och eftersökte ”uppföranderegleran som ger tydligare vägledning för berörda företag, liksom för tillsyn och ingripanden från Finansinspektionen.” Regeringen synes emellertid ha avfärdat detta med en något svepande hänvisning till den ledning som FI:s allmänna råd ger och till innehållet i UCITS-direktivet.[53]

Även med detta begränsade material som stöd vågar jag påstå, att finansmarknadsministerns förhållningssätt synes vara aningen perspektivlöst (jfr ovan noten 1). Problem och frågetecken avseende FI:s tillsyn är alltså inte något nytt, men regeringen synes ha valt att inte särskilt hörsamma de olika farhågor som framförts från JO, JK eller remissinstanser m.fl. Om vi lämnar området för FI:s verksamhet finns ett nytt avgörande av intresse från JO från den 16 april 2010 (JO 1046-2009), avseende Migrationsverkets s.k. svartlistning av advokater. JO fann anledning till skarp kritik mot verket för att det helt formlöst hade förklarat en advokat som olämplig som offentligt biträde. Verkets rutiner måste ändras, förklarade JO, så att beslut av detta slag blir överklagbara. Jämförelsen med FI:s ”formlösa” svartlistning torde vara uppenbar (se vidare nedan avsnitt 4). Något skadestånd

4. FI:s tillsyn i allmänhet och åtgärder mot ”misshagliga personer” i synnerhet

FI är en relativt ung myndighet, tillkommen 1991, då de tidigare tillsynsorganen Försäkrings- och Bankinspektionen upphörde, något som självfallet kan ha betydelse för avsaknaden av ”goda förvaltningstraditioner” och nyttjandet av sådana mer moderna, ibland närmast aggressiva, tillsynsmetoder som JO anmärkte på (se ovan avsnitt 2). I betänkandet om den framtida finansiella tillsynen (SOU 2003:22) uttalades farhågor för hur denna ”unga” myndighet skulle hantera planerad expansion. Verksamheten skulle gå från traditionell tillsyn och kontroll av ”efterlevnaden av givna regler” till att bli ”inriktad på att aktivt utveckla och anpassa regelverk, analysera företagens

[52] Se Hanqvist, FT 2010 s. 372.
[53] Se prop. 2002/03:150 s. 164 och s. 165 f.

riskexponeringar och riskhantering och överhuvudtaget agera proaktivt".[54] De slutsatser som drogs var att FI behövde "större resurser … för att klara sina åtaganden på ett rimligt sätt", fast med det vällovliga tillägget, att FI:s "framtida styrning och utvärdering blir än viktigare" och med en antydan om den risk för s.k. maktfullkomlighet som jag ovan har påtalat.[55]

I samband med implementering av *EU:s marknadsmissbruksdirektiv* hänförde sig lagstiftaren *dels* till artikel 12.2 h, om att den behöriga myndigheten ska ha rätt att begära tillfälligt förbud mot utövande av yrkesverksamhet, *dels* till ovan nämnd lag om näringsförbud som beslutas av allmän domstol. Vidare erinrades bl.a. om förekomsten av BFR 15 kap. 2 § och att FI kan "återkalla tillståndet att bedriva verksamheten om någon som ingår i styrelsen, är verkställande direktör eller vice verkställande direktör inte uppfyller respektive lags krav på lämplighet." Bestämmelserna innebär, tillades det, "*i praktiken att inspektionen kan hindra olämpliga personer från att inneha vissa uppdrag*"[56] (kurs. tillagd). En lite med djuplodande analys av vad detta s.a.s. indirekta förbud innebär hade onekligen varit önskvärd, men undfallenheten synes närmast vara symptomatisk. Lagstiftarens ansvar för FI:s både långtgående och diffusa befogenheter kan – återigen – knappast undanskymmas (jfr ovan avsnitt 3), något som ska utvecklas närmare nedan.

