

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2012-03-29

Närvarande: F.d. justitierådet Dag Victor samt justitieråden Lennart Hamberg och Per Virdesten.

Auktionering av utsläppsrätter

Enligt en lagrådsremiss den 22 mars 2012 (Miljödepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse,
2. lag om ändring i lagen (2004:1199) om handel med utsläppsrätter,
3. lag om ändring i lagen (2011:1103) om ändring i lagen (2004:1199) om handel med utsläppsrätter,
4. lag om ändring i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden,
5. lag om ändring i lagen (2009:62) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av departementssekreteraren Anna Josefsson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Allmänt

Förslagen i remissen är föranledda av bestämmelserna om auktionering av utsläppsrätter för växthusgaser i den s.k. *auktioneringsförordningen* (kommissionens förordning (EU) nr 1031/2010) som antagits med stöd av det s.k. *handelsdirektivet* (Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG). Enligt handelsdirektivet ska auktionering av utsläppsrätter från år 2013 vara huvudregel för EU:s utsläppshandelssystem.

För de flesta länder inom EU, inklusive Sverige, kommer auktioneringen av utsläppsrätter att hanteras genom en gemensam s.k. auktionsplattform. Ett syfte med de framlagda förslagen är att ge möjlighet för en svensk börs att kunna verka som en sådan auktionsplattform. Ett annat är att se till att svenska kreditinstitut och värdepappersbolag kan tillhandahålla tjänster som rör auktioneringen av utsläppsrätter. Dessutom krävs lagändringar för att auktioneringsförordningens krav när det gäller bl.a. sanktioner och tillsyn ska kunna tillgodoses.

Den fråga som från lagteknisk synpunkt framstår som den besvärligaste är att auktionsförfarandet enligt auktioneringsförordningen ska avse antingen s.k. 2-dagars spotkontrakt eller s.k. 5-dagars futurekontrakt. Som anges i remissen är endast de senare att betrakta som finansiella instrument som omfattas av EU:s direktiv om marknader för finansiella instrument med de krav på sanktioner och tillsyn för marknadsmissbruk och otillbörlig marknadspåverkan som är knutna till sådana. I auktioneringsförordningen har mot den bakgrunden föreskrivits att stora delar av de föreskrifter som gäller för finansiella

instrument ska tillämpas också i förhållande till 2-dagars spotkontrakt.

Som redovisas i remissen pågår det ett långt framskridet arbete som bl.a. syftar till att även 2-dagars spotkontrakt ska definieras som finansiella instrument i de aktuella EU-rättsakterna. I och med att en sådan ändring genomförs försvinner också behovet av den särskilda regleringen för sådana kontrakt i auktioneringsförordningen (liksom också i nationell rätt). Den särskilda regleringen är alltså endast att uppfatta som en tillfällig övergångslösning.

Enligt Lagrådets uppfattning kunde det mot den angivna bakgrunden ha varit naturligt att vid beredningen av detta ärende i första hand pröva i vad mån behovet av lagstiftning skulle kunna tillgodoses genom att i relevant svensk lagstiftning jämställa 2-dagars spotkontrakt med finansiella instrument (en lösning som också valts när det gäller den föreslagna regleringen i 13 kap. 12 § lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden). Den tämligen omfattande reglering av tillsyn och sanktioner som nu föreslås skulle med en sådan ordning i huvudsak kunna ersättas med en angivelse i 1 § lagen (2005:377) om straff för marknadsmissbruk vid handel med finansiella instrument av vilken det skulle framgå att vad som i lagen föreskrivs om finansiella kontrakt ska tillämpas också i förhållande till de aktuella kontrakten.

Någon belysning av i vad mån det skulle varit möjligt och lämpligt med en lösning av det slag som antytts här ovan lämnas emellertid inte i remissen eller det till denna bifogade beredningsunderlaget.

Utgångspunkten för förslagen i remissen har istället varit att införa särreglering för 2-dagars spotkontrakten och att därvid lägga sig så

nära den särskilda regleringen i auktioneringsförordningen som möjligt.

Detta har lett till en, särskilt i förslaget till lag om ändring i lagen (2004:1199) om handel med utsläppsätter, omfattande lagreglering som är avsedd att motsvara regler i annan lagstiftning men vars förhållande till den, och till den bakomliggande förordningen, är svårtillgängligt och komplicerat. Några närmare motiveringar till den avgränsning och utformning som förslagen fått lämnas inte heller i remissen. Detta har medfört att det föreligger betydande svårigheter att göra någon närmare utvärdering av hur förslagets föreskrifter förhåller sig till varandra och till rättsordningen i övrigt liksom att bedöma vilka problem som skulle kunna uppstå vid tillämpningen.

