

Stockholm den 18 december 2018

R-2018/2382

Till Finansdepartementet

Fi2018/03686/V

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 28 november 2018 beretts tillfälle att avge yttrande över promemorian *Möjlighet för värdepappersföretag i tredjeland att under viss tid tillhandahålla tjänster utan krav på tillstånd och vissa betaltjänstfrågor*.

Advokatsamfundets har ingen erinran mot förslagen, med undantag av följande ändringar och kommentarer:

1. Advokatsamfundet välkomnar förslaget till en ny 10 § i 4 kap. lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden. Emellertid föreslår Advokatsamfundet att regeln kompletteras med en bestämmelse, motsvarande den i övergångsbestämmelserna till lagen (2018:2019) om ändring i lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden. I övergångsbestämmelserna föreskrivs i punkten 3 att ”Regeringen får meddela föreskrifter om att ett sådant avvecklingssystem ska anses som ett likställt avvecklingssystem till och med en senare tidpunkt än den 29 mars 2020”. På Lagrådets förslag infördes denna bestämmelse”, med hänsyn till den osäkerhet som finns när det gäller innehållet i och övergångslösningar till en eventuell kommande överenskommelse om Storbritanniens utträde ur EU” (se prop. 2018/19:3, s. 33). Motsvarande hänsyn torde göra sig gällande också i förevarande lagstiftningsärendet.
2. I promemorian beskrivs vad Advokatsamfundet uppfattar vara promemorieförfattarens beskrivning av gällande rätt avseende utländska värdepappersföretags verksamhet i Sverige. Vad gäller särskilt gränsöverskridande verksamhet utan etablering i Sverige, förefaller beskrivningen av gällande rätt vara ofullständig. Frågan har nyligen behandlas i den rättsvetenskapliga litteraturen:<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Se D. Hanqvist, *Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder. En kommentar*, Wollters Kluwer, Stockholm 2016, kommentaren till 5 kap. 1 § under rubriken ”Svensk jurisdiktion”.

Det är en ännu olöst fråga när svensk förvaltningsrättslig jurisdiktion föreligger. I vissa avseenden klargörs den svenska jurisdiktionen åtminstone indirekt genom lagstiftning. I t.ex. 3 kap. 3 § lagen (2013:561) om förvaltare av alternativa investeringsfonder föreskrivs – i likhet med vad som är vanligt vad gäller den finansiella lagstiftningen – att Finansinspektionen ska ge en förvaltare med stadgeenligt säte i Sverige tillstånd enligt 3 kap. 1 § bl.a. om förvaltaren har sitt huvudkontor i Sverige. Vad som inte framgår av lagtexten är att en förvaltare med stadgeenligt säte i Sverige endast kan få tillstånd i Sverige, och att förvaltaren då måste ha sitt huvudkontor i Sverige. Detta är emellertid rättsläget såsom det vanligen uppfattas. Stöd hittas t.ex. i 1 kap. 2 §, andra stycket och 5 § vad gäller ”EES-baserade AIF:er” och 1 kap. 3 §, fjärde stycket och 6 § vad gäller ”EES-baserade förvaltare”, liksom bestämmelserna i 4 kap. lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder. Det tillstånds- resp. anmälningsförfarande som anvisas för rätten att verka inom sådana tjänstegrenar, som regleras av unionsrätten, innebär inte att varje form av kommersiell aktivitet över gränserna faller inom respektive direktivs tillämpningsområde (se prop. 1994/95:50, s. 105). Vad gäller såväl kreditinstitut, som värdepappersbolag har det sedan gammalt ansetts att exempelvis större utländska institut har kunnat ingå enskilda affärsförbindelser i Sverige, utan att detta har behövt ses som auktorisationspliktig verksamhet här i landet. Marknadsföringens intensitet och omfattning bör, liksom frågan om vem som har tagit initiativ till ett kundförhållande, rimligen vara avgörande för hur en viss aktivitet ska bedömas. Olika länders lagstiftare och myndigheter kan naturligtvis här ha olika synsätt. De relevanta unionsrättsliga direktivbestämmelserna har tolkats så att de tar fasta på fortlöpande, egentlig verksamhet i respektive värdland. Ett utländskt kreditinstituts enstaka eller tillfälliga engagemang i Sverige, liksom ett svenskt instituts motsvarande utlandsengagemang, ska alltså inte självklart anses kräva föregående underrättelse till behörig myndighet (se prop. 1992/93:89, s. 115 och prop. 1994/95:50, s. 105; se också Advokatsamfundets remissvar, R-2015/0754, 2015-06-26, Ju2015/3397/L2, s. 7). Samma resonemang kan tillämpas avseende förvaltare av alternativa investeringsfonder (se prop. 2012/13:155, s. 454).