4.1 En granskning av lagstödet i BFR och LIF

Var finns det rättsliga stödet – och hur är det egentligen beskaffat – för de åtgärder som har tillgripits mot Wilhelmson och Ström (se ovan avsnitt 1). I BFR, den lag som fått utgöra mall för flera efterföljande lagar, och som jag därför väljer som utgångspunkt, anges följande i kap. 13, om tillsynen och dess omfattning (2 §):[57]

"Finansinspektionen har tillsyn över kreditinstitut och utländska kreditinstitut som inrättat filial enligt 4 kap. 4 §.

För ett kreditinstitut omfattar tillsynen att rörelsen drivs enligt

1. denna lag,
2. andra författningar som reglerar institutets verksamhet,
3. institutets bolagsordning, stadgar eller reglemente, och
4. interna instruktioner som har sin grund i författningar som reglerar institutets verksamhet.

---

[54] Se SOU 2003:22 s. 9 ff.

[55] A.a. s. 131 och s. 136.

[56] Se prop. 2004/05:142 s. 123.

[57] Betr. fondbolag se motsvarande föreskrifter i LIF se 10 kap. 1 §. Se även kap. 11 om tillsyn av ägares lämplighet.

Inspektionen har dessutom tillsyn över att *kreditinstitutets ägare och ledning uppfyller lämplighetskraven i denna lag*” (kurs. tillagd).

I BFR 15 kap. – om ingripanden – anges vidare, att FI ska ingripa om ett kreditinstitut har åsidosatt sina författningsstadgade skyldigheter och att detta kan göras genom olika förelägganden, förbud, anmärkningar, varning eller återkallelse av tillstånd (1 §). Av 2 § följer vidare att ett tillstånd ska återkallas om ”någon som *ingår i ett kreditinstituts styrelse eller är dess verkställande direktör inte uppfyller de krav som anges i 3 kap. 2 § 4*” (kurs. tillagd), fast med tillägget, att FI först ska anmärka på personen ifråga och om han eller hon, sedan en av FI bestämd tid om högst tre månader har gått till ända, ”fortfarande finns kvar i styrelsen eller som verkställande direktör”. Som ett alternativ till återkallelse kan FI besluta att ”en styrelseledamot eller verkställande direktör inte längre får vara det.” Det lagrum i kap. 3 till vilket hänvisning ges lyder som följer (2 §):[58]

”Ett svenskt företag ska ges tillstånd att driva bankrörelse eller finansieringsrörelse, om … 4. den som ska *ingå i styrelsen för företaget eller vara verkställande direktör* i det, eller vara ersättare för någon av dem, har *tillräcklig insikt och erfarenhet* för att delta i ledningen av ett kreditinstitut och även *i övrigt är lämplig för en sådan uppgift*” (kurs. tillagd).

Det har varit fråga om flera lagändringar – ofta föranledda av något EU-direktiv – men lagmotiven är inte särskilt utförliga i någotdera avseende.[59] Så anges t.ex. i prop. 2008/09:155 följande (s. 89):

”Enligt förvärvsdirektivet ska även den tilltänkta ledningens anseende och erfarenhet vägas in vid ägarprövningen. Prövningen ska enligt direktivet avse de personer som till följd av det tilltänkta förvärvet kommer att leda kreditinstitutet. Något motsvarande kriterium finns inte i de befintliga ägarprövningsreglerna. Det är *heller inte självklart hur det ska tolkas*” (kurs. tillagd).

Ännu ett exempel kan ges – ur prop. 2002/03:139 – varav framgår att det var regeringen som i lagstiftningsarbetets ”elfte timme” bidrog med reglerna om att avsätta en ”olämplig” VD eller styrelseledamot (s. 386):

”De av kommittén föreslagna bestämmelserna ger dock inte inspektionen möjlighet att avsätta en eller flera styrelseledamöter eller verkställande direktörer som bedöms olämpliga. Detta kan dock i vissa fall vara bättre än att återkalla tillståndet. Finansinspektionen bör därför ges en sådan möjlighet.”

