

Stockholm den 19 februari 2018

R-2017/2341

Till Finansdepartementet

Fi2017/04798/FPM

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 19 december 2017 beretts tillfälle att avge yttrande över promemorian Ett tryggt och mer hållbart premiepensionssystem.

1. Sammanfattning

Advokatsamfundet avstyrker förslaget.

Advokatsamfundet anser inte att utredningsarbetet som redovisas i promemorian uppfyller de kvalitetskrav som erfordras för lagstiftning i frågor av den betydelse som är i fråga. Advokatsamfundet anser t.ex. att rättssäkerhetsfrågor, frågor om förslagets förhållande till olika delar av EU-rätten och till lagstiftningen i övriga medlemsstater, den ökade regelkomplexiteten och redan existerande möjligheter för svenska myndigheter att ingripa vid misstänkta oegentligheter på Premiepensionsmyndigheten (PPM) är otillräckligt analyserade. Dessutom framgår inte utformningen av de konkreta regler som avses bli slutresultatet av det nya mandatet till Pensionsmyndigheten.

Den föreslagna regleringen uppvisar vidare brister i rättssäkerhetshänseende, inte minst genom att det ger Pensionsmyndigheten ett för svensk förvaltningstradition extraordinärt vagt och brett mandat. Förslaget innehåller också lagtekniska brister, inte minst en rörig och inkonsekvent reglering av inträdes- och uteslutningskriterier och forum för prövning av sådana beslut. Kriterierna bygger därtill på normer på tre olika nivåer.

Vidare anser Advokatsamfundet att det inte är lämpligt med införande av vad som i realiteten är ett parallellt regelsystem för fonder och fondförvaltare hos fondförvaltare, såväl inom som utom PPM. Inte heller är det lämpligt med en ytterligare myndighet som i

realiteten kommer att ägna sig åt tillsyn över fondförvaltare utöver Finansinspektionen och tillsynsmyndigheten i respektive fondförvaltares hemland.

Advokatsamfundet menar också att det sannolikt strider mot såväl EU:s primärrätt som EU:s sekundärrätt (UCITS-direktivet,¹ kommissionens rättsakter) om Sverige, som föreslås, uppställer materiella krav på hur fondförvaltare ska bedriva sin kapitalförvaltningsverksamhet för att få verka på PPM, eftersom UCITS-direktivet förbjuder annan stat än fondförvaltarens hemmedlemsstat att reglera fondförvaltarens kapitalförvaltningsverksamhet.

Det är ett ingrepp i den fria rörligheten av tjänster och kapital att i Sverige införa regler för PPM, som belastar utländska fondförvaltare med ytterligare eller längre gående krav inom sin kapitalförvaltningsverksamhet utöver reglerna i fondförvaltarens hemland. Dessa extra krav måste för att vara tillåtliga vara nödvändiga, lämpliga och inte onödigt ingripande. Promemorian innehåller enligt Advokatsamfundet endast för ett fåtal krav en motivering, som tillfredsställer dessa kriterier.

Förslaget om förbud mot telefonförsäljning på PPM torde strida mot fullharmoniserad EU-rätt och är således otillåtet.

Advokatsamfundet noterar också att förslaget endast avses vara en övergångslösning i avvaktan på en genomlysning av möjligheterna att övergå till ett upphandlat fondtorg. Detta talar enligt samfundet mot att hasta igenom ett otillräckligt analyserat och bearbetat förslag.

2. Lagstiftningsarbetet

Lagförslaget är avsett att resultera i mycket omfattande effekter för såväl fondförvaltare, som pensionssparare. Över en miljon pensionssparare ska få pensionsmedel överstigande 100 miljarder kronor omplacerade, utan att själva ha tagit initiativet därtill. Rätten för befintliga fondförvaltare att verka på PPM ska upphöra, varefter de under en tremånadersperiod får ansöka om återinträde på nya villkor. Det förutses att ett stort antal fonder och fondförvaltare inte kommer att kunna erhålla återinträde på PPM. Det framstår som sannolikt att många förfördelade fondförvaltare kommer att begära rättsliga prövningar. Det föreligger därför starka skäl för en robust, väl genomlyst och tydlig lagstiftning av hög kvalitet.

Det aktuella lagförslaget presenteras i form av en departementspromemoria. Som Advokatsamfundet tidigare påpekat,² bör detta förfarande huvudsakligen användas vid lagstiftningsärenden av enklare natur. Givet väsentligheten i de frågor som förslaget rör,

¹ Rådets direktiv 2014/91/EU av den 23 juli 2014 om ändring av direktiv 2009/65/EU ("UCITS-direktivet"), de rättsakter som kommissionen antagit på basis av UCITS samt ESMA:s normgivning (kollektivt benämmt "UCITS" i detta yttrande).

² Bland annat i yttrande den 19 september 2017, R-2017/1062, Fi2017/02580/FPM, https://www.Advokatsamfundet.se/globalassets/Advokatsamfundet_sv/remissvar/606803_20170919120524.pdf.

dess inverkan på den finansiella marknaden och aktörerna på denna, ställer sig Advokatsamfundet tveksamt till den valda beredningsformen. Advokatsamfundet anser att förslaget kvalitets hade gynnats av en mer traditionell beredning.

Förslagen i promemorian berör huvudsakligen förhållandet mellan Pensionsmyndigheten och fondförvaltare, som har eller önskar ha fonder som är valbara för pensionssparare inom PPM. Förslaget införlivar i stora delar det 30-punktsprogram som föreslagits av Pensionsmyndigheten.

Advokatsamfundet noterar att Pensionsmyndighetens uppfattningar har fått stort utrymme och stor genomslagskraft i promemorian. Detta är förvisso naturligt med hänsyn till Pensionsmyndighetens verksamhet. Det blir dock samtidigt problematiskt i de delar där Pensionsmyndigheten är involverad som part i processer som avser rättsliga frågor de lege lata som också behandlas i promemorian.³ Ett från Pensionsmyndigheten mer självständigt utredningsarbete hade därför varit att föredra.

3. Förslagets huvudsakliga innehåll

Bakgrunden till förslaget anges på s. 22 och 23 i promemorian på följande sätt.

”Under senare år har ett antal allvarliga händelser uppmärksammats på Pensionsmyndighetens fondtorg. Händelserna visar att såväl olämpliga som i vissa fall – enligt Pensionsmyndighetens bedömning – kriminella beteenden har förekommit på fondtorget. Bakom händelserna finns bolag med affärsidéer som utnyttjar det faktum att risk är mycket svårt för pensionsspararna att värdera, att många sparare har låg kännedom om det långsiktiga sparande som premiepensionen utgör samt att många sparare har ett lågt intresse för och/eller låg kunskap om finansiella frågor i allmänhet. Det är pensionssparare som betalar eller riskerar att betala priset för oseriösa och brottsliga ageranden hos vissa aktörer genom en lägre premiepension.

Problematiken återfinns huvudsakligen i två led. För det första förekommer olagliga eller mycket olämpliga och skadliga aktiviteter i det så kallade distributionsledet, dvs. inom ramen för den marknadsföring och försäljning, som riktar sig till premiepensionsspararna och som kan bedrivas av andra aktörer än fondförvaltare. För det andra förekommer olämpliga eller skadliga aktiviteter i den kapitalförvaltande verksamheten, som utförs av fondförvaltare inom ramen för Pensionsmyndighetens fondtorg.”

I promemorian på s. 24 anges också att:

”Utvecklingen har aktualiserat frågan om de krav för att bedriva fondverksamhet som följer av UCITS-regelverket är tillräckligt långtgående för ett obligatoriskt pensionssparande som ska bidra till att trygga framtida försörjning för pensionärer och

³ Se härvid s. 33 i promemorian som ger vid handen att Pensionsmyndigheten är part i ett flertal tvister med fondförvaltare och att Pensionsmyndigheten dessutom är part i förvaltningsprocesser som i dag alltjämt pågår.

därmed även minska den ekonomiska risken för staten, och om det behöver ställas högre krav på fondförvaltare och fonder som deltar på fondtorget för premiepensionen.”

Redan i dag ställs materiella krav på fondförvaltare och fonder på PPM-marknaden, som går längre än de krav som framgår av UCITS. Dessa krav har Pensionsmyndigheten successivt infört i det så kallade samarbetsavtalet med respektive fondförvaltare som verkar på PPM. Samarbetsavtalet är ett standardiserat avtal vars innehåll bestämts av Pensionsmyndigheten i kraft av en avtalsbestämmelse, som ger ensidig ändringsrätt (jfr promemorian, s. 39).⁴

Förslagets tyngdpunkt synes ligga på att legitimera existerande materiella krav som Pensionsmyndigheten redan har låtit införa i samarbetsavtalet (promemorian s. 34) samt att ge Pensionsmyndigheten möjlighet att införa ytterligare materiella krav på information från fondförvaltare och på hur fondförvaltare bedriver sin kapitalförvaltningsverksamhet och sin marknadsföring (18 a §).⁵ Efterlevnaden av dessa existerande och tillkommande krav ska övervakas, utredas och sanktioneras av Pensionsmyndigheten genom vägran att registrera fondförvaltare på fondtorget, köpstopp, uteslutning ur PPM, skadestånd och viten (jfr promemorian s. 42). Promemorian beskriver detta som ”kraftfulla möjligheter att vidta åtgärder”.

De krav som Pensionsmyndigheten enligt förslaget ska få ställa i avtal med fondförvaltare (i förslaget benämnt ”fondavtal”), syftar till att hantera frågor såsom motpartsrisk, kreditrisk, bristande avkastningspotential, värdering av innehav i fonderna, ”åtgärder för optimering av avgifter”, dolda avgifter, dolda kostnader, intern handel, agerande som inte är i fondandelsägarnas intressen, ”osunda affärsmodeller”, ägare, nyckelpersoner och andra personer som är ”oseriösa” eller ”olämpliga”, informationsgivning, marknadsföring och hållbarhet (se s. 27 f. och 40 ff.). Ett centralt krav som Pensionsmyndigheten ska ställa är krav på att fondförvaltare ska följa ”god sed inom på premiepensionen”. Vad ”god sed” ska innefatta ska bestämmas av Pensionsmyndigheten (se s. 42). Vidare ska Pensionsmyndigheten få ställa upp ”affärsmissiga villkor”.

Dessutom föreslås att regeringen inför föreskrifter som ställer upp ytterligare krav på de fonder som ska få ingå i PPM såsom (se s. 47):

- viss verksamhetshistorik för fondförvaltaren
- viss avkastningshistorik för fonden
- ett visst minsta förvaltad kapital
- att PPM-sparandet endast ska få uppgå till en viss maximal andel av det totala kapitalet i en fond.

⁴ Ursprungligen behandlade samarbetsavtalet dock endast administrativa frågor och avgifter, vilket också var lagstiftarens avsikt, se prop. 1997/98:151 s. 411 och 723.

⁵ Regeringen avfärdade i prop. 2009/10:44 s. 27 ett förslag att utöka Pensionsmyndighetens mandat till att göra lämplighetsbedömningar och kommersiella bedömningar av fonder på PPM (vilket föreslogs i SOU 2005:87). Promemorian anger också på s. 30 att en konsekvens av ett öppet system är att Pensionsmyndigheten inte ska göra någon bedömning av om en fond är lämplig, men anger samtidigt på s. 39 att Pensionsmyndigheten ändå infört sådant lämplighetskrav i sitt samarbetsavtal med fondförvaltarna.

Enligt Pensionsmyndighetens beräkningar skulle ovanstående krav vid vissa nivåer reducera antalet fondförvaltare från 105 till 23 och antalet fonder med 314 från 837. Samtliga samarbetsavtal med fondförvaltare på PPM ska sägas upp som konsekvens av förslaget (se s. 71).