Av RÅ 2006 ref. 36 framgår att svensk behörighet att vidta tvångsåtgärder (i fallet tvångsomhändertagande av barn) bör avgöras med utgångspunkt i den enskildes anknytning till Sverige vid tidpunkten för beslutet. Anknytningen torde vara att bedöma i ljuset av de ovan angivna förarbetsuttalandena, i den meningen att ett institut som inte anses bedriva tillståndspliktig verksamhet i Sverige, t.ex. pga. transaktionernas enstaka natur heller inte torde kunna bli föremål för svenska sanktioner eller andra ingripanden. Enligt rättspraxis ska svensk lag tolkas i ljuset av Sveriges folkrättsliga åtaganden (se NJA 2004, s. 255) och folkrättens allmänna grundsatser kan bli tillämpliga också utan uttryckligt författningsstöd (se NJA 1946, s. 65).

För en särskild del av den offentliga rätten – straffrätten – finns föreskrifter i 2 kap. brottsbalken (BrB). För brott som begåtts här i riket döms efter svensk lag och vid svensk domstol. Detsamma gäller, om det är ovisst var brott har förövats, men skäl finns att anta att det är begånget inom riket (se 1 §). För brott som begåtts utom riket döms efter svensk lag och vid svensk domstol, om brottet begåtts (1) av svensk medborgare eller av utlänning med hemvist i Sverige, (2) av utlänning utan hemvist i Sverige, som efter brottet

blivit svensk medborgare eller tagit hemvist här i riket eller som är dansk, finsk, isländsk eller norsk medborgare och finns här eller (3) av annan utlänning som finns här i riket och på brottet enligt svensk lag kan följa fängelse i mer än sex månader. Detta gäller inte, om gärningen är fri från ansvar enligt lagen på gärningsorten eller om den begåtts inom område som inte tillhör någon stat och enligt svensk lag svårare straff än böter inte kan följa på gärningen (principen om dubbel straffbarhet) (med vissa närmare angivna undantag). I fall som nyss berörts får inte dömas till påföljd som är att anse som strängare än det svåraste straff som är föreskrivet för brottet enligt lagen på gärningsorten (se 2 §). För brott som begåtts utom riket döms även enligt 3 § i vissa andra fall som anges där efter svensk lag och vid svensk domstol, liksom även i annat fall enligt vad som föreskrivs i lagen (1976:19) om internationellt samarbete rörande lagföring för brott (se 3 a §).

Brott anses begånget där den brottsliga handlingen företogs, liksom där brottet fullbordades eller, vid försök, det tillämnade brottet skulle ha fullbordats (se 4 §). Åtal för brott, som inom riket begåtts å utländskt fartyg eller luftfartyg av utlänning som var befälhavare eller tillhörde besättningen å fartyget eller annars medföljde detsamma mot sådan utlänning eller mot utländskt intresse, må inte väckas utan att förordnande därom meddelas av regeringen eller den regeringen bemyndigat därtill. Åtal för brott, som förövats utom riket, får väckas endast efter sådant förordnande. Åtal får dock väckas utan ett sådant förordnande, om brottet är osann eller ovarsam utsaga inför en internationell domstol eller om brottet begåtts på vissa närmare angivna platser (se 5 §). Har fråga om ansvar för gärning prövats genom lagakraftägande dom, meddelad i främmande stat där gärningen förövats eller i främmande stat som har tillträtt någon av de i §:en angivna överenskommelserna, får den tilltalade – med vissa i §:en närmare angivna undantag – inte här i riket lagföras för samma gärning om han har frikänts från ansvar; har förklarats skyldig till brottet utan att påföljd har ådömts; ådömd påföljd har verkställts i sin helhet eller verkställigheten pågår; eller ådömd påföljd har bortfallit enligt lagen i den främmande staten. Döms någon här i riket till ansvar för gärning för vilken han utom riket har ådömts påföljd, ska vid bestämmande av påföljd skälig hänsyn tas till vad han undergått utom riket (se 5 a §). Om böter eller fängelse ska ådömas och har den tilltalade utom riket ådömts frihetsberövande påföljd, ska vad han undergått därav till fullo tillgodoräknas honom när påföljden bestäms. I sådana fall får han dömas till lindrigare straff än för gärningen är stadgat eller också påföljd helt eftergivnas (se 6 §). I fråga om svensk lags tillämplighet och svensk domstols behörighet ska, utöver vad i 2 kap. BrB sägs, de begränsningar iakttas som följer av allmänt erkända folkrättsliga grundsatser eller, enligt vad därom är särskilt stadgat, av överenskommelse med främmande makt (se 7 §), dvs. vad som ändå enligt rättspraxis anses gälla (se NJA 2004, s. 255 och NJA 1946, s. 65).