---

[58] Betr. ingripanden enligt LIF se 12 kap. 1–3 §§ samt de allmänna förutsättningarna i 2 kap. 1 § på ”tillräcklig insikt och erfarenhet” hos ledningen.

[59] Jfr prop. 2008/09:155 men även t.ex. prop. 2002/03:139, 2002/03:150, 2004/05:142, 2007/08:57och SOU 2003:22.

I specialkommentaren förtydligas som följer (s. 549):

”Avsikten är att detta alternativ ska kunna väljas i stället för återkallelse i de fall då det finns brister i ledningen i ett i övrigt livskraftigt institut och institutet inte förmår ändra på situationen.”

Däremot finns, som ovan angetts (se avsnitt 2), rikligt av FI:s eget material att tillgå, i form av föreskrifter och allmänna råd samt även promemorior, som t.ex. ”Föreskrifter om ägar- och ledningsprövning – motivering samt behovs- och konsekvensanalys” (2009-09-28, FI Dnr 09-3117, totalt 24 sidor). I nu nämnda promemoria anges följande av särskilt intresse (s. 5–6):

”Finansinspektionen har *bemyndigande att utfärda föreskrifter* vad gäller ägar- och ledningsprövningar. Bemyndigandena framgår av förordningarna för respektive verksamhetsområde, jämför förslagen till nya och ändrade föreskrifter. …. Sverige är *skyldigt att genomföra förvärvsdirektivet i den nationella lagstiftningen*. Direktivet ställer krav på att det finns en förteckning allmänt tillgänglig över samtliga uppgifter som ska bifogas en ansökan. *Av regeringens proposition framgår att detta anses uppfyllt genom att uppgiftskraven preciseras i föreskrifter* (noten 9 prop. 2008/09:155 s. 178). *Finansinspektionen ser därmed inga andra möjligheter än att införliva de nya reglerna i föreskrifter*” (kurs. tillagd).

Formuleringarna ger en antydan om att inte heller FI tycks anse att situationen är optimal i ett legalitetsperspektiv, utan att det är riksdagen – och regeringen – som helt sonika har överlåtit åt FI att ensam agera – genom föreskrifter – för att uppfylla vad man uppfattar som krav enligt diverse EU-direktiv.[60] Frågan om vad som kan och bör överlåtas åt en förvaltningsmyndighet och vad som istället kräver lag (från riksdagen) – eller åtminstone förordning (från regeringen) – låter sig dock inte besvaras på något enkelt sätt.[61]

Sammanfattningsvis bör noteras, att det är fråga om två olika slags ingripanden från FI:s sida, även om de i debatten kommit att sammanfattas som ”svartlistning” eller ”bannbullor”. Det är dels fråga om 1) en s.k. *ledningsprövning* som FI utför i samband med att *ett bolag ansöker om tillstånd* (BFR 3 kap. 2 §/LIF 2 kap. 1 §), dels 2) *sanktioner* som FI kan tillgripa *mot ledningen som ett alternativ att ingripa mot själva tillsynsobjektet* (BFR 15 kap. 1–2 §§/LIF 12 kap. 1–3 §§). Den senare varianten är mer påtaglig och substantiell än den förra, där det av lagen inte framgår vilka konsekvenserna blir för den som omfattas av ledningsprövningen. Åtgärderna kan f.ö. sammanfalla, vilket händelserna våren 2011 utvisar. Ovan omnämnd intervju med Wilhemson

---

[60] Betr. de utökade bemyndigandena se även anförd promemoria s. 10 f.

[61] För en utförlig redogörelse, om än med fokus på sanktionsavgifter, se Warnling-Nerep, Sanktionsavgifter – särskilt i näringsverksamhet, 2010, s. 115–124.