4. Promemorians utgångspunkter

4.1 Övergångslösning

Promemorian menar att en bättre lösning för framtiden än nuvarande system och än det presenterade förslaget är ett upphandlat fondtorg. Det anges att den föreslagna regleringen därför endast ska betraktas som en övergångslösning (se s. 25). Detta behandlas närmare i avsnitt 13 nedan.

4.2 Utfallet av PPM

Lagförslagets syfte är att säkerställa ett tryggt premiepensionssystem. Det övergripande trygghetsmålet torde vara ett system där pensionsspararnas pensionsförmögenhet inte reduceras, utan tvärtom ökar över tid.

Som konstateras i promemorian har värdeutvecklingen på premiepensionskapitalet sedan systemets start till sista december 2016, varit cirka tre procentenheter högre än den genomsnittliga inkomsttillväxten (se s. 23). Det förefaller således som om systemet i stort har genererat de ekonomiska resultat till spararna som lagstiftaren vid införandet år 2000 hoppades på. Denna observation manar, enligt Advokatsamfundet, till eftertänksamhet vad gäller det verkliga behovet av omedelbara och drastiska förändringar av övergångskaraktär.⁶

4.3 Påståenden om olämpliga respektive kriminella ageranden

En central och återkommande utgångspunkt för förslaget är att det förekommit såväl olämpliga, som i vissa fall kriminella beteenden på fondtorget. Genomgående betonas att den uppfattning som läggs till grund för detta centrala påstående emanerar från Pensionsmyndigheten. Det anges vidare att ”de problem med oseriösa aktörer som har uppdragats på dagens fondtorg måste åtgärdas i avvaktan på ett upphandlat fondtorg” (se s. 25).

De problem som omtalas avser dels distributionsledet, dvs. inom ramen för den marknadsföring och försäljning, som riktar sig till premiepensionsspararna, dels fondförvaltarnas kapitalförvaltande verksamhet, (se s. 22 f.). Lagförslaget tar sikte på båda frågorna. Emellertid konkretiseras påståendena om problem endast avseende

⁶ I sammanhanget kan noteras att Riksrevisionen fått i uppdrag att granska fondförvaltarnas kostnadseffektivitet och att granskningen beräknas vara klar i juni 2018, se <https://www.riksrevisionen.se/sv/OM-RIKSREVISIONEN/Pressrum1/Nyheter1/20181/Riksrevisionen-granskar-forvaltningskostnader-i-premiepensionssystemet/>.

marknadsföring. Samtidigt ligger tonvikten i förslaget på regler avseende kapitalförvaltningsverksamheten.

PPM har existerat sedan år 2000. Som framhålls i promemorian, bör man vara försiktig med att dra slutsatser grundade på analyser av alltför korta tidsperioder (se s. 19). Såvitt Advokatsamfundet kan observera, tycks kritik mot fondförvaltares kapitalförvaltningsverksamhet vara en företeelse främst under år 2016 och 2017. Under denna tidsperiod har Pensionsmyndigheten gjort uppmärksammade ingripanden mot Allra Asset Management S.A. ("Allra"), Falcon Funds SICAV p.l.c. ("Falcon Funds") och Solidar Fonder AB ("Solidar").⁷

När det gäller problemen inom kapitalförvaltningsverksamheten, hade ett empiriskt underlag varit nyttigt. Någon statistik över hur många fondförvaltare som sedan år 2000 fått sina tillstånd återkallade eller fått varningar av behörig tillsynsmyndighet i anledning av ageranden på PPM, finns inte i promemorian. En sådan utredning hade utgjort en säkrare grund för att bedöma det verkliga behovet av drastiska och omedelbara förändringar.

Till detta kommer att det inte ens för år 2016 och 2017 föreligger säkra belägg för att det verkligen förekommit utbredda regelöverträdelser eller rent utav kriminalitet inom fondförvaltarnas kapitalförvaltningsverksamhet, som promemorian utgår från. I vart fall Allra och Solidar tvistar med Pensionsmyndigheten och menar, såvitt Advokatsamfundet förstår, att fel inte har begåtts, att tillämpliga finansiella regelverk följts och att inga brott förekommit. Endast såvitt gäller Falcon Funds har berörd tillsynsmyndighet, såvitt bekant, givit uttryck för att några regelöverträdelser skett i kapitalförvaltningsverksamheten.⁸ Till dags dato har ingen domstol slutligt avgjort om något brott har begåtts. Det kan även parentetiskt noteras att artikel 6.2 i Europakonventionens stadgar att var och en som har blivit anklagad för brott ska betraktas som oskyldig till dess hans eller hennes skuld har lagligen fastställts, varför påståenden om kriminalitet i promemorian principiellt är problematiska i detta skede.

Det kan vid en slutlig rättslig bedömning alltså lika väl visa sig att omfattningen på regelöverträdelser inom PPM är långt mer begränsad och att de överträdelser som trots allt förekommit är mindre allvarliga än som promemorian förutsätter.⁹

Utifrån Advokatsamfundets synvinkel sträcker sig alltså det empiriska underlaget för påståenden om utbredda regelöverträdelser inom kapitalförvaltningsverksamheten

⁷ Ingripandet mot Advisor Fondförvaltning AB ("Advisor") har haft sin grund i klagomål avseende marknadsföring.

⁸ <http://www.mfsa.com.mt/pages/AdministrativeMeasuresPenalties.aspx>

⁹ Det kan också visa sig att de enda överträdelser som skett i flera av dessa fall utgörs av överträdelser av *avtalsvillkor* i det av Pensionsmyndigheten ensidigt fastställda samarbetsavtalet och att dessa villkor bygger på ett principiellt annat synsätt avseende hur fondförvaltare tar tillvara spararnas intresse än det som framgår av UCITS. Att lägga sådana "överträdelser" till grund för en reglering av svenska och utländska fondförvaltare framstår som olämpligt och förutsätter snarast vad som ska bevisas.

knappast längre än till fallet Falcon Funds, där behörig tillsynsmyndighet i fondförvaltarens hemmedlemsstat har ingripit.

Att föregripa prövningar i den avsedda ordningen (behöriga tillsynsmyndigheter och domstolar) och dessutom lägga en tvistande parts (Pensionsmyndigheten) omtvistade beskrivning till grund för problemformulering och långtgående interimistiska lösningar är problematiskt. Att därtill lägga denna verklighetsbeskrivning till grund för ett långtgående interimistiskt förslag är knappast lämpligt.

4.4 Behovet av extra maktbefogenheter för svenska myndigheter i allmänhet och Pensionsmyndigheten i synnerhet

Även om Pensionsmyndighetens uppfattning om missförhållanden vore korrekt, följer det inte därav att ny lagstiftning och nya kraftfulla befogenheter för Pensionsmyndigheten behövs.

Förslaget tar enligt Advokatsamfundet alldeles för liten hänsyn till att alla fondförvaltare redan är underkastade tillsyn i sina hemstater. I de uppmärksammade fallen Allra, Advisor, Falcon Funds och Solidar är respektive bolag underkastat tillsyn av finansinspektionerna i Luxemburg, Sverige respektive Malta. Utgångspunkten för svensk lagstiftning måste vara att dessa myndigheter i EU-medlemsstater gör sitt jobb och sanktionerar eller fråntar tillståndet för de fondförvaltare, som faktiskt överträtt gällande UCITS-regelverk. Om en sådan tillsynsmyndighet beslutar att inte sanktionera en fondförvaltare i ett ärende, blir slutsatsen snarast att påståendet om olämpliga ageranden inte har haft fog.

Om Sverige anser att en utländsk tillsynsmyndighet inte agerat korrekt, ger för övrigt UCITS-direktivet artikel 21(5)(b) möjlighet att hänskjuta ärendet till ESMA (the European Securities and Market Authority). Det kan noteras att Maltas Finansinspektion (MFSA) har ingripit mot Falcon Funds.¹⁰

Det uppmärksammas inte heller i promemorian att staten Sverige redan i dag har en möjlighet att ingripa även mot utländska aktörer, om det uppmärksammas oegentligheter inom PPM. Skulle det råda fara i dröjsmål eller skulle utländsk tillsynsmyndighets åtgärder vara otillräckliga, kan Finansinspektionen enligt artikel 21(5) och (7) i UCITS-direktivet på visst sätt stoppa en utländsk fondförvaltare från att verka i Sverige. Tillämpning av denna extraordinära regel kan i och för sig endast tillämpas av Finansinspektionen, men kan ske på yrkande av t.ex. Pensionsmyndigheten.

När det gäller rent kriminella förfaranden har slutligen den svenska ekobrottsmyndigheten, oavsett UCITS, möjligheter att på basis av svensk straffrätt ingripa mot individer på ett kraftfullt sätt redan vid misstanke om brott.¹¹

¹⁰ Se not 6.

¹¹ Vilket också skett i t.ex. fallet Allra.

Advokatsamfundets slutsats blir således att det inte föreligger några övertygande skäl för att utrusta Pensionsmyndigheten med långtgående maktbefogenheter.

4.5 Överlappande regelverk

Genom 18 a § sätter lagstiftaren i realiteten upp ett parallellt regelsystem för fondförvaltare på PPM-marknaden. Detta system ska existera vid sidan av lagen (2004:46) om värdepappersfonder (som baseras på UCITS), såvitt gäller svenska fondförvaltare. För utländska fondförvaltare inom EU, blir situationen än mer komplex. Dessa är redan underkastade rörelsereglerna som antagits i respektive hemland. Utländska fondförvaltare åläggs alltså en ökad regelbörda och, i de fall där t.ex. lagstiftningen ligger på den minimiharmoniserade nivån, strängare regler.

I promemorian uppmärksammas inte problematiken kring att införa rörelseregler i Pensionsmyndighetens avtal, som hanterar samma frågor som i UCITS och medlemsstaternas lagstiftning samt de samordningsproblem, som därmed kommer att uppkomma.

Inom EU tillämpas vid lagstiftning på finansmarknadsområdet den s.k. Lamfalussymodellen, för att effektivisera lagstiftningsförfarandet inom EU. Lamfalussymodellen delar in lagstiftningsförfarandet i fyra nivåer:

- a) Nivå I utgörs av rambestämmelser som antas enligt den ”normala” ordningen för lagstiftning inom EU, med direktiv eller förordningar som föreslås av kommissionen och antas av Europaparlamentet och rådet.
- b) Nivå II utgörs av kommissionens s.k. delegerade akter och genomförandeakter.¹² I Sverige genomförs Nivå II i den mån det är direktiv genom föreskrifter från Finansinspektionen.
- c) Nivå III på UCITS-området utgörs av gemensamma riktlinjer och rekommendationer utfärdade av Europeiska värdepappersmyndigheten (”ESMA”).¹³
- d) På Nivå IV återfinns kommissionens åtgärder för att säkerställa att medlemsstaterna genomför den EU-rättsliga lagstiftningen på ett likformigt sätt.

Som ett resultat av detta är regleringen komplex. Nya regler antas kontinuerligt på EU-nivå av parlamentet, rådet, kommissionen och ESMA samt på nationell nivå.

¹² En delegerad akt är rättsligt bindande och innebär att kommissionen kan komplettera eller ändra mindre väsentliga delar av ett direktiv eller förordning på Nivå I för att t.ex. fastställa mer detaljerade bestämmelser. Kommissionen antar den delegerade akten och om parlamentet och rådet inte har några invändningar träder den i kraft. I en genomförandeakt kan kommissionen fastställa regler för att se till att EU:s lagstiftning tillämpas på samma sätt i hela EU. Den är rättsligt bindande och antas i samråd med kommittéer som består av EU-ländernas företrädare.

¹³ Finansinspektionen har i en promemoria slagit fast att ESMA:s råd är en rättskälla motsvarande allmänna råd enligt svensk rätt, se <http://www.fi.se/sv/publicerat/nyheter/2013/eu-riktlinjer-jamstalls-med-allmanna-rad-i-sverige/>.