I praxis har man velat göra en tydlig skillnad mellan den förvaltningsrättsliga jurisdiktionen och de straffrättsliga, ”förvaltningsrättsliga” sanktioner, som i EKMR:s mening anses vara straffrättsliga på så sätt, att 2 kap. 7 § BrB och de folkrättsvänliga principer, som anges där inte skulle gälla även avseende den förvaltningsrättsliga sanktionsjurisdiktionen; se Kammarrättens majoritet (3–1) i dom i Caisse de dépôt et placement du Québec mot FI (mål nr 7385-13, 2014-11-20), där majoriteten hävdade

svensk sanktionsjurisdiktion avseende ett kanadensiskt bolag som företagit en transaktion avseende aktier i ett svenskt aktiebolag på en kanadensisk börs, utan att alls beröra den rättspraxis som i sak säger det samma som 2 kap. 7 § BrB, och som apodiktiskt angav att 2 kap. BrB – dvs. inklusive 7 § – inte skulle gälla i fallet, utan att i stället LHFI – som inte reglerar den internationella jurisdiktionen avseende de i fallet relevanta sanktionsavgifterna – skulle tillämpas. Den dissiderande referenten Stenhammar resonerade på ett annat sätt. Likaledes apodiktiskt avfärdade han BrB:s regler i sammanhanget, men hänvisade till avgörandena i NJA 2004, s. 255, NJA 1946, s. 65 och RÅ 2006 ref. 36, liksom EUD:s avgörande i mål C-286/90 och C-89/85 Poulsen & Diva Navigation. Han anförde att lagen om handel med finansiella instrument saknar uttryckliga bestämmelser som begränsar svensk besluts- och domsrätt, men att inskränkningar i svensk jurisdiktion ändå kan följa till följd av folkrättsliga förhållanden. Dissidenten anförde vidare:

”Folkrättsligt sett ankommer det på den stat som vill utöva extraterritoriell jurisdiktion att visa att det finns en tillämplig jurisdiktionsgrund för statlig maktutövning. Den primära grunden för jurisdiktion är territorialprincipen, vilket motiverar maktutövning i förhållande till utländskt rättssubjekts agerande inom statens territorium. Inom sitt territorium är staten i princip oförhindrad att därtill utöva jurisdiktion över sina undersåtar även beträffande deras agerande utomlands (nationalitetsprincipen). I frånvaro av samtycke får en stat dock inte utöva sin makt i någon form på en annan stats territorium (se Fasta mellanfolkliga domstolens dom i Lotus-målet, PCIJ, Series A, No. 10 på s. 18 f.). De folkrättsliga jurisdiktionsreglerna gäller till förmån för staterna och påverkas inte av eventuellt samtycke från berörda enskilda.

Även om det i och för sig är möjligt att läsa [...] bestämmelser[na i lagen om handel med finansiella instrument] på det sätt som Finansinspektionen har gjort, anser Advokatsamfundet inte att det framgår av lagtexten eller dess förarbeten att lagstiftaren har avsett att lagen ska tillämpas med avvikelse från grundläggande folkrättsliga principer. Det kan i sammanhanget noteras att Sverige för egen del har infört s.k. stopplagstiftning i syfte att förhindra extraterritoriell tillämpning av utländsk finansmarknadsrätt (se 13 kap. 1 § fjärde stycket lagen om värdepappersmarknader och härtill prop. 2008/09:164, särskilt s. 22). Enligt huvudregeln bör [lagen om handel med finansiella instrument] därför tolkas med beaktande av Sveriges folkrättsliga förpliktelser.

Enligt Advokatsamfundets bedömning finns det inget i finansmarknadsregleringens natur som rättfärdigar en vidare tillämpning av de folkrättsliga jurisdiktionsprinciperna än vad som är allmänt accepterat på andra områden. [Förvärvarens] köp av aktier i [det svenska bolaget] skedde i Kanada. Det har i övrigt inte framkommit att [förvärvaren] skulle ha någon som helst anknytning till Sverige eller närvaro här. Det kan även noteras att [förvärvaren] obesträtt har uppgett att den svenska flaggningsskyldigheten [som fallet handlade om] är strängare än den kanadensiska. Vid sådana förhållanden kan varken territorialprincipen eller nationalitetsprincipen, såsom de vanligen förstås, grunda svensk jurisdiktion över [förvärvarens] köp av aktier i [det svenska bolaget]. Att [förvärvaren]

faktiskt har rapporterat köpet till Finansinspektionen, och således kan sägas ha frivilligt underkastat sig svensk rätt, saknar betydelse i sammanhanget.

Följaktligen bör i förevarande mål [lagen om handel med finansiella instrument], med hänsyn till Kanadas statsuveränitet, tillämpas restriktivt i fråga om Finansinspektionens beslutsrätt. Att den svenska lagstiftningen bygger på EU-direktiv föranleder ingen annan bedömning redan av det skälet att även EU-rätten ska tillämpas med beaktande av folkrättens jurisdiktionsprinciper."