(se noten 1) indikerar, att FI:s s.k. stämpling av någon som ”olämplig” är minst lika påtalig som SÄPO:s om säkerhetsrisker:[62]

Efter 18 år som VD på Carnegie ”sparkades” han utan förvarning av FI och fick under hand veta att FI framgent skulle komma att anse honom som olämplig. Han jämför med den förmånliga behandling som ”varenda misstänkt brottsling” får, men själv fick han veta att han inte kunde överklaga, eftersom sanktionen riktades mot företaget.

Det är alltså fråga om en icke tidsbegränsad ”bannbulla”, där möjligheten att överklaga varit ifrågasatt. För de personer som omfattas av FI:s ingripanden – dvs. att nekas ingå i ledningen för ett visst bolag eller att ”frivilligt” tvingas avgå från sin befattning – torde effekterna bli snarlika, dvs. en avsevärd begränsning eller t.o.m. ett absolut hinder i den fortsatta yrkesutövningen eller näringsverksamheten. Sådana djupt betungande beslut, som tvivelsutan berör civila rättigheter, förutsätter – enligt vad jag ovan utvecklat – både ett *otvetydigt lagstöd* och *möjlighet till domstolsprövning* (se ovan avsnitt 1). Ett lagstöd kan skönjas vad avser den s.k. alternativa sanktionen (ovan p. 2), även om det vore önskvärt med en mer ingående styrning i lagen (BFR och LIF), så att FI:s handlingsutrymme i motsvarande mån begränsas. Ifråga om ledningsprövningen menar jag att lagstödet är alltför diffust för att FI:s agerande ska låta sig försvaras. Att en person har fallerat i att uppfylla lagens vaga kriterier (”tillräcklig insikt och erfarenhet”) i samband med att ett visst bolag ansöker om tillstånd hos FI, är helt enkelt inte grund nog för att denne person på obestämd tid och i förväg ska anses vara diskvalificerad för att ingå i ledningen för andra bolag. Jag erinrar om den långt mer rättssäkra behandling som utdömande av ett traditionellt näringsförbud innebär (se avsnitt 1 ovan).

Om jag tillåter mig att vara mycket kritisk (något som en juridikprofessor måhända bör avhålla sig ifrån), kan jag inte begripa *varför* personer som Ström och Wilhemson, med ett mångårigt förflutet på den finansiella marknaden, och som inte av domstol har fällts för några konkreta brott, ska behöva utstå en så undermålig rättslig behandling och med ett så magert lagstöd. Hur långt kan en rättstat acceptera avsteg från traditionella rättsprinciper till förmån för FI:s strama styrning av den finansiella marknaden? Vilka blir konsekvenserna om aktörerna på den finansiella marknaden skulle dra slutsatsen, att det är ett alltför stort vågspel att ingå i ledningen för ett av FI kontrollerat bolag? Vad händer då med det konsumentintresse som FI är satt att värna? Fråga uppkommer varför ledningarna – och ägarna – till landets alla banker,

---

[62] En form av politisk åsiktsregistrering (jfr RF 2 kap. 3 §) som diskuterats i samband med fallet Leander mot Sverige (L. fick inte anställning som snickare i försvaret), se Warnling-Nerep m.fl. s. 182. För en kritisk betraktelse se Sundberg, Jacob, Den svenska vilsenheten, JT 2001/02 s. 863 noten 25.

kreditföretag, fondbolag, etc. egentligen har funnit sig i situationen så här långt (jfr ovan avsnitt 2 om en befarad legitimitetskris). Om det är *behovet av ett fortsatt bra samarbete med FI* som styr agerandet, menar jag att det är riktigt illavarslande, och något som föga överensstämmer med våra en gång så stolta förvaltningstraditioner (jfr ovan avsnitt 3).