Det är givetvis inte möjligt att inom ramen för PPM uppställa regler, som behandlar samma ämnen som behandlas i EU-lagstiftning och som hamnar i direkt konflikt med UCITS-regelverket. Det kan inte begäras av en fondförvaltare att denne ska agera på visst sätt inom PPM, om detta innebär att fondförvaltaren samtidigt överträder EU-rätten. Redan att hålla avtalet mellan Pensionsmyndigheten och fondförvaltarna à jour för undvikande av direkta konflikter med EU-rätten, kan vara en mycket grannliga uppgift.

Till detta kommer att varje medlemsstat har en möjlighet att införa regler inom UCITS-området, som avviker från UCITS i frågor som inte är fullharmoniserade, så länge som medlemsstaten upprätthåller UCITS miniminivå. Detta innebär att regleringen hos PPM också kan komma i direkt konflikt med regler i fondförvaltarens hemland. Reglerna inom PPM måste, som ett minimum, vara sådana att de i vart fall inte är omöjliga för en fondförvaltare att efterleva, utan att bryta mot lagstiftningen i hemlandet.

Pensionsmyndigheten kommer således behöva kontrollera löpande om dess avtalsvillkor låter sig förenas inte bara med nya rättskällor på flera olika nivåer inom EU, utan också med nya författningar på olika nivåer (exempelvis motsvarande svensk lag-, förordnings- och föreskriftsnivå) samt uttolkande rättspraxis i vart och ett av EU:s 28 medlemsstater. Om direkta konflikter uppstår med sådana regleringar, måste myndigheten löpande införa ändringar för samtliga fondförvaltare i deras avtal. Detta förefaller för Advokatsamfundet vara en i praktiken omöjlig uppgift för Pensionsmyndigheten.

Utöver rättsliga och praktiska problem med direkta konflikter med lagstiftning inom EU och medlemsstater bereder överkrav rättsliga bekymmer. Med överkrav menas här krav som i och för sig låter sig förenas med kraven på EU-nivå eller i fondförvaltarens hemmedlemsstat, men som höjer nivån på fondförvaltarens förpliktelser. Detta diskuteras nedan i avsnitt 9 och 10.

4.6 Parallell tillsyn

I praktiken föreslås också en andra svensk tillsynsmyndighet för PPM vid sidan av Finansinspektionen och med jurisdiktion också över utländska fondförvaltare vid sidan av deras tillsynsmyndigheter. Huruvida detta är förenligt med UCITS och EU:s primärrätt ska diskuteras nedan i avsnitt 9. I vart fall står det för Advokatsamfundet klart att det aktuella förslaget strider mot tanken bakom UCITS fundamentala princip om hemlandsauktorisering och hemlandstillsyn. Rent generellt vill Advokatsamfundet sätta ett frågetecken kring grundslaget att i praktiken flytta tillsynsansvaret för PPM från en myndighet (Finansinspektionen) med såväl erfarenhet, uppbyggd fondrättslig kompetens, resurser och ett reglerat system för samverkan med utländska tillsynsmyndigheter till en myndighet som i dag inte har någotdera och som heller aldrig var tilltänkt för rollen (Pensionsmyndigheten).¹⁴

¹⁴ Se 64 kap. socialförsäkringsbalken och förordning (2009:1173) med instruktion för Pensionsmyndigheten samt prop. 2009/10:44 s. 27.

Att på sätt som föreslås utveckla Pensionsmyndigheten till en slags de facto-tillsynsmyndighet innebär ökade kostnader för staten. Pensionsmyndigheten kommer att behöva stärka sin kompetens och erhålla ytterligare resurser för att hantera sin nya roll (se s. 81). Detta trots att Finansinspektionen och utländska motsvarigheter redan i dag har kompetens och resurser till sitt förfogande.

Advokatsamfundet har vid flera tillfällen beklagat att reglerna på de finansiella marknaderna fragmenteras, splittras och överlappar.¹⁵ Det aktuella förslaget är enligt Advokatsamfundet ett onödigt, tillskott av överlappande reglering och tillsyn.

4.7 Påståendet att UCITS är otillräckligt

En annan utgångspunkt i promemorian är att UCITS regelverk skulle vara otillräckligt (se s. 37). Att sådan otillräcklighet skulle föreligga framställs axiomatiskt, men leds inte i bevis. Tvärtom framstår utgångspunkten som föga övertygande. Detta behandlas mer i detalj nedan i avsnitt 10.

5. Förslagets struktur – PPM:s rättsliga natur

Det är viktigt att notera att relationen mellan en fondförvaltare på PPM och myndigheten inte fullt ut går att jämföra med relationen i ett sedvanligt upphandlat offentligt kontrakt.

I det senare fallet fattas ett tilldelningsbeslut och därefter ingås ett avtal, varefter det i princip endast återstår att uppfylla avtalsförpliktelserna. Några ytterligare beslut om tilldelning fattas normalt inte. Inte heller fattar myndigheten några beslut om att upphäva tilldelningen.

I PPM kan emellertid alla fondförvaltare, som uppfyller uppställda kriterier delta. Eftersom systemet är öppet kan också en fondförvaltare teoretiskt inträda, uteslutas och återinträda. PPM liknar därför snarare ett auktorisationssystem eller ett så kallat valfrihetssystem där staten bestämmer villkor för godkännande och icke-godkännande, se t.ex. Falk Pharma, C-410/14 (se s. 30 f.). I system av denna karaktär kommer beslut om inträde, uteslutning och återinträde principiellt behandla samma fråga: när har en fondförvaltare rätt att verka inom systemet? Besluten har således likartad karaktär.

Enligt förslaget ska systemet alltså vara öppet, dvs. alla fondförvaltare som uppfyller vissa givna villkor ska vara berättigade att verka på PPM. Till skillnad från i dag ska dock kriterierna för inträde i systemet inte enbart anges i lagtext (se 64 kap. 19 § socialförsäkringsbalken), utan också i det avtal som Pensionsmyndigheten ska ingå (se hänvisningen till avtalsvillkoren i fondavtalet i förslagets 18 d §). Det är också myndigheten som ska besluta huruvida kriterierna är uppfyllda (se förslaget till lagtext i 18 d §).

¹⁵ Se lista över elva sådana remissyttranden i Hanqvist, Lagen om alternativa investeringsfonder, s. 113.

Av den föreslagna 19 § framgår att fondförvaltaren inte längre ska få ta emot medel på PPM om man bryter mot villkoren i fondavtalet. 19 § innehåller således (dock utan att det sägs tydligt) kriterierna för när den erhållna rätten att verka på PPM upphör, vilka i princip är en spegelbild av inträdeskriterierna.¹⁶ Av 18 d § framgår att fondförvaltare, som inte uppfyller villkoren i fondavtalet, inte har rätt att återinträda i systemet. Vid ansökan om återinträde blir därmed det brott mot avtalet som föranlett uteslutning ur systemet normalt sett ett hinder mot återinträde, vilket i och för sig förefaller konsekvent.

I lagförslaget har man valt att uppställa vissa inträdes- och uteslutningskriterier, genom att hänvisa till avtalsvillkor. Tillämpningen av dessa avtalsvillkor och villkorens laglighet, som inträdes- respektive uteslutningskriterier, blir då en fråga vid ett överklagande av beslut om inträde eller uteslutning. Hade i stället uteslutningskriterierna frikopplats från avtalet och dess villkor, hade uteslutningsbeslutet inte omfattat avtalsvillkoren.¹⁷

Att systemet är öppet, att lagförslaget innefattar beslut om inträde respektive uteslutning och att förslaget gör avtalsvillkoren till kriterier för inträde- respektive uteslutning, uppmärksammas inte tillräckligt i promemorian. Detta har fått återverkningar på förslaget till prövningsordning avseende olika beslut.

6. Överklagbarhet av Pensionsmyndighetens olika beslut

6.1 Inträdesbeslut

När det gäller överklagbarheten av de olika beslut som Pensionsmyndigheten kan komma att fatta, anges i förslagets 41 § att beslut om inträde (och därmed också återinträde) i systemet är förvaltningsrättsliga beslut, som ska överklagas till förvaltningsdomstol (jfr s. 38). Advokatsamfundet delar den uppfattningen. Det bör därvid noteras att en sådan prövning torde innefatta samtliga kriteriers laglighet (dvs. såväl kriterierna i 18 c § som de kriterier som gäller genom hänvisning till fondavtalets villkor).

6.2 Uteslutningsbeslut

6.2.1 Den lämpliga lösningen på basis av lagförslaget

Enligt Advokatsamfundets mening bör även överklagande av uteslutningsbeslut prövas i förvaltningsdomstol om lagförslaget genomförs.

Ett beslut som fattas om huruvida ett företag i ett öppet system ska få fortsätta att verka inom systemet är enligt Advokatsamfundet av samma karaktär, som ett beslut om

¹⁶ Det är dock oklart hur kraven i 18 c § första stycket 3-6 ska tillämpas vid inträde respektive uteslutning. Möjligen avses att fondförvaltaren inför inträde måste *utfästa sig* att agera på det sätt som anges i dessa punkter. Huruvida det vid tillämpning av 19 § krävs att fondförvaltaren aldrig utfäst det som anges i 18 c § (vilket är en situation som inte kan uppkomma) eller löpande inte uppfyllt vad som utfästs för att det ska anses att fondförvaltaren inte längre ”uppfyller villkoren i 18 c §”, förefaller inte klart enligt lagtexten.

¹⁷ Jfr härvid att man i lagen (2008:962) om valfrihetssystem *inte* sammankopplat kontraktets villkor med uteslutningskriterierna, se 7 kap. 1 §.

huruvida de ska få börja verka inom systemet. Att så är fallet enligt det aktuella lagförslaget, kan också konstateras om man betänker att en fondförvaltare som utesluts ur ett sådant system kommer att vägras återinträde i systemet med hänvisning till samma förhållanden och villkor, som gjorde att man uteslöts ur systemet. Det vore artificiellt att göra en skillnad mellan beslut, som avser rätten att få inträda i systemet och beslut, som avser rätten att kvarstå i systemet. Enligt lagförslaget är det också den offentlighetsregleringen i 64 kap. socialförsäkringsbalken, som kommer att utgöra grunden för inträdes- respektive uteslutningsbeslutet (18 d § respektive 19 § med hänvisning i bägge fallen dels till 18 c §, dels till fondavtalets villkor).

Att bägge typerna av beslut har samma karaktär ligger också i linje med vad lagrådet uttalat i yttrande över lagen (2008:692) om valfrihetssystem: beslut i godkännandefrågor har sådan karaktär att de kan vara att uppfatta som utslag av myndighetsutövning.¹⁸ Enligt lagen om valfrihetssystem överklagas såväl beslut att neka inträde till systemet, som beslut att utesluta viss aktör från systemet till förvaltningsdomstol.

Att uteslutningsbeslut ska vara överklagbara till förvaltningsdomstol är också rättssystematiskt logiskt. I annat fall skulle en fondförvaltare i ett öppet auktorisationssystem ”bakvägen” kunna åstadkomma dubbla prövningar. Fondförvaltaren skulle överklaga uteslutningsbeslutet i allmän domstol. Man skulle dock också ansöka om inträde och vid avslag på inträdesansökan överklaga till förvaltningsdomstol. Därmed skulle motsvarande förhållanden prövas såväl i allmän domstol, som i förvaltningsdomstol. En sådan dubbel prövningsrätt framstår som omotiverad och potentiellt komplicerad.

I promemorian anges att tanken med förslaget är att Pensionsmyndighetens beslut att säga upp ett samarbetsavtal inte ska stå under förvaltningsrättslig prövning (se s. 34). Enligt Advokatsamfundet handlar dock frågan i lagstiftningsärendet inte om uppsägning av samarbetsavtalet. Uppsägning av samarbetsavtalet är inte ens ett kriterium för när rätten att verka på PPM upphör (dvs. när fondförvaltare ska uteslutas) enligt 19 §. Kriteriet är i stället brott mot fondavtalets villkor. Den relevanta frågan är om ett beslut att frånta en fondförvaltare rätten att verka på PPM, vilket med nödvändighet baseras på 19 §, – ett *uteslutningsbeslut* – ska vara överklagbart till förvaltningsdomstol.