I ett nyligen avgjort mål i Svea hovrätt hade rätten anledning att ta ställning till tillämpningen av 29 § lagen (1992:160) om utländska filialer m.m. (se dom i mål nr T 7248-14, 2016-03-02). Enligt lagrummet ska den som (1) för ett utländskt företags räkning driver eller förestår näringsverksamhet i Sverige utan att VD har utsetts enligt lagens 8 § första stycket och 9 § eller (2), när föreståndare krävs enligt lagens 2 § andra stycket, driver eller förestår näringsverksamhet i Sverige utan att anmälan har skett eller fullmakt ingetts enligt lagens 25 §, dömas till böter. Hovrätten menade att lagens syfte vore att ge verksamhet som bedrivs här i landet en viss garanterad anknytning till Sverige och göra det möjligt för domstolar och myndigheter att vid behov kunna nå företag och enskilda näringsidkare. Därigenom ska viss kontroll kunna ske av utländska företag (se prop. 1991/92:88, s. 20). Av lagens förarbeten framgår att sådan verksamhet som avses i lagen måste uppfylla vissa krav på yrkesmässighet, självständighet och varaktighet. Det anges också att begreppet "näringsverksamhet" i lagen har en innebörd som i stor utsträckning överensstämmer med det unionsrättsliga begreppet "etablering" (se prop. 2010/11:87, s. 29). Ett tillfälligt tillhandahållande av varor och tjänster i Sverige medför således inte att filiallagen är tillämplig. Av EUD:s praxis ansåg Hovrätten att det vidare framgick att faktorer att beakta vid en bedömning av huruvida en etablering anses ha skett är hur länge verksamheten utövas, om den bedrivs kontinuerligt, regelbundet eller periodiskt samt att bedömningen ska göras i varje enskilt fall. Även enligt tidigare rätt ansågs gälla att filialreglerna endast omfattade verksamhet som utgjorde en yrkesmässighet verksamhet med viss varaktighet och åtminstone en serie affärshändelser (se prop. 1968:98, s. 71 f.). Denna specialstraffrättsliga syn ansluter sig alltså till det ovan angivna förvaltningsrättsliga förhållningssättet.

Det kan vidare hänvisas till den svenska internationella privat- och processrätten. Enligt 5 kap. 3 § lagen om handel med finansiella underkastas förfoganden över aktier eller andra finansiella instrument i dematerialiserad form utfärdade av emittenter hemmahörande i Sverige inte svensk sakrätt om de kontoförs i något annat land. Enligt NJA 2004, s. 891 medför innehav av aktier i ett svenskt bolag för vilka aktiebrev inte har utfärdats inte att svensk domsrätt uppstår i form av förmögenhetsforum genom den annars vanliga analoga tillämpningen av 10 kap. 3 §, första stycket första meningen RB. Kammarrättens ovan angivna dom avviker sålunda på flera punkter från vad som vanligen gäller avseende svensk jurisdiktion i allmänhet och den finansiella delen av den kommersiella förvaltningsrätten i synnerhet. Vidare kan en direkt eller analogisk tillämpning av BrB inte uteslutas utan argumentation i dessa fall – snarare gäller, med en titt på rättspraxis, en presumtion för att BrB används på det sättet. I HFD 2014 ref. 12

menade HFD att domstolen i en rad tidigare fall vad gäller sanktionsavgifternas förhållande till EKMR – se RÅ 2000 ref. 66, RÅ 2004 ref. 17, RÅ 2005 ref. 41, RÅ 2006 ref. 43 och RÅ 2006 ref. 89 samt kommentaren till 14 kap. 1 § första stycket – ”hämtat inspiration från vad som gäller inom straffrätten”, och i ett särvotum i RÅ 2006 ref. 89 ansåg dåvarande regeringsrådet Lundin att 31 kap. RB – som behandlar rättegångskostnader i brottmål – skulle vara vägledande också avseende fall med sanktionsavgifter.

Det finns inga skäl att anta att de vanliga principerna avseende svensk jurisdiktion inte skulle gälla avseende finansiella företag. Det torde därför vara så att inte vilken ”marknadsföring” – dvs. egentligen emission eller försäljning – som helst av ett utländskt företag som aktualiserar bestämmelserna i sektorslagstiftningen. Åtgärder som företas utomlands riktade till svenska medborgare eller personer eller företag som annars är svenska (t.ex. genom hemvist eller registrering) omfattas inte. Det samma torde gälla marknadsföring genom olika media för fjärrkommunikation och t.o.m. genom enstaka eller få besök i Sverige. Det ska noteras att de hittills gällande principerna inte har gjort skillnad mellan olika slags kunder eller investerare i de produkter som blir aktuella.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg