

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2014-03-12

Närvarande: F.d. justitieråden Leif Thorsson och Marianne Eliason samt justitierådet Agneta Bäcklund.

Gränsöverskridande förvaltning och marknadsföring av alternativa investeringsfonder

Enligt en lagrådsremiss den 13 februari 2014 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2009:62) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism,
2. lag om ändring i lagen (2013:561) om förvaltare av alternativa investeringsfonder,
3. lag om ändring i lagen (2013:561) om förvaltare av alternativa investeringsfonder,
4. lag om ändring i lagen (2013:561) om förvaltare av alternativa investeringsfonder.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av departementssekreteraren Anna Larris, biträdd av ämnesrådet Henrik Lennefeldt.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Förslagen till lag om ändring i lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder

Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder trädde i kraft den 22 juli 2013. Lagen genomför huvuddelen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/61/EU om förvaltare av alternativa investeringsfonder samt om ändring av direktiv 2003/41/EG och 2009/65/EG och förordningarna (EG) nr 1060/2009 och (EU) nr 1095/2010 (AIFM-direktivet). Remissen anknyter till det förhållandet att både förvaltare av alternativa investeringsfonder (AIF-förvaltare) som är etablerade inom EES och sådana som är etablerade utanför EES kan få tillstånd av Finansinspektionen att driva verksamhet i Sverige med stöd av lagen.

I remissen föreslås nu att direktivbestämmelser (artiklarna 35 och 37–41) som innebär att även sådana förvaltare och investeringsfonder som inte är baserade i EES ska kunna driva verksamhet i länder inom EES genom ett underrättelseförfarande med stöd av tillstånd i ett annat land i EES (EU-pass) införs i lagen. Till följd härav föreslås att nuvarande bestämmelser i lagen om icke EES-baserade förvaltare och fonder ska upphöra.

AIFM-direktivet är, som Lagrådet anförde i sitt yttrande den 26 april 2013 över förslag till lag om förvaltare av alternativa investeringsfonder (prop. 2012/13:155 s. 1024 ff.), mycket omfattande och detaljerat, och det gäller även den då föreslagna lagen. De nu aktuella bestämmelserna, som också är komplexa och detaljrika, förutsätter att kommissionen antar delegerade rättsakter som kan träda i kraft delvis tidigast år 2015, delvis tidigast år 2018. Vidare föreslås att i sådana fall nu gällande bestämmelser om tillstånd för förvaltare som inte är etablerade inom EES ska upphävas.

Det är alltså ännu osäkert i vilken utsträckning de nu föreslagna bestämmelserna ska sättas i kraft. Därför föreslås ikraftträdande den dag regeringen bestämmer. Likaså gäller, som tidigare, att ytterligare bestämmelser för genomförande och tillämpning ska utfärdas bl.a. av Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten (Esma). Samtidigt har det ansetts angeläget att nu besluta om den lagstiftning som ska träda i kraft längre fram. Frågan om följdändringar i annan lagstiftning har lämnats öppen. Hur regleringen i sin helhet kommer att se ut vid olika tidpunkter är alltså svårt att överblicka.

Brådskan i lagstiftningsärendet synes inte lika framträdande som när 2013 års lag infördes. Det är ändå svårt att inom de tidsramar som gäller för Lagrådets granskning göra några mera ingående analyser i ett tekniskt så komplext ärende som det nu aktuella. Lagrådet vill emellertid framhålla att förslagen synes ha utarbetats på ett omsorgsfullt och noggrant sätt. Under föredragningen har olika påpekanden gjorts och diskuterats med Finansdepartementets företrädare. I det följande redovisar Lagrådet några enstaka synpunkter på lagförslag nr 3.

5 kap. 10 b §

I samband med föredragningen har uppmärksammats att den tillsynsmyndighet som avses i första stycket 3 inte är den i det land där fonden är etablerad, som anges i direktivets svenska språkversion, utan myndigheten i det land där förvaltaren är etablerad, något som framgår av den engelska, franska och tyska versionen av direktivet och som också framstår som logiskt.

Enligt den föreslagna bestämmelsen ska Finansinspektionen under vissa angivna förutsättningar ge en icke EES-baserad AIF-förvaltare tillstånd att, efter underrättelse till behörig myndighet, få förvalta en

alternativ investeringsfond som är etablerad i Sverige eller ett annat land inom EES och marknadsföra andelarna eller aktierna i en av förvaltaren förvalttad alternativ investeringsfond till professionella investerare i Sverige eller i ett annat land inom EES. Som förutsättning för att Finansinspektionen ska få meddela ett sådant tillstånd anges i bestämmelsen bl.a. att de personer som ingår i ledningen för förvaltarens verksamhet har tillräcklig insikt och erfarenhet för att delta i ledningen av en AIF-förvaltare samt även i övrigt är lämpliga för en sådan uppgift (10 b § första stycket 9) och att det finns skäl att anta att den planerade verksamheten kommer att drivas enligt bestämmelserna i lagen och andra författningar som reglerar förvaltarens verksamhet (10 b § första stycket 10).

För att Finansinspektionen ska kunna göra de bedömningar som anvisas i bestämmelserna måste krävas att myndigheten har tillgång till tillförlitlig information angående de angivna personerna och den planerade verksamheten. Det får förutsättas att Finansinspektionen ges information bl.a. genom det "lämpliga samarbetsarrangemang" med tillsynmyndigheten i det land där förvaltaren är etablerad varom talas i paragrafens första stycke punkten 3. Enligt vad som upplysts vid föredragningen saknas det eljest förutsättningar för ett strukturerat samarbete i frågan med behöriga myndigheter i många länder utanför EES och det finns inte heller möjlighet till utbyte av registerinformation för att få underlag för bedömningarna.

5 kap. 10 e §

Den föreslagna bestämmelsen anger att lagen i tillämpliga delar gäller för en icke EES-baserad förvaltare med tillstånd enligt 5 kap. 10 a § andra stycket, dvs. en förvaltare som har Sverige som referensland och har tillstånd till sin verksamhet av Finansinspektionen. Förhållandet torde tillräckligt tydligt framgå av lagens bestämmelser

och bestämmelsen borde kunna utgå. Om den behålls, är det lämpligare att den placeras som ett sista stycke i 10 a §. Paragraferna fr.o.m. förslaget 10 f § får numreras om.

5 a kap. 13 och 14 §§

Valet av referensland kan endast följa av kriterierna i någon av 1 och 3–7 §§, inte av flera eller alla. Orden "någon av" bör därför i båda paragraferna infogas före "1".

8 kap. 32 §

I den föreslagna paragrafen finns lagvalsregler i fråga om rättsförhållanden mellan en investerare som har hemvist inom EES och en icke EES-baserad AIF-förvaltare eller en icke EES-baserad alternativ investeringsfond som marknadsförs i Sverige. I de föreslagna bestämmelserna används genomgående formuleringen att *lagstiftningen* i ett visst land ska tillämpas.

Paragrafen genomför artikel 37.13 i direktivet, och i direktivets svenska språkversion används formuleringen "i enlighet med lagstiftningen" (jfr den engelska språkversionen: "in accordance with the law"; den franska: "conformément à la législation"; den tyska: "nach dem Recht").

Lagvalsregler i svensk rätt brukar utformas som bestämmelser om tillämplig *lag* och denna metod används även i lagstiftning