De skäl som anförs i promemorian för att utesluta en rättslig prövning i förvaltningsdomstol av en uppsägning av samarbetsavtalet, kan uppfattas som skäl för att utesluta sådan prövning av själva uteslutningsbeslutet (se s. 34). Likafullt saknar skälen bärkraft. Det anförs att osäkerhet i rättstillämpningen om huruvida åtgärden kan stå under förvaltningsdomstols eller allmän domstols prövning kan leda till mycket stora ekonomiska skador för de aktuella pensionsspararna. Detta är dock inget argument för att välja vare sig den ena eller den andra lösningen, utan endast ett argument för att rättsläget bör förtydligas på antingen det ena eller det andra sättet. Det sägs också att om Pensionsmyndigheten inte kan säga upp avtal med fondförvaltare, som bryter mot det

¹⁸ Lagrådets yttrande den 11 september 2008 över lag om valfrihetssystem, s. 3, <https://www.lagradet.se/yttranden/Lag%20om%20valfrihetssystem.pdf>.

eller som begår brott eller i övrigt kan agera skyndsamt för att säkra pensionsspararnas pengar, kan det få till följd att pensionsspararna riskerar att förlora stora summor pengar. Sättet för prövning av uteslutningsbeslut kan dock inte ha någon betydelse i detta avseende; möjligheterna att utesluta fondförvaltare beror på de materiella kriterierna för uteslutning. Ett förvaltningsbeslut kan dessutom göras omedelbart verkställbart, utan hinder av att det inte har vunnit laga kraft.¹⁹ Som tidigare nämnts har därtill Finansinspektionen och Ekobrottsmyndigheten vissa extraordinära befogenheter.

Enligt i promemorian är förslaget avsett att förtydliga frågan om förvaltningsdomstols behörighet rörande tillämpningen av 19 § (se s. 34). Lagtexten innebär dock inget förtydligande av tillämpligt forum, såvitt gäller andra beslut än själva inträdesbeslutet. Uttalandena som enbart görs i promemorian i andra avseende binder inte en svensk domstol. Enligt Advokatsamfundet bör forumfrågan regleras uttryckligen i lagtext för såväl inträdes- som uteslutningsbeslut, alldeles hur den regleras.

6.2.2 Relevansen av promemorians uttalanden om gällande rätt

I promemorian förekommer i samband med frågan om överklagbarhet och på olika andra ställen flertaliga uttalanden om den rättsliga statusen på förhållandet mellan fondförvaltaren och Pensionsmyndigheten enligt gällande rätt. Det hävdas att ”förhållandet mellan Pensionsmyndigheten och fondförvaltarna vilar på civilrättslig grund” och att avtalet är ”civilrättsligt” (se t.ex. s. 29).

Dessa uttalanden är ekon av Pensionsmyndighetens uttalanden i dess promemoria Stärkt konsumentskydd inom premiepensionen (dnr Fi2017/00945/PPM).

Det är känt att det föreligger tvister mellan å ena sidan Pensionsmyndigheten och å andra sidan fondförvaltare (t.ex. Advisor och Allra), vars fonder antingen köpstoppats eller uteslutits från PPM. Centrala frågor i dessa tvister är huruvida det ligger inom Pensionsmyndighetens behörighet att uppställa egna materiella verksamhetskrav på fonder och fondförvaltare i sitt samarbetsavtal med fondförvaltarna, huruvida Pensionsmyndighetens olika beslut har sådan offentligrättslig karaktär att de utgör myndighetsutövning och huruvida besluten är överklagbara till förvaltningsdomstol. Uttalandena i promemorian om gällande rätt träffar således omtvistade och ännu inte slutligt avgjorda frågor. Advokatsamfundet vill understryka att det följer av rättsstatliga principer att de uttalanden om gällande rätt som görs i promemorian inte kan ändra det rättsläge som förelegat fram till dagen för den nya lagstiftningen eller de rättsliga förutsättningarna i pågående processer, även om den föreslagna lagstiftningen införs. Lagstiftning genom motiv är inte tillåten.

¹⁹ I frågan om verkställighet av ett uteslutningsbeslut synes promemorian förutsätta att rättsverkan av att fonder inte längre uppfyller kraven i förslagets 19 § är att Pensionsmyndigheten ska lösa in fondandelarna och placera likviden i AP7 Såfa (s. 74). I promemorian benämns förfarandet ”avregistrering” (se t.ex. s. 45). Denna tänkta rättsföljd och terminologi framgår emellertid inte av lagtexten i förslagets 19 §, vilket är en brist.

Enligt Advokatsamfundet är den relevanta frågan i lagstiftningsärendet inte heller vad som är gällande rätt i dag avseende överklagbarhet av olika typer av beslut, utan vad som är den rimliga lösningen framgent mot bakgrund av den föreslagna nya lagtexten. Till detta kommer att dagens lagtext i 64 kap. 19 § socialförsäkringsbalken inte, som i lagförslaget, kopplar samman villkoren i avtalet mellan fondförvaltare och Pensionsmyndigheten med rätten att delta i PPM, varför förutsättningarna ser annorlunda ut. Uppfattningen om gällande rätt i promemorian kan också i sig ifrågasättas.²⁰

6.2.3 Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser Advokatsamfundet att uteslutningsbeslut ska kunna överklagas till förvaltningsdomstol. Lagtexten bör i vilket fall tydligt klargöra vad som ska gälla i denna fråga samt reglera uteslutningsbeslut och rättsföljden av sådant uttryckligt.

7. Normgivningsform

Promemorian föreslår att de regler som ska gälla för att fondförvaltare ska ha rätt att verka inom PPM ska bestämmas i lag (socialförsäkringsbalken), förordning utfärdad av regeringen och avtal vars innehåll ska bestämmas av Pensionsmyndigheten på basis av bemyndigande i lagen. Därmed skulle fondförvaltarens deltagande i PPM regleras på tre olika ställen. Enligt Advokatsamfundet är denna fragmentering olämplig i sig.

Enligt Advokatsamfundet är de frågor som Pensionsmyndigheten ska få reglera av sådan karaktär och betydelse att avtalsformen är direkt olämplig. Att avtalsreglera dessa frågor vore ett avsteg från svensk offentligrättslig tradition. Ytterligare invändningar mot avtalsformen framgår av avsnitt 8. När det gäller genomlysning frågar sig samfundet också varför de närmare reglerna som Pensionsmyndigheten avser införa avseende kapitalförvaltning inte kunnat anges i promemorian. Promemorian baseras på Pensionsmyndighetens förslag och myndigheten har sannolikt redan ha tagit fram de

²⁰ Att rättsförhållandets grund uteslutande är civilrättslig motsägs av att rätten att delta i PPM är reglerad i offentligrättslig lagstiftning och att ett beslut att ansluta en fondförvaltare till PPM är ett förvaltningsbeslut. Det är f.ö. sällan meningsfullt att etikettera hela rättsförhållanden som antingen ”civilrättsliga” eller ”offentligrättsliga”. Ett avtal är alltid civilrättsligt i den meningen att det är just ett avtal (se Lagrådets yttrande den 11 september 2008 över lag om valfrihetssystem, s. 3), men kan reglera såväl offentligrättsliga som rent privaträttsliga *frågor*. Se här till t.ex. NJA 1983 s. 680 (”Talan har – oavsett att käranden gör gällande att rättsförhållandet mellan henne och kommunen grundar sig på ett avtal som är att bedöma enligt civilrättsliga regler – ansetts rätteligen inte kunna upptas till prövning av allmän domstol.”). Notera också Kammarrättens skäl i dom den 17 oktober 2017 i mål 4489-17 (Advisor): ”Kammarrätten bedömer att rättsförhållandet mellan Pensionsmyndigheten och de fondförvaltare som ingår i premiepensionssystemet har offentligrättsliga inslag som innefattar myndighetsutövning mot enskild”. Kammarrätten ansåg dock i sitt nu överklagade beslut att Pensionsmyndighetens beslut om *tillfälligt köpstopp* inte utgjorde myndighetsutövning, eftersom Pensionsmyndigheten ”inte hade att tillämpa några särskilda föreskrifter om förutsättningarna”. I ett beslut den 24 mars 2017 i mål nr 1684-17 (Allra) inhiherade samma kammarrätt Pensionsmyndighetens beslut att *utesluta en fondförvaltares fonder från PPM* (jfr 64 kap. 19 § socialförsäkringsbalken). Kammarrätten fann att det rådde ovisshet dels om beslutet var överklagbart, dels om det var ogiltigt på förvaltningsrättslig grund. Högsta förvaltningsdomstolen fann inte skäl att meddela prövningstillstånd. Pensionsmyndighetens beslut om *begränsning av det antal fonder* en fondförvaltare fick ha på PPM prövades i sak av Kammarrätten i Stockholm i dom den 15 juni 2009 i mål nr 5536-08 (Swedbank Robur).

konkreta reglerna man tänker sig. Det förutsätts ju att det nya systemet ska kunna träda i kraft redan den 1 juli 2018 (se s. 71).

Valet av förordningsform för de ekonomiska kriterierna motiveras i promemorian med att det ger möjlighet att ”snabbt kunna ändra valda nivåer” (se s. 47). Advokatsamfundet anser inte detta vara ett giltigt argument. Tvärtom menar Advokatsamfundet att behovet av förutsebarhet för fondförvaltarna måste utesluta snabba förändringar av valda ekonomiska kriterier. Fondförvaltarna måste kunna förlita sig på givna spelregler och att dessa inte ändras hastigt. Förslagen i promemorian inger inte någon trygghet i att det kommer att läggas fast spelregler på PPM, som är beständiga ens fram till införandet av ett upphandlat fondtorg.

Enligt Advokatsamfundet bör samtliga de frågor som förslaget avser regleras i lag, inte i förordning och/eller avtal, i den mån de alls ska regleras (nu).

8. Rättssäkerhetsfrågor

Förslagets 18 a § innebär att lagstiftaren bestämmer att regeringen respektive Pensionsmyndigheten ska uppställa materiella krav i en mängd olika avseenden.

De konkreta krav som avses ställas av Pensionsmyndigheten anges inte i förslaget till lagtext och inte heller i promemorian. I stället anges bara abstrakt inom vilka ämnesområden som Pensionsmyndigheten ska få uppställa dessa regler.

Pensionsmyndighetens närmast obegränsade reglerings- och sanktionsmöjligheter (som endast vagt berörs i promemorian) strider enligt Advokatsamfundet mot svensk förvaltningstradition. Sådana breda mandat ges inte till myndigheter i frågor av denna karaktär och betydelse. Förslaget kan kontrasteras mot hur kringgärdad en traditionell tillsynsmyndighet som Finansinspektionen är av detaljerade materiella regler och förfaranderegler.

I dagens samarbetsavtal²¹ har Pensionsmyndigheten på basis av en rätt att ensidigt ändra avtalet redan infört ett odefinierat och tidigare inte känt koncept om ”god sed inom premiepensionen”,²² som man själv i praktiken bestämmer innehållet i, jfr promemorian s. 42. Man har också infört regler om att det räcker att Pensionsmyndigheten subjektivt ”bedömer” en fond som ”olämplig” för att den ska kunna uteslutas ur PPM.²³ Vidare presumeras fondförvaltare vara skyldiga till andras överträdelse av god sed, om sådana överträdelse gynnat fondförvaltarens fond.²⁴ Av promemorian framgår att det är tänkt att presumtioner och bevisbörderegler också framgent ska tillämpas i betydande omfattning mot fondförvaltarna (se t.ex. s. 45 och 83). Till detta kommer att det nu också tycks som

²¹ Allmänna villkor för samarbete mellan Pensionsmyndigheten och fondförvaltare av den 1 oktober 2016 (”2016 års villkor”).

²² § 11.1 i 2016 års villkor.

²³ § 6.4 andra stycket punkten (vii) i 2016 års villkor. Jfr § 6.5 om köpstopp.

²⁴ § 11.3 i 2016 års villkor.

om myndigheten ska kunna vitesbelägga överträdelser av ”god sed”. Hur dessa vitesregler ska utformas anges inte.

Den föreslagna lagtexten till 19 § anger att överföring endast får ske till fondförvaltare, som uppfyller inträdesvillkoren och ”de villkor som ställs i fondavtalet”. Utöver att fondavtalets slutliga innehåll i dag är okänt är det notabelt att Pensionsmyndigheten härigenom får rätt att, eller snarare är tvingad att, avstå från att överföra sparmedel så fort det föreligger ett avtalsbrott, oavsett avtalsbrottets karaktär och väsentlighet. Pensionsmyndigheten kan vidare när som helst framkalla en tillämpning av 19 §, genom att tillämpa den ensidiga ändringsbestämmelsen i fondavtalet.

Sammanfattningsvis synes förslaget ge Pensionsmyndigheten möjligheter att, i princip skönsmässigt utesluta fondförvaltare från PPM. Det utsätter fondförvaltarna för en oacceptabel rättsosäkerhet. Advokatsamfundet anser därför att förslaget inte uppfyller grundläggande rätts säkerhetskrav.

9. Hur förhåller sig förslaget till EU-rätten?

9.1 Promemorians analys

I promemorian redogörs kortfattat för vissa EU-rättsliga regler. Emellertid företas ingen närmare analys av hur förslaget förhåller sig till EU:s primärrätt eller sekundärrätt. I promemorian återges ett uttalande från prop. 1997/98:151 att det står varje land fritt att i ett socialförsäkringssystem ställa sådana krav, som påkallas av försäkringssystemets ”särskilda natur” samt att det saknas anledning att se annorlunda på denna fråga i dag (se s. 30).²⁵ Därefter omnämns ett mål i EU-domstolen, som gällde frågan om ett visst system omfattades av de detaljerade, direktivstyrda, reglerna om offentlig upphandling. Promemorian drar därefter slutsatsen att de extraregler, som ska uppställas för fondförvaltarna, måste vara generellt tillämpliga och får inte ”direkt eller indirekt innebära att avvikelser görs i förhållande till vad som gäller enligt direktiv på området och andra EU-rättsakter”. Kraven ”bör” vara icke-diskriminerande, objektiva, marknadsmässiga och transparenta. Någon analys av huruvida förslaget verkligen uppfyller dessa kriterier förekommer dock inte. Som Advokatsamfundet redan berört och kommer att återkomma till anser samfundet att det inte låter sig sägas att kriterierna i lagförslaget avseende inträde och uteslutning är icke-diskriminerande, objektiva och transparenta.

På annan plats i promemorian (s. 21) uttalas, korrekt, att en UCITS-fond enligt UCITS ”ska följa de regler som gäller i det land där fonden är etablerad”. Hur promemorian menar att detta uttalande och uttalandet (s. 30) att kraven inte direkt eller indirekt får innebära att avvikelse görs från direktiv, låter sig förenas med införandet av reglering i Sverige, som ska tillämpas på utländska företags kapitalförvaltningsverksamhet framgår inte.

²⁵ EU-rätten har emellertid utvecklats betydligt under 20 år, varför slutsatsen torde tarva grundligare analys.

Enligt Advokatsamfundet är EU-rätten en mycket stor stötesten för förslaget. Den borde ha analyserats mer noggrant. Promemorian borde ha redovisat vilka olika EU-rättsliga regler och principer som gäller respektive inte gäller och därefter applicerat relevanta regler och principer på varje enskilt krav som föreslås.

Det finns därför anledning för Advokatsamfundet att tämligen ingående beröra vilka EU-rättsliga regler, som potentiellt är tillämpliga i detta fall och vilken innebörd de har för att sedan pröva de föreslagna kraven mot detta.

9.2 Relevanta EU-rättsliga regler i sekundärätten

Inom EU-rätten talas om såväl full (eller total) harmonisering, som minimiharmonisering. Fullt harmoniserande rättsakter är tvingande regelverk för medlemsländerna. Medlemsländerna får inte tillämpa avvikande regler, vare sig strängare eller lindrigare. Minimiharmoniserade rättsakter uppställer i stället en miniminivå för medlemsstaternas lagstiftning på ett visst sakområde, varför en medlemsstat kan välja att upprätthålla en högre skyddsnivå. Det finns dock bland- och mellanformer.²⁶

9.2.1 UCITS

UCITS-direktivet (jämte rättsakter som antagits på basis av UCITS, såsom kommissionens direktiv 2010/43/EU) är exempel på en slags mellanform när det gäller harmonisering. Ett övergripande syfte med UCITS är att skydda fondspararna.²⁷ Ett annat är att skapa en gemensam fondmarknad inom EU.

Enligt UCITS är det hemmedlemsstatens regler som ska gälla för en fondförvaltares verksamhetsutövning.²⁸ Materiella nationella rörelseregler kan – men endast som huvudregel – införas som går längre än UCITS. Emellertid är det endast fondförvaltarens hemmedlemsstat, som har rätten att införa sådana strängare regler.²⁹ Artikel 5(1) och artikel 16 (Rätt till etablering och frihet att tillhandahålla tjänster) slår också fast principen att en fondförvaltare, som auktoriserats av sin hemmedlemsstat, har rätt att i gäststaten bedriva den verksamhet det auktoriserats för. UCITS innehåller således uttryckliga regler om så kallat ömsesidigt erkännande. Den svenska staten kan alltså i viss utsträckning införa strängare regler för fondförvaltare hemmahörande i Sverige, men inte för utländska gränsöverskridande fondförvaltare.³⁰

²⁶ Sundstrand, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 2012, s. 86 (cit. Sundstrand). Se även t.ex. generaladvokaten Trstenjak i *Kommissionen mot Tyskland*, C-160/08, not 43 med vidare hänvisning till *Kommissionen mot Frankrike*, C-299/08 (att ett direktiv syftar till minimiharmonisering utesluter inte att det på vissa punkter skett en uttömmande harmonisering).

²⁷ Se t.ex. UCITS-direktivet skäl 3, 8 (organisatoriska krav), 10 (intern insyn), 25 (startkapital), 29-32 (skydd vid fusioner), 45 (motpartsrisiker och värdering av derivat), 55 (skydd mot onödiga kostnader och avgifter), 59-61 (informationsgivning), 85 (riskhantering, intressekonflikter och uppföranderegler), 88 (prospekt, öppenhet och information) samt t.ex. artiklarna 10-15, 19-21, 49-57 och 68-90.

²⁸ Se t.ex. UCITS-direktivet artikel 12, 14 och 19(1) och (3).

²⁹ Se UCITS-direktivet skäl 15 samt artikel 12, 14, 19(1) och 19(3).

³⁰ Se härvid t.ex. prop. 2017/18:5 s. 48-49 om införandet av informationskrav avseende hållbarhet för svenska aktörer som går längre än minimumreglerna i UCITS.

Det är således inte möjligt för gästmedlemsstaten att kräva att en gränsöverskridande utländsk fondförvaltare underkastar sig gästmedlemsstatens egna verksamhetsregler.³¹ Inte heller kan gästmedlemsstaten införa strängare regler än UCITS inom hela eller delar av sitt territorium, som ska tillämpas på utländska gränsöverskridande fondförvaltare. Denna ”hemlandsprincip” är tvingande.

Av UCITS följer också att det endast är en myndighet i varje land som kan utöva tillsyn över att en fondförvaltare följer regler, avseende hur man bedriver sin verksamhet.³² Slutligen gäller att det är hemmedlemsstatens tillsynsmyndighet, inte gäststatens, som har rätt och skyldighet att bedriva tillsyn.³³ Det finns dock utrymme för den utpekade myndigheten i gästmedlemsstaten att vid akuta situationer vidta vissa temporära säkerhetsåtgärder.³⁴

UCITS är en del av EU:s sekundärrätt. Den svenska lagstiftaren är därmed bunden av UCITS. Som framgår av promemorian och lagförslaget är tanken att Sverige genom lag eller efter bemyndigande i lag ska uppställa kriterier för inträde i och uteslutning från PPM, som också ska tillämpas på utländska gränsöverskridande fondförvaltare. Dessa kriterier tar sikte på förhållanden som redan regleras i UCITS och från UCITS härledda rättsskällor samt i utländska fondförvaltares hemmedlemstators lagstiftning (som härleds från UCITS). Detta synes inte tillåtet för Sverige på grund av UCITS. Pensionsmyndigheten i Sverige ska dessutom bedriva en faktisk tillsyn över efterlevnaden av dessa regler även för utländska fondförvaltare och, som det får antas, bestraffa bristande efterlevnad genom bland annat vite. Även detta kan vara otillåtet på grund av UCITS, även om gränserna för vad som utgör tillsyn inte är helt enkla att definiera. Enligt Advokatsamfundet torde därför UCITS hemlandsprincip i sig utgöra hinder mot att införa de föreslagna kraven inom PPM.

9.3 EU:s primärrätt

Advokatsamfundet ifrågasätter dessutom om förslaget är förenligt med EU:s primärrätt.

9.3.1 Konkurrensrätt

En första fråga på primärrättens område är om konkurrensrättens regler kan komma i spel. Promemorian behandlar inte förslagets förenlighet med nämnda regler och inte heller dess lämplighet med hänsyn därtill.

³¹ Senast konstaterat av regeringen i prop. 2017/18:5 på s. 38.

³² Se UCITS-direktivet skäl 21.

³³ Se UCITS-direktivet skäl 11, 18, 21 och 23 samt t.ex. artikel 10(2) samt 19(2) och 19(5).

³⁴ UCITS-direktivet Artikel 21(5) och (7). Jfr härvid *Onix*, C-559/15, där EU-domstolen förklarade att det enda utrymme för gäststatens myndigheter att avvika från en motsvarande princip om hemlandsauktorisering och hemlandstillsyn i direktiv 1992/49/EU avseende direktförsäkring, var begränsad till den explicita skyddsregeln i direktivet som gav gäststatens tillsynsmyndighet möjlighet att införa temporära skyddsåtgärder vid akuta situationer.

En inledande fråga är om Pensionsmyndigheten är ett ”företag” enligt Artikel 101 och 102 i EU-fördraget eller enligt den svenska konkurrenslagen. En myndighet som ägnar sig åt ekonomisk eller kommersiell verksamhet av någon betydelse torde vara ett företag i konkurrensrättens mening, till den del man inte ägnar sig åt myndighetsutövning.³⁵

Den principiella hållning som genomsyrar promemorian är att Pensionsmyndighetens tillämpning av sina avtal med fondförvaltarna efter beslut om inträde är ”civilrättslig” och har karaktären av ”affärsbeslut”. Med det resonemanget (vilket dock kan ifrågasättas åtminstone för uteslutningsbeslut) borde avtalstillämpning betraktas som åtgärder vidtagna av ett företag och därmed i och för sig bli underkastade konkurrensrätten.

Frågan skulle då bli hur de avtalsvillkor, som Pensionsmyndigheten kommer att införa och tillämpa, skulle tåla en konkurrensrättslig prövning. I det sammanhanget bör särskilt hänsyn tas till förbudet mot missbruk av en dominerande ställning, som återfinns i Artikel 102 i EU-fördraget och i 2 kap. 7 § konkurrenslagen.³⁶ Det är inte otänkbart att PPM i konkurrens hänseende skulle betraktas som en separat relevant marknad och att Pensionsmyndigheten, på en sådan definierad marknad, intar en dominerande ställning. Detta skulle i så fall innebära särskilt stränga krav på myndigheten i konkurrens hänseende, eftersom en dominant har ett särskilt ansvar för förhållandena på den aktuella marknaden.³⁷ Myndigheten torde i själva verket vara monopolist på en sådan marknad. I sådant fall har myndigheten ett extra tungt ansvar för sitt agerande på marknaden. En sådan position benämns i konkurrensrätten ofta ”superdominant”.³⁸

Därvid kan noteras att tillämpning av avtalsvillkor, som t.ex. ger dominanten möjlighet att avsluta eller reducera ett annat företags möjlighet att verka på marknaden, behöver vara objektivt motiverad, även om det bakomliggande avtalets villkor i och för sig ger dominanten rätt att agera på visst sätt och även om villkoret tillämpas icke-diskriminerande på alla aktörer på marknaden.³⁹ Bestämmelser som bestraffar företag för andra företags agerande är också problematiska, med hänsyn till kravet på objektivitet.

9.3.2 Offentlig upphandling,

En annan fråga är om förslaget och Pensionsmyndighetens roll sätter reglerna om offentlig upphandling i spel. Promemorians inställning synes vara att så inte är fallet och hänför sig till likheterna mellan PPM och det upplägg som bedömdes i målet Falk Pharma, C-410/14 (se s. 30 f.). Advokatsamfundet delar uppfattningen att direktivreglerna om offentlig upphandling sannolikt inte är tillämpliga på PPM, som det framgår av lagförslaget.

³⁵ 1 kap. 5 § första stycket § konkurrenslagen. Beträffande EU-rätten, se *Kommissionen mot Italien*, C-118/85. Se också Carlsson och Bergman, *Konkurrenslagen*, 2015, s. 97-98.

³⁶ Bestämmelserna är i materiellt hänseende i det närmaste identiska.

³⁷ Se *Michelin mot Kommissionen*, C-322/81, s. 3461. Se också *Konkurrensrätt – En Handbok*, Karnov 2014, s. 674-675.

³⁸ Om superdominantens särskilda ansvar, se bl.a. *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, punkten 81. Se också *Konkurrensrätt – En Handbok*, s. 674-675.

³⁹ Som nedan kommer att framhållas utgör dock överkrav i förhållande till UCITS med all sannolikhet så kallad indirekt diskriminering.

9.3.3 Fri rörlighet m.m.

Som framgår av ett flertal rättsfall från EU-domstolen är dock EU-fördragets grundläggande regler, primärrätten, tillämpliga när det allmänna införskaffar ekonomiska nyttigheter, oavsett om det rör sig om offentlig upphandling, tjänstekoncession, auktorisationssystem eller något annat liknande förfarande, och vare sig förfarandet faller under EU-direktiv och/eller lag eller utanför. Därmed blir såväl EU-fördragets regler som EU-rättens allmänna principer tillämpliga. Detta innefattar bland annat reglerna och principerna om fri rörlighet av varor, tjänster, personer och kapital i artiklarna 45, 49, 56 och 63, om icke-diskriminering,⁴⁰ samt regler om öppenhet, ömsesidigt erkännande, förutsebarhet och proportionalitet.⁴¹

Alla delar av statsapparaten är bundna av EU:s primärrätt.⁴² Det innebär att vid myndigheters upphandling (i vid mening) är inte bara normgivaren, utan även upphandlande myndighet bunden av primärrätten. I förevarande fall innebär det att primärrätten blir tillämplig såväl på ändringarna i socialförsäkringsbalken, på den föreslagna regeringsförordningen, som på de avtalsvillkor som Pensionsmyndigheten sedermera förväntas tillämpa.

Om de krav som den upphandlande myndigheten uppställer går längre (dvs. är helt nya eller strängare) än de krav som uppställs inom harmoniserad EU-rätt eller i tjänsteleverantörens hemland, uppkommer särskilda frågor.

Skulle full harmonisering råda är utrymmet för krav som går längre än de som anges i den harmoniserade sekundärrätten synnerligen begränsat.⁴³ Detta gäller oavsett om kraven ökar nivån på krav, som formuleras i den harmoniserade rättsakten ("överkrav") eller utgör krav av annan art och med annat syfte än de som uttryckligen anges i rättsakten ("nya krav"). Detta beror på att EU vid fullharmonisering presumeras ha gjort alla relevanta avvägningar, även gentemot intressen som inte uttryckligen berörs i rättsakten.⁴⁴

⁴⁰ Fri rörlighet och icke-diskriminering är intimt sammankopplade. Jfr *Contse*, C-234/03 där domstolen förklarar att icke-diskrimineringsprincipen följer av reglerna om den fria rörligheten och Hettne, Legal analysis of the possibilities of imposing requirements in public procurement that go beyond the requirements of EU law, av den 19 april 2012, bilaga 12 till SOU 2013:12 (cit. Hettne 2012), s. 7.

<http://www.regeringen.se/49bb50/contentassets/94e3a7f86d2f4784b126e16c6f4ec3a4/bilagedel-3-sou-201312>.

⁴¹ Jfr Hettne 2012, s. 7 ff. (om offentlig upphandling), *Telaustria*, C-324/98 (tjänstekoncession), *Contse*, C-234/03 (tjänstekoncession), *Falk Pharma*, C-410-14 (auktorisationsförfarande), lagrådets yttrande 11 september 2008 över förslag till lag om valfrihetssystem (valfrihetssystem) samt HFD:s dom den 18 oktober 2010 i mål nr 7957-09 (offentlig upphandling). Sundstrand 2012, s. 83, uttalar generellt att tilldelning av kontrakt som faller utanför direktivens reglering ändå omfattas av EU-fördragets bestämmelser och de allmänna rättsprinciper som kan härledas ur detta.

⁴² Utöver ovan angivna källor, se t.ex. *Marshall*, C-152/84 punkt 49; *Fratelli Costanzo*, C-103/88, punkt 30 och 31; *Foster and Others*, C-188/89, punkt 18; och beslutet i *Sozialhilfverband Rohrbach*, C-297/03, punkt 27.

⁴³ Bokwall & Håkanson, JP Infonet, 21 november 2011, fogat till Svenskt Näringslivs remissyttrande SN 228/2011, S2011/10312/RU, (cit. Bokwall & Håkanson), s. 24 ff., särskilt s. 27, https://www.svensktnaringsliv.se/migration_catalog/remissvar-2011-228_532337.html/BINARY/Remissvar%202011-228.

⁴⁴ Se t.ex. *Lidl Magyarorszá*, C-132/08, och Bokwall & Håkanson, s. 24 f.

När kraven i stället går utöver en minimiharmoniserad nivå är utrymmet för avvikelser något större. Man bör dock skilja på ”överkrav” och ”nya krav”, eftersom utrymmet för de förra är litet, men för det senare sannolikt större. Utgångspunkten är dock att såväl ”överkrav”, som ”nya krav” i förhållande till de krav som gäller i leverantörens hemstat, utgör så kallad indirekt diskriminering. Även om kraven är generellt tillämpliga för företag från alla länder, innebär de nämligen rent faktiskt en dubbel börda för utländska aktörer i det att de måste anpassa sig såväl till kraven i sitt eget hemland, som till kraven i gästmedlemsstaten.⁴⁵ Sådana nya krav eller överkrav måste därför rymmas under ett undantag eller kunna rättfärdigas.

9.3.4 Undantag från den fria rörligheten

Regeln i artikel 153 i EU-fördraget anger att medlemsstaterna har en erkänd behörighet att fastställa de grundläggande principerna för sina system för social trygghet. Medlemsstaterna måste dock likafullt beakta gemenskapsrätten vid utövandet av denna behörighet.⁴⁶ Därtill kommer att artikel 153 endast fångar den sociala trygghetsrättigheten, som sådan samt individers och företags skyldighet att bidra till dess förverkligande. Därmed gör EU-rätten ingen skillnad på avtal som en myndighet upphandlar (i vid mening) med näringsidkare för att ytterst tillgodose ett system, som tillförsäkrar medborgarna social trygghet och avtal som inte har sådant syfte.⁴⁷ Det faktum att fondförvaltarnas kapitalförvaltningstjänster tillhandahålls för att i slutändan tillgodose ett socialt trygghetssystem, gör därför inte att de faller utanför bestämmelserna om t.ex. fri rörlighet för tjänster och kapital.⁴⁸

9.3.5 Rättfärdigande av inskränkningar i den fria rörligheten – Gebhard-testet

Således måste i stället inskränkningen i den fria rörligheten kunna rättfärdigas antingen enligt artikel 36 eller den närbesläktade doktrinen om tvingande hänsyn.⁴⁹ Bägge dessa är dock underkastade proportionalitetsprincipen.

Detta innebär sammantaget att en inskränkning av den fria rörligheten av gästmedlemsstaten är tillåtlig endast om åtgärden är:

- i. icke-diskriminerande,
- ii. motiverad av en tvingande hänsyn till allmänintresset,

⁴⁵ Det klassiska rättsfallet där denna princip om dubbel börda artikuleras (på området för varor) är *Cassis de Dijon*, C-120/78.

⁴⁶ *Decker*, C-120/95, *Kohll*, C-158/96, samt *Watts*, C-372/04.

⁴⁷ *Kommissionen mot Tyskland*, C-271/08 och Barnard, *The Oxford handbook of European law*, s. 971 f., särskilt s. 974. Denna distinktion följer också av EU-domstolens återkommande formulering: ”I avsaknad av en harmonisering på gemenskapsnivå ankommer det följaktligen på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma dels villkoren för rätten eller skyldigheten att ansluta sig till ett system för social trygghet dels villkoren som ger rätt till förmåner” [Vår kurs.], se t.ex. *Richards*, C-423/04 punkt 33.

⁴⁸ Se t.ex. *Kommissionen mot Polen*, C-271/09, där domstolen avfärdade argumentet från Polen att den fria rörligheten för kapital inte var tillämplig, eftersom fråga var om ett obligatoriskt socialt trygghetssystem (pensionsfonder).

⁴⁹ T.ex. Hettne 2012, s.18 f. och Bokwall & Håkansson, s. 24.

- iii. ägnad att säkerställa att de mål som eftersträvas uppnås och
- iv. inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.

De två senare deltesten är alltså ett uttryck för den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen. Inom ramen för denna beaktas också principen om förutsebarhet. Det innebär att det typiskt sett är svårare att uppfylla proportionalitetstestet, om de krav som uppställs är oförutsägbara eller skönsmässiga. Ovanstående fyrstegstest artikuleras i det ledande rättsfallet Gebhard.⁵⁰ Medlemsstaten har bevisbördan för att rekvisiten är uppfyllda.⁵¹ Gebhard-testet tillämpas på såväl lagstiftande, som upphandlande (i vid mening) myndigheter.⁵²

Av särskild betydelse vid tillämpning av Gebhard-testet är principen om ömsesidigt erkännande. Medlemsstaterna lyckas därför sällan övertyga domstolen om att överkrav är nödvändiga och proportionella om det redan finns regler i leverantörens hemstat, som syftar till att tillgodose samma intresse som det intresse överkravet tar sikte på.⁵³ I t.ex. Kommissionen mot Belgien, C-355/98 (punkten 37) använde domstolen en lokution som återkommer i flera rättsfall.

”Det bör nämligen erinras om att friheten att tillhandahålla tjänster, som är en grundläggande princip i fördraget, endast kan inskränkas genom regler som motiveras av allmänintresset och som gäller för alla fysiska eller juridiska personer som utövar verksamhet på värdstatens territorium, i den mån detta intresse inte skyddas genom de regler vilka den person som tillhandahåller tjänster är underkastad i den medlemsstat där han är etablerad.”

I det aktuella fallet är principen om ömsesidigt erkännande explicit inskriven i UCITS genom principerna att det är hemlandets rörelse regler, som gäller för fondförvaltaren och det endast är hemlandets myndighet, som kan utöva tillsyn.⁵⁴

Än svårare blir det om de materiella reglerna i hemmedlemsstaten baseras på minimiharmoniserad EU-rätt. I det fallet har ju medlemsstaterna betraktat den harmoniserade miniminivån, som tillräcklig och rimlig för att tillgodose det ifrågavarande intresset. I Kommissionen mot Polen, C-271/09, ansågs det att Polen hade brutit mot EU-fördraget, när Polen hade föreskrivit att en öppen pensionsfond som förvaltade pensionsmedel inte hade rätt att investera i vissa typer av instrument. Domstolen

⁵⁰ *Gebhard*, C-55/94.

⁵¹ *Denkavit Futtermittel*, C-251/78.

⁵² Se t.ex. *Contse*, C-234/03, punkterna 23-25 och *Serrantoni*, C-376/08, punkterna 33-34 och 44. Se även Hettne 2012, s. 11 och Hettne SIEPS 2013 (cit. Hettne 2013), s. 10 (http://www.sieps.se/publikationer/2013/strategic-use-of-public-procurement--limits-and-opportunities-20137epa/Sieps_2013_7epa.pdf) och Sundstrand 2012, s. 154.

⁵³ Se t.ex. *Kommissionen mot Italien*, C-131/01, *Webb*, 279/80, *Arblade*, C-369/96 och C-376/96, *Corsten*, C-58/98, *Säger* C-76/90, *Mediawet*, C-288/99, *Kommissionen mot Tyskland*, C-205/84, *Van Waesmael*, C-110 och 111/78. Se även Bokwall & Håkansson, s. 25 ff. (Observera att Hettne 2012 primärt diskuterar nya krav, dvs. krav som syftar till att tillgodose ett annat intresse.)

⁵⁴ Principens tillämplighet på valfrihetssystem bekräftas uttryckligen i 1 kap. 2 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

hänvisade här till principerna i direktiv 2003/41/EG om verksamhet i och tillsyn över tjänstepensionsinstitut, trots att dessa inte ens omfattade situationen i målet (se punkterna 62-66 i domen).

I UCITS-direktivet, skäl 8, anges uttryckligen att UCITS-direktivets regler är ”nödvändiga och tillräckliga” för att medlemsstaterna ska nöja sig med den auktorisation, som ges i respektive hemmedlemsstat. I flertalet fall i 18 a § föreslås dock att lagstiftaren ska uppdraga åt Pensionsmyndigheten att införa överkrav, som syftar till att tillgodose ett intresse som redan hanteras i UCITS-direktivet och i hemmedlemsstatens lagstiftning i anledning av UCITS-direktivet.

10. Närmare om förslagets 18 a §

I det följande kommenterar Advokatsamfundet de punkter i den föreslagna 18 a §, som ska ge Pensionsmyndigheten mandat att införa sådana överkrav och kravens förenlighet med EU-rätten. Utgångspunkten för analysen är att PPM ska vara ett s.k. öppet system och att kriterierna således ska användas som grunder för att vägra fondförvaltare (åter)inträde i PPM och/eller grunder för uteslutning.

Det bör erinras om att Pensionsmyndighetens villkor inte nödvändigtvis kommer att utgöra just överkrav. De kan också teoretiskt komma i direkt konflikt med regler, som ska gälla enligt EU-rätten eller som ska tillämpas på fondförvaltare enligt den UCITS-baserade normgivningen i fondförvaltarens hemmedlemsstat. I sådana fall råder ingen tvekan om att Pensionsmyndighetens villkor inte blir tillåtliga enligt primärrätten, se ovan avsnitt 4.5.

10.1 Kravet på att fondförvaltare ska följa ”god sed på premiepensionsområdet” (första stycket)

Detta allmänt hållna krav syftar till att skydda fondspararna på PPM. Det är förvisso ett ändamål av allmänt intresse (jfr punkt (ii) i Gebhard-testet) att pensionsspararna ska skyddas från oseriösa aktörer och ageranden, som inte tillvaratar spararnas intressen. I det avseendet skiljer sig dock inte fondspararna i PPM från vem som helst, som investerar i fonder. Det bör vidare noteras att skyddandet av fondspararna är UCITS kanske huvudsakliga syfte.

Den primära skillnad som Pensionsgruppen anser sig kunna observera på PPM jämfört med fondmarknaden i stort är att pensionsspararna anses vara mindre insatta och engagerade, än ”normala” fondsparare. Enligt Advokatsamfundet kan dock detta inte motivera strängare krav på hur fondförvaltarna organiserar och bedriver sin kapitalförvaltningsrörelse, exempelvis såvitt gäller innehav och handel, riskhantering, internhandel, intressekonflikt, affärsmodeller etc.

Kravet avseende ”god sed” har dessutom allvarliga brister såvitt gäller objektivitet och förutsebarhet. Någon objektivt fastställbar god sed på premiepensionsområdet existerar

inte. ”God sed” blir i stället en funktion av vad Pensionsmyndigheten från tid till annan väljer att bedöma den som (se s. 42).

Mot bakgrund av att UCITS innehåller detaljerade och harmoniserade regler och krav på fondförvaltarens rörelse, att regeln är vag och oförutsebar och att Sverige enligt UCITS-direktivet vare sig har rätt att uppställa rörelse regler för utländska fondförvaltare eller bedriva tillsyn över deras rörelse, framstår det för Advokatsamfundet som tämligen klart att det aktuella kravet på att följa ”god sed på premiepensionsområdet” strider mot UCITS och utgör en sådan inskränkning i den fria rörligheten av tjänster och kapital, som inte låter sig rättfärdigas.

10.2 Affärsmässiga villkor (första stycket)

Vad för regler som avses införas under denna etikett konkretiseras inte i promemorian och någon egentlig bedömning kan därför inte göras. Enligt Advokatsamfundet är mandatet till Pensionsmyndigheten för brett och vagt.

10.3 Krav på affärsmodell, strategier och riktlinjer (andra stycket, punkten 1)

Samma kritik som i föregående stycke gör sig gällande här. Det går dessutom inte att utläsa vad för konkret information Pensionsmyndigheten skulle få rätt att begära eller vad för bedömning myndigheten skulle göra på basis av denna information.

Det kan vidare noteras att UCITS-direktivet redan innehåller regler om information avseende en fonds placeringsstrategi och riktlinjer för fondförvaltarens kapitalförvaltningsverksamhet.⁵⁵ Varför ytterligare information och bedömningar skulle erfordras, kan inte utläsas ur promemorian.⁵⁶

När det gäller fondförvaltarens ”affärsmodell” kan följande sägas. För det första regleras dessa frågor i UCITS.⁵⁷ För det andra anser Advokatsamfundet att det är olämpligt att staten, genom en myndighet, ska kunna diskvalificera ett företag på basis av att staten inte har samma uppfattning som aktören om hur man bedriver affärsmässig verksamhet. En sak är att EU och Sverige ställer upp rättsliga ramar för spelplanen, men inom dessa måste en fondförvaltare i en marknadsekonomi kunna välja affärsmodell.⁵⁸

⁵⁵ Artikel 68-82.

⁵⁶ I sammanhanget kan noteras att EU-domstolen i Kommissionen mot Polen, C-271/09, inte accepterat (förvisso mer långtgående) begränsningar i den fria rörligheten med motiveringen att ”medlemsstaternas lagstiftning om offentliggörande av information om finansiella produkter och om skydd för investerare och konsumenter till stor del harmoniserats på unionsnivå.”

⁵⁷ UCITS-direktivet artikel 12-14 och 19.3(c).

⁵⁸ Det kan också nämnas att Högsta förvaltningsdomstolen i ett upphandlingsmål, RÅ 1997 ref. 40, lika med NOU och Konkurrensverket, funnit att ett krav på att part ska redovisa uppgifter som har karaktär av interna affärsmässiga strategier var konkurrensbegränsande och otillåtet.

Advokatsamfundet menar således att krav på affärsmodell, strategier och riktlinjer som går utöver UCITS, strider mot UCITS och utgör inskränkningar i den fria rörligheten, som inte låter sig rättfärdigas.

10.4 Krav på ledning, ägare och organisation (andra stycket, punkten 2)

Även här är mandatet till Pensionsmyndigheten för brett och för vagt. Det framgår inte vilka konkreta krav, som avses uppställas.

På vilket sätt överkrav för PPM skulle kunna motiveras på basis av PPM-spararnas särskilda egenskaper är inte enkelt att inse. Det är inte fondspararna, som i dag har att bedöma handel ochandel.⁵⁹ Detta hanteras av relevant tillsynsmyndighet. Det är svårt att inse varför PPM-spararnas egenskaper skulle leda till slutsatsen att tillsynsmyndigheternas förmåga att pröva handel ochandel påverkas.

Advokatsamfundet kan inte heller se att det i aktuellt avseende skulle föreligga en erforderlig skillnad i behovet av skydd för fondspararna på PPM, jämfört med på marknaden i övrigt.

Till detta kommer att kommissionen på basis av UCITS-direktivet redan har lagt fast detaljerade regler om organisation och ägar- och ledningsprövning.⁶⁰ Att reglerna som sådana skulle vara otillräckliga just för PPM har inte framgått.

Advokatsamfundet menar således att krav som går utöver UCITS, strider mot UCITS och utgör inskränkningar i den fria rörligheten, som inte låter sig rättfärdigas.

10.5 Krav på innehav och handel och hantering av intressekonflikter (andra stycket, punkten 3 och 4)

Motsvarande synpunkter och slutsatser, som i föregående stycke gör sig gällande här. UCITS- och Kommissionsdirektivet innehåller detaljerade regler i aktuella avseenden och det finns inga belägg för att de är otillräckliga.⁶¹

10.6 Krav på marknadsföring (andra stycken, punkten 5)

Vad för konkreta krav, som avses införas under denna etikett framgår inte av förslaget. Mandatet är för vagt och brett.

⁵⁹ Jfr förslaget 18 a §, andra stycket andra punkten.

⁶⁰ UCITS-direktivet artikel 7.1(b), 7.2 och 8 samt Kommissionens direktiv 2010/43/EU, kapitel II (cit. Kommissionsdirektivet).

⁶¹ UCITS-direktivet Artikel 12.1, 14.1, och 50 samt Kommissionsdirektivet, kapitel III och V. Jfr också att EU-domstolen i målet *Kommissionen mot Polen*, C-271/09 underkände regler, som begränsade möjligheten att inom ramen för ett obligatoriskt pensionssystem investera i vissa instrument med hänvisning till att det fanns regler i direktiv som i och för sig inte var tillämpliga, men som ändå utvisade vilken nivå som ”unionslagstiftaren funnit lämplig”, § 63-66.

10.7 Krav på deltagande i gransknings-och uppföljningsarbete (andra stycket, punkten 7)

Samma synpunkter som i föregående stycke gör sig gällande.

10.8 Hållbarhetskrav (andra stycket, punkten 8)

Den 1 januari 2018 trädde ny lagstiftning i kraft i Sverige som uppställer krav på att fondbolag ska ge information, som behövs för förståelsen av fondens förvaltning med avseende på hållbarhet, däribland i frågor som rör miljö, sociala förhållanden, personal, respekt för mänskliga rättigheter och motverkande av korruption.⁶² Den svenska lagstiftaren har här infört krav, som går längre än UCITS-direktivets minimiregler. Något behov av annorlunda eller ännu mer långtgående regler just för PPM har inte identifierats i lagstiftningsarbetet avseende ändringar i lagen om värdepappersfonder.⁶³ Det har inte heller identifierats i promemorian.

Den faktiska effekten av promemorians lagförslag blir att ett dubblerat regelverk införs för svenska fondbolag på PPM bara månader efter det att lagstiftaren redan adresserat denna fråga på ett generellt plan och valt en högre nivå än UCITS för svenska fondbolag. För utländska aktörer blir effekten att de, trots UCITS hemlandsprincip, blir tvungna att underkasta sig såväl reglerna i sitt hemland, som Sveriges hållbarhetskrav. För fondförvaltare från länder där UCITS miniminivå tillämpas, blir detta en extra ekonomisk börda. Sammantaget är det för Advokatsamfundet klart att de extra reglerna just för PPM inte låter sig rättfärdigas, utan utgör otillåtna inskränkningar i den fria rörligheten.