4.2 Principer för utredningen – omvänd bevisbörda?

Beredningen hos våra förvaltningsmyndigheter ska, som ovan antytts (se avsnitt 1), präglas av den s.k. *officialprincipen*, innebärande att huvudansvaret för att ett ärende blir tillräckligt utrett ligger på myndigheten. Principen är lagfäst i 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291; nedan FPL) för förvaltningsdomstolar, men kan i FL endast uttydas ur de allmänna reglerna om service och samverkan (FL 4–7 §§). Av praxis och allmänna förvaltningsrättsliga principer följer dock att myndigheten bär utredningsansvaret.[63] Detta ansvar, liksom den därmed sammanhängande bevisbördan, kan givetvis regleras i någon speciallag, som BFR eller LIF, vilken reglering i så fall har företräde framför både FL och allmänna principer (se ovan avsnitt 2 om FL 3 § och subsidiaritet). Inget i nu nämnda lagar visar emellertid att så skulle vara fallet, varför jag utgår från att vad som gäller för förvaltningen i övrigt även gäller för FI.

Som exempel på en *uttrycklig föreskrift om bevisbördan* kan anges 3 § nya diskrimineringslagen (2008:567), om att den som ”anser sig ha blivit diskriminerad” och kan visa ”omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad” … är det svaranden som ska visa att diskriminering … inte har förekommit”.

Officialprincipen anses visserligen verka med olika tyngd i olika slags ärenden, men den gäller likväl alltid i någon mån. Är det fråga om något *ingripande mot den enskilde*, anses det naturligt att myndigheten får ta ett större ansvar för utredningen. Blir ärendet inte tillräckligt utrett, och myndigheten misslyckas med att visa att ett ingripande är berättigat, ska inget sådant göras. Principen och hur den tillämpas är väl belyst i HFD:s praxis, om än inte särskilt avseende FI:s verksamhet:

Se t.ex. RÅ 1990 ref. 108 (om inskränkning av rätten att förskriva läkemedel); RÅ 2007 ref. 10 (om återkallelse av läkarlegitimation); RÅ 1996 ref. 15 (om avstängning av student som nyttjat otillåtna hjälpmedel); RÅ 1996 ref. 83 (om varning mot en fastighetsmäklare);

---

[63] Alternativ uttrycks saken så att FPL 8 § tillämpas analogt, se Hellners, Tryggve & Malmqvist, Bo, Förvaltningslagen med kommentarer, uppl. 3, 2010, s. 81 ff. Jfr SOU 2010:29 s. 398.

RÅ 2006 ref. 7 (om återkallelse av tillstånd för en friskola) eller RÅ 2006 ref. 15 (om Skatteverkets utredning i ett avgiftsärende).

Om någon istället försöker *utverka en förmån*, t.ex. ett tillstånd, är det inte lika självklart vad som ska gälla. Officialprincipen ska visserligen tillämpas även i sådana fall men i modifierad form. Myndigheten kan alltså kräva att den enskilde medverkar i utredningen, vid risk att den avsedda förmånen eljest uteblir.[64]

Med hänvisning till det ovan anförda torde följande kunna fastslås. Utredningsansvaret åvilar i huvudsak FI och föreställningar om en omvänd bevisbörda bör avvisas. När det gäller ledningsprövning (ovan 4.1) – med vissa krav på styrelsen och dess VD – är det dock primärt fråga om att ett bolag försöker utverka en förmån, varvid det kan anses rimligt att modifiera FI:s ansvar till förmån för den *allmänna processrättens förhandlingsprincip*. En sådan tolkning har i vart fall von Essen ansett som möjlig vad avser *förvaltningsprocessen i s.k. kommersiella mål* med i princip jämställda parter (t.ex. el- eller telemål), och han anför att man kan förvänta sig en ”måttlig processledning” från domstolarna sida.[65] Det är självklart att banker, fondbolag, etc. som ansöker om tillstånd kan förutsättas ha företrädare som är kapabla att bidra till utredningen, och att det sålunda inte är självklart att officialprincipen, med bakgrund i föreställningar om att den ”lille mannens” intressen skulle tillvaratas, ska tillämpas fullt ut. Därmed är dock inte sagt att någon ”omvänd bevisbörda” kan accepteras. Fråga är ju i vart fall om både *maktutövning* (jfr RF 1 kap. 1 § ovan avsnitt 2), *myndighetsutövning* och tillika beslut som rör *civila rättigheter* och *EU-rättsliga angelägenheter* (ovan avsnitt 1),[66] varvid FI helt enkelt inte kan undandra sig sitt ansvar för en fullgod utredning.

När det gäller *regelrätta ingripanden enligt BFR eller LIF*, finns däremot inga som helst skäl att ta lättare på FI:s utredningsansvar än vad som kan prövas gälla i allmänhet (jfr återgivandet ovan av RÅ-fall) krav. En styrelseledamot eller en VD som ställs inför att bolaget antingen blir av med tillståndet om han eller hon inte ”frivilligt” avgår, alternativt helt sonika av FI ersätts med någon annan (se BFR 15 kap. 2 § ovan), ska alltså inte behöva bevisa sin egen duglighet eller oskuld. En annan ordning menar i vart fall jag är förkastlig i ett rent rättsstatligt perspektiv. Fast vid ledningsprövningen – som enligt

---

[64] Se Warnling-Nerep, En introduktion s. 46 ff.

[65] Se von Essen, Ulrik, Processramen i förvaltningsmål, 2009, s. 60 f., fast rättsläget synes dock oklart. Jfr Warnling-Nerep, En introduktion s. 47.

[66] Betr. myndighetsutövning se Warnling-Nerep, En introduktion s. 29 ff., och även Warnling-Nerep (2011) ifråga om tillstånd i ett europarättsligt perspektiv s. 78 f. och s. 88 ff.

vad ovan anförts primärt angår bolaget – är situationen mindre tydlig. Ett underkännande av en viss person innebär emellertid en slags stämpling som ”olämplig” (jfr BFR 3 kap. 2 §/LIF 2 kap. 1 §). Min sammantagna bedömning blir att dylika beslut förutsätter både ett klart lagstöd (se ovan 4.1) och en fullgod utredning, där någon omvänd bevisbörda inte kan tolereras. Grunderna för en god förvaltning (jfr ovan avsnitt 2) kräver helt enkelt mer än så av FI.

5. Några anmärkningar om överklagande

Mötet med *europarätten har inneburit en stor omvälvning* för svensk rätt vad avser synen på hur förvaltningsbeslut ska överklagas. Vi har gått från ett system där det ansågs naturligt att regeringen eller någon central förvaltningsmyndighet, som t.ex. FI, var enda eller sista prövande organ har vi gått över – om än under tysta protester – till en ordning där domstolsprövning åtminstone är det normala. Europakonventionens krav på domstolsprövning och effektiva rättsmedel (artikel 6 resp. 13) samt upprepade fällande domar från Europadomstolen, liksom EU-rättens krav på företräde, rättsskyddsprincip och likaledes effektiva rättsmedel med möjlighet att få EU-rättsliga angelägenheter prövade i domstol, gick helt enkelt inte att stå emot.[67] Vi har idag möjlighet till rättsprövning i HFD av vissa regeringsbeslut[68] och FL 22 a § – kompletterad av FL 3 § st. 2 – ger möjlighet till överklagande i FR, även om någon svensk specialförfattning skulle stipulera ett förbud mot överklagande eller ange en ordning om att t.ex. FI är enda prövande instans.[69]

Ovan särskilt granskade lagar, dvs. BFR och LIF, har traditionella överklaganderegler. I lagen räknas alltså upp att somliga beslut *inte får överklagas*, att andra specificerade beslut *överklagas till regeringen* samt att ytterligare ”andra” beslut kan *överklagas till FR* (jfr BFR 17 kap. 1 §/LIF 14 kap. 1 §).[70] Skulle det vara så att överklaganderegler saknas eller är ofullständiga får f.ö. presumeras att överklagande är möjligt till FR med stöd av FL 22 § och 22 a §.[71] Överklagandeförbud får underkastas en granskning jämlikt dessa stadganden, i kombination med FL 3 § st. 2 (jfr ovan), och åsidosättas om så erfordras med tanke på europarätten. Konstruktionen har sina uppenbara brister, inte minst med tanke på den enskilde som kanske inte förstår att man kan överklaga till FR *trots* förevaron av ett uttryckligt överklagandeförbud:

---

67 Se Warnling-Nerep (2011) s. 23–28.
68 Se a.a. s. 103 ff. och 1 § lagen (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.
69 Se a.a. s. 143 ff.
70 Se a.a. s. 39 ff.
71 Se a.a. s. 25 och s. 164 f.

Se fallet Mendel mot Sverige från år 2009, där Europadomstolen menade – föga överraskande – att konstruktionen ifråga inte var tillräckligt tydlig för att kraven enligt artikel 6 skulle anses uppfyllda.[72] Som en följd härav ändrades – allt enligt devisen om ”minimala reformer” – den då kritiserade förordningen så att FR numera anges som besvärsinstans, men några övergripande åtgärder vidtogs inte.[73] Problematiken kvarstår således beträffande alla övriga överklagandeförbud som lagstiftaren tidigare anser sig ha tagit hand om i vederbörlig ordning.

För att en viss person verkligen ska beredas domstolsprövning – enligt FL 22 a § eller enligt någon specialförfattning – förutsätts även att grundläggande krav på *talerätt* och *överklagbarhet* är uppfyllda, vilket uttrycks i FL 22 § som följer:

”Ett beslut får överklagas av den som beslutet angår, om det har gått honom emot och beslutet kan överklagas.”

Detta stadgande är – som ofta konstaterats – tämligen substanslöst och måste i hög grad kompletteras av praxis.[74] Jag ska inte här fördjupa mig i denna fråga (något som kräver en egen artikel), men det kan noteras att jag emellanåt ställt mig smått skeptisk till hur förvaltningsdomstolarna (FR och KamR) bedömer frågor om talerätt och överklagbarhet med tanke på de krav som europarätten numera faktiskt ställer på domstolsprövning. Förvaltningslagsutredningen varnar för alltför snäva tolkningar, för att kraven på domstolsprövning inte ska reduceras på ett betänkligt sätt och staten Sverige kränka Europakonventionen och/eller inte uppfylla EU-rättsliga föreställningar om effektiva rättsmedel, etc.[75] En hänvisning ges bl.a. till RÅ 2006 ref. 9, där en konkurrent genom en generös tolkning medgavs talerätt i en EU-rättslig angelägenhet. Under alla omständigheter måste de personer som träffas av FI:s olika ”bannbullor” – oavsett om de skulle betecknas som principbeslut, icke förbindande information, etc. (jfr ovan avsnitt 3) – kunna få till stånd en prövning i domstol. Skulle våra allmänna förvaltningsdomstolar tveka i det avseendet synes en hänvändelse till EU-domstolen vara självklar, liksom att Europadomstolen involveras. Med avseende på Pernilla Ström kan noteras, att hon lyckades få till stånd en prövning i Förvaltningsrätten, om än inte resulterande i annat än att överklagandet avslogs, och fortsättning lär följa.[76]

---

[72] No 28426/08, dom 7 april 2009, se Warnling-Nerep (2011) s. 46 f.

[73] Se 39 a § förordningen (2000:634) om arbetsmarknadspolitiska program. Betr. min kritik ifråga om ”minimering av reformer” se a.a. t.ex. s. 24, 48 och s. 237 f.

[74] För en utförlig sammanställning se SOU 2010:29 s. 601–657.

[75] Se SOU 2010:29 s. 82 ff. och s. 652 samt Warnling-Nerep a.a. Juridisk Publikation 2011 s. 121 ff.

[76] Se Förvaltningsrätten i Stockholm dom den 13 juni 2011, mål 6220-11.

6. En sammanfattning och några avslutande reflektioner

Jag förklarade mig inledningsvis komma att granska den *rättsliga grunden* för beslut om ”bannbullor” eller ”svartlistning” och om dylika beslut – hur de nu än betecknas – *kan överprövas* i domstol. Min framställning torde ha utvisat, att dylika beslut måste kunna överklagas till domstol, och att det i sista hand blir fråga om att utkräva sin rätt enligt FL 22 a § (se ovan avsnitt 5), men mötet med vår ”normativa djungel” kan bli en prövning i sig.[77] Besluten förutsätter tillika *ett författningsstöd* – måhända genom föreskrifter från FI:s sida men mer preciserade lagkrav bör – enligt min bedömning – definitivt eftersträvas. Man bör inte bortse från det s.a.s. demokratiska värde som ligger i lagstiftning jämfört med meddelande av föreskrifter: Tillkomsten av en lag är en lång procedur, reglerad i grundlagen, med utskottsbehandling, emellanåt kritisk debatt och Lagrådsgranskning.

Mina undersökningar utvisar alltså lagstödet får anses mer eller mindre bristfälligt, särskilt beträffande den s.k. stämpling som FI gör i samband med ledningsprövning enligt BFR och LIF. Lagstiftaren har valt att medge mycket långtgående bemyndiganden åt FI och på så sätt underlåtit att styra upp verksamheten (se ovan avsnitt 4). Inte heller FI tycks – enligt vad ovan redovisats (se 4.1) – vara helt tillfreds med bristen på styrning. En jämförelse med den förmånliga behandling som bestås dem som drabbas av näringsförbud (bedömda i domstol, med bistånd av advokat och med kriterier och gränser direkt i lagen) bör mana till eftertanke. Jag upprepar min undran varför aktörerna på den finansiella marknaden så länge har accepterat att behandlas med en sådan stram attityd som den FI intar (jfr ovan noten 1). Inga EU-direktiv kan i vart fall få försvara frånvaron av legalitet, rättssäkerhet, proportionalitet eller krav på god förvaltning, alldenstund dessa principer är att hänföra till EU:s primärrätt och EU:s rättighetsstadga.

Ovan formulerad fråga om de lagar som FI tillämpar *är utformade på ett godtagbart sätt*, torde alltså kunna besvaras nekande, i vart fall ur ett konstitutionellt perspektiv (den rent rättspolitiska bedömningen lämnar jag däremot därhän). Följdfrågan om hur *FI tillämpar lagarna* är mer svårbedömd och låter sig knappast besvaras på ett generellt sätt.[78] Så mycket kan i vart fall sägas, att många av de uttalanden som förekommit i vårens debatt liksom t.ex. vid presskonferensen i Carnegie-fallet, är ägnade att oroa. Jag understryker än en gång betydelsen av förtroende för den tillsyn som bedrivs och varnar för vad som kan blir följderna av en legitimitetskris. Min kritik bör inte avfärdas

---

[77] Jfr Warnling-Nerep (2011) s. 36 ff. och även t.ex. s. 18.

[78] En sådan bedömning förutsätter en ingående granskning av FI:s beslut. Min kritik ligger alltså i huvudsak på det formella – inte det materiella – planet.

som ett påhopp på vår förvaltning i stort, tvärtom värnar jag en *traditionell förvaltningskultur* med en ”god förvaltning”, som f.ö. numera vinner stöd i EU:s egen rättighetsstadga (artikel 41). Det är viktigt att vår samlade tjänstemannakår är medvetna om både gamla traditioner och nya krav – t.ex. på domstolsprövning – och att inte någon myndighet tror sig ha mandat att agera i ett rättligt vacum, vid sidan om gängse principer som ska garantera rättssäkerhet och rättstatliga ideal. Fast ansvaret vilar ytterst på vår riksdag och regering för att författningarna totalt sett är acceptabla.