Lagrådet vill trots detta inte motsätta sig lagstiftning i huvudsaklig överensstämmelse med de framlagda förslagen. Lagrådet beaktar härvid att det i praktiken är fråga om en tillfällig övergångslösning som i vart fall i huvudsak synes tillgodose de syften som angetts och att utrymme för några mer omfattande vidare beredningsåtgärder inte finns innan den tidpunkt då en ny lagstiftning bör vara på plats. Lagrådet inskränker mot den bakgrunden sina anmärkningar i förhållande till vad som skulle vara motiverat om fråga varit om en mer permanent lagstiftning.

Lagrådet utgår således från att frågan om hur en reglering av området lämpligen bör vara utformad kommer att aktualiseras inom en inte alltför lång framtid och utgår från att det beredningsunderlag som då tas fram kommer att ha en annan omfattning och bredd.

Förslaget till lagom ändring i lagen om handel med utsläppsrätter

1 kap. 1 §

Paragrafen är avsedd att ge en kort presentation av lagens innehåll. I första stycket föreslås en viss omarbetning och dessutom ett tillägg avseende auktionering av utsläppsrätter. Enligt Lagrådets mening är det missvisande att inledningsvis ange att lagen reglerar handel med utsläppsrätter, eftersom det som regleras inte är handeln utan de tillstånd m.m. som utgör *förutsättningar* för att handel ska kunna förekomma (jfr Lagrådets yttrande i prop. 2004/05:18 s. 287). Inte heller kan sägas att lagen innehåller bestämmelser om auktionering av utsläppsrätter, eftersom de bestämmelserna (med undantag främst av föreslagna straffstadganden) väsentligen finns i den direkt tillämpliga EU-förordningen 1031/2010. Lagrådet förordar därför att första stycket i dessa hänseenden lämnas oförändrat.

7 kap. 1 §

Paragrafen reglerar omfattningen av den tillsyn som tillsynsmyndigheten eller tillsynsmyndigheterna ska utöva. Den föreslagna ändringen innebär bl.a. att tillsynen ska omfatta att föreskrifter som har meddelats "i anslutning till lagen" följs medan det i den nuvarande lagen talas om föreskrifter som har meddelats "med stöd av lagen". Ändringen presenteras i författningskommentaren som ett tydliggörande av att såväl föreskrifter som har meddelats med stöd av normgivningsbemyndiganden i lagen som verkställighetsföreskrifter och föreskrifter meddelade med stöd av restkompetensen i anslutning till lagen omfattas av tillsynen. Som Lagrådet tidigare framhållit kan det sättas i fråga om en sådan ändring, t.ex. när det gäller tillsynsmyndighetens befogenheter i olika sammanhang, endast är ett tydliggörande och inte i själva verket en ändring av det sakliga

innehållet (se Lagrådets yttrande den 12 januari 2012, prop. 2011/12:68 s. 73 f.).

7 kap. 9 §

När det gäller handel med 5-dagars futurekontrakt kan tillsynsmyndigheten ta ut avgifter med stöd av ett bemyndigande i 20 § lagen (2005:377) om straff för marknadsmissbruk vid handel med finansiella instrument. Detta bemyndigande omfattar avgifter för institut som står under Finansinspektionens tillsyn. Avgifterna synes avse de företag som meddelats tillstånd att driva finansieringsrörelse m.m., se 6 § förordningen (2007:1135) om årliga avgifter för finansiering av Finansinspektionens verksamhet.

Det nu aktuella förslaget motiveras av att "motsvarande bestämmelser" bör införas i fråga om avgiftsuttag vid tillsyn omfattande 2-dagars spotkontrakt. Det föreslagna bemyndigandet är emellertid allmänt hållet, och synes ge utrymme för avgifter avseende tillsyn av en vidare krets av aktörer. Vid föredragningen har upplysts att liknande bemyndiganden i fråga om avgiftsuttag finns i 27 kap. miljöbalken. Enligt Lagrådets mening bör i det fortsatta lagstiftningsarbetet övervägas om bemyndigandet kan utformas i närmare anslutning till vad som gäller för avgiftsuttag avseende tillsyn i förhållande till 5-dagarskontrakten.

Förslaget till lag om ändring i lagen om värdepappersmarknaden

2 kap. 3 §

Paragrafen reglerar vilken typ av sidoverksamhet som får bedrivas av ett värdepappersbolag. Den föreslagna ändringen innebär att sådana bolag som sidoverksamhet ska få driva handel med utsläppsrätter i form av 2-dagars spotkontrakt. Eftersom 5-dagars future-

kontrakt är att betrakta som finansiella instrument behövs inte någon lagändring för att värdepappersbolagen ska kunna driva handel med sådana instrument. Syftet med ändringen skulle möjligen kunna uppnås på ett tydligare och enklare sätt genom att i lagen föreskriva att reglerna om finansiella instrument ska tillämpas även på 2-dagars spotkontrakt (jfr. dock vad Lagrådet yttrat inledningsvis).

Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.