10.9 De ekonomiska kriterierna (tredje stycket, punkterna 1-4)

Såvitt gäller de ekonomiska kraven på respektive fond (kraven på verksamhetshistorik, andel av fondmedel som härstammar från fondsparande utanför PPM och för visst minsta kapital i respektive fond) kan konstateras att några motsvarande regler inte finns i UCITS. Således torde det här finnas visst utrymme för reglering.

De olika krav som föreslås har olika syften (se s. 47 ff.). Kravet på verksamhetshistorik för fondförvaltare tycks syfta till att ”hålla ute olämpliga fondförvaltare och begränsa riskerna för oetiska och otillåtna ageranden”. Kravet på avkastningshistorik syftar till att ge bättre möjlighet för fondsparare att bedöma en fonds kvalitet och historiska resultat. Kravet på minsta tillåtna förvaltade kapital i fonden (vid inträde och löpande) syftar till att säkerställa att ”fondförvaltare har en tillräcklig ekonomisk bas för att kunna driva en professionell och kostnadseffektiv verksamhet och täcka kostnader för regelefterlevnad”. Kravet på att fonden vid anslutning måste ha ett visst kapital motiveras vidare med att ett sådant krav ökar sannolikheten för att fonden är konkurrenskraftig utanför PPM.

⁶² 4 kap. 24 § lagen (2009:46) om värdepappersfonder.

⁶³ Se prop. 2017/18:5.

Utgångspunkten är dock att samtliga krav utgör inskränkningar i den fria rörligheten och att de därför också måste kunna rättfärdigas vid en proportionalitetsbedömning. Klart är också att dessa kriterier är konkurrenshämmande, vilket framgår av den mycket stora utslagning av fondförvaltare och fonder som förväntas bli följden. Vilka fonder och fondförvaltare som skulle stoppas (helt eller delvis) respektive kvarstå efter tillämpning av de ekonomiska kriterierna, framgår inte av promemorian. Någon närmare analys av förslaget negativa påverkan på konkurrensen finns inte heller. Här föreligger en målkonflikt vars utfall inte är självklar i alla delar och som borde ha belysts; intresset av att begränsa aktörerna på PPM-marknaden till seriösa aktörer och att ge mer tillförlitlig information till pensionsspararna, bryts mot intresset av konkurrens, prispress, valfrihet och produktutveckling.

Advokatsamfundet är inte övertygat om att samtliga de nu lanserade förslagen är nödvändiga, lämpliga och minst ingripande.

Kravet på tre års verksamhetshistorik för fondförvaltare kan troligen rättfärdigas om det också finns belägg för att PPM drar till sig ett betydligt större antal mindre nogräknade aktörer. Resonemanget skulle då bygga på att det är först efter det att en fondförvaltare fått verka en tid som eventuella missförhållanden kan uppdagas, t.ex. av relevanta tillsynsmyndigheter och kontrollorgan, som förvaringsinstitut och revisorer.

Kravet på tre års avkastningshistorik synes möjligt att rättfärdiga utifrån antagandet att spararna på PPM typiskt sett har svårare att bedöma en fonds kvalitet och att historiska resultat härvid kommer att underlätta sådan bedömning.

Kravet på att fonden vid anslutning skulle behöva ha ett visst kapital är dock enligt Advokatsamfundet svårare att rättfärdiga. Motiveringen som ges är att ett sådant krav säkerställer att fonden kan upprätthålla regelefterlevnaden. Den förutsatta korrelationen mellan fondkapital och regelefterlevnad är inte övertygande. Om ett krav på verksamhets- och avkastningshistorik införs, kommer dessutom regelefterlevnad redan ha testats av relevant tillsynsmyndighet, under de år som fondförvaltaren och fonden har varit verksamma. Regelefterlevnaden kommer också att ha testats för respektive fondförvaltare, vilket är att föredra framför att med ekonomiska schablonkriterier dra fonder och fondförvaltare över en kam. Förslaget skulle dessutom kunna ge besynnerliga effekter. Låt säga att en fondförvaltare framgångsrikt och utan allvarliga anmärkningar förvaltat t.ex. en globalfond. Om denne vill erbjuda en nystartad mer nischad fond inom PPM skulle fonden vara diskvalificerad, trots att fondförvaltaren kan uppvisa historik på regelefterlevnad. På liknande sätt skulle en fond som förvaltas inom en mycket stor finansiell koncern med synnerligen stora regelefterlevnadsresurser, vara diskvalificerad på grund av ett schablonantagande om att fondkapital korrelerar med regelefterlevnad. Att sätta upp ekonomiska kriterier för en fond som ska utgöra bevis för fondförvaltarens regelefterlevnad, förefaller således vare sig ändamålsenligt eller proportionellt.

Kravet på att PPM-medel i fonden inte får överstiga en viss andel, syftar till att sälla bort aktörer som inte har konkurrenskraft utanför PPM. Detta motiv för att begränsa den fria

rörligheten och konkurrensen framstår inte som övertygande. Det går knappast att rättfärdiga en inskränkning i konkurrensen och den fria rörligheten med att de företag som sållas bort av staten har bedömts vara icke-konkurrenskraftiga, enligt kriterier uppställda av staten. Resonemanget blir ännu svagare när den bristande konkurrenskraften utanför en viss marknad (utanför PPM) ska utgöra bevis för konkurrenskraften på en annan (på PPM). Detta gäller inte minst då fonder inom PPM har en varierande, men betydande rabatt på förvaltningsavgiften.

Principiellt är det aktörerna på den relevanta marknaden som ska bedöma vad som är konkurrenskraftigt eller inte. Svenska PPM-sparares preferenser vad gäller risk kontra avkastning, kort- kontra långsiktighet, investeringsfilosofi etc., behöver inte heller motsvara vad som gäller för frivilliga fondsparare utanför PPM. Till detta kommer att olika fonder kan ha riktat sig mot olika segment eller geografiska områden och marknadsfört sig olika etc. Man skulle t.ex. kunna tänka sig att en fond med en filosofi att inte investera i vissa branscher, som fonden klassar som oetiska, kan finna intresserade svenska PPM-sparare, utan att för den skull nödvändigtvis vara särskilt framgångsrik i den medlemsstat där fonden har sitt nuvarande fokus.

Fonder knutna till stora finansiella aktörer torde också, allt annat lika, erhålla ett större förvaltad kapital, än fonder knutna till mindre aktörer, redan i kraft av att den större aktören hellre övertygar sina befintliga kunder att investera i dess egna fonder än i konkurrerande fonder. I sådana fall är inte det större fondkapitalet i sig ett bevis för att den större fonden är på något meningsfullt sätt ”bättre”. Tvärtom kommer kravet att cementera och öka den konkurrensfördel, som större aktörers fonder redan torde åtnjuta.

11. Förbud mot marknadsföring och försäljning över telefon

I promemorian föreslås en 23 b §. Där anges att ”Marknadsföring eller försäljning av produkter på premiepensionsområdet får inte ske via telefon”.

Advokatsamfundet noterar att bestämmelsen rent lagtekniskt innefattar en del mindre lämpliga lösningar. Dess tänkta tillämpning förklaras dessutom i promemorian på ett sätt som inte till fullo låter sig utläsas ur lagtexten. Vidare synes det olämpligt att ogiltighet ovillkorligen skulle bli resultatet av en överträdelse, då detta innebär att konsumenten kan komma att stå utan försäkringsskydd. Att placera en bestämmelse, som syftar till ogiltighet av privata livförsäkringar i socialförsäkringsbalken, förefaller också olämpligt.

Bestämmelsen är härutöver förmodligen oförenlig med EU-rätten. Direktivet 2002/65/EG om distansförsäljning av finansiella tjänster, behandlar bland annat telefonförsäljning. Artikel 10 anger bland annat att uppringningssystem är förbjudna, om konsumenten inte samtyckt och att telefonkommunikation får användas i samband med försäljning under vissa villkor. Det framgår således av denna artikel när leverantören får välja telefon, som sätt för kommunikation. Direktivet är, som framhålls i promemorian (s. 60 f.), ett fullharmoniseringsdirektiv, se direktivets skäl 12 och 13. Sverige får inte avvika från direktivets harmoniserade regler. I promemorian framhålls den omständigheten att

telefonförbudet endast träffar en del av den svenska marknaden för finansiella tjänster. Detta saknar betydelse. Sverige kan likafullt inte införa en avvikande regel. Advokatsamfundet avstyrker därför förslaget i denna del.

12. Avtal mellan två myndigheter

I promemorian föreslås att Pensionsmyndigheten ska ingå avtal med Sjunde AP-fonden. Det torde dock enligt Advokatsamfundet inte vara rättsligt möjligt att sluta verkliga bindande och rättsligt verkställbara avtal på sådant sätt.⁶⁴ Såväl Sjunde AP-fonden (jfr s. 84), som Pensionsmyndigheten är statliga myndigheter. Olika delar av statsapparaten tillhör en och samma juridiska person – staten.⁶⁵ En juridisk person som staten, torde inte kunna ingå avtal med sig själv (se t.ex. SOU 1994:136 s. 181 f.). Advokatsamfundet avstyrker därför förslaget i denna del.

13. Fördelar med ett upphandlat fondtorg

Som ovan nämnts utgår promemorian från att det framlagda förslaget är en övergångslösning och att en övergång till ett upphandlat fondtorg är att föredra långsiktigt. Även Advokatsamfundet anser att det vore att föredra att övergå till ett slutet system med ett begränsat antal fonder och fondförvaltare, i vart fall jämfört med det aktuella förslaget. Därvid skulle staten genom en reglerad offentlig upphandling bestämma vilka fondförvaltare som ska äga rätt att ingå avtal med staten och som sedan blir valbara för spararna. Ett sådant förfarande skulle dessutom, rätt utfört, få helt andra rättssäkerhetsgarantier än det interimsförslag som nu läggs fram.

Som ovan konstaterats är Advokatsamfundet inte heller övertygat om att det är möjligt att i nuvarande öppna system uppställa längre gående krav på fondförvaltare, än som framgår av UCITS när UCITS reglerat en viss fråga. Även i de delar där UCITS saknar reglering är vissa extrakrav svåra att motivera, som inskränkningar av den fria rörligheten.

I ett öppet system som PPM, torde alla sådana krav vara att betrakta som ett slags urvalskriterier. Något utrymme för tilldelningskriterier ges inte. Vid en offentlig upphandling i ett slutet system har dock myndigheten större möjlighet att uppställa extrakrav och överkrav. I ett slutet system kan man nämligen genom tilldelningskriterier i viss utsträckning premiera företag, som levererar produkter eller tjänster av en högre kvalitet än den harmoniserade nivån, utan att för den skull helt utestänga företag som håller sig på den harmoniserade nivån och utan att nödvändigtvis komma i konflikt med EU-rätten. Möjligheten att utnyttja tilldelningskriterier vid offentlig upphandling är ytterligare ett skäl till att Advokatsamfundet menar att det aktuella förslaget bör överges och fokus läggas på att utreda möjligheterna till ett upphandlat fondtorg.

⁶⁴ Även om det i 5 kap. 2 § lagen (2000:192) om allmänna pensionsfonder förutsätts att Sjunde AP-fonden ska kunna ingå samarbetsavtal med Pensionsmyndigheten.

⁶⁵ Se även 1 kap. 3 § i nämnd lag.

14. Andra synpunkter

Det kan från promemorians utformning och innehåll noteras att den tycks ha tillkommit under tidspress. Detta återspeglas också i förslagen till lagtext som ger ett rörigt, vagt och svårgenomträngligt intryck. Advokatsamfundet håller det för sannolikt att samfundet på många fler punkter än som ovan redovisats skulle ha synpunkter på förslaget om längre tid hade erbjudits för remissyttrandet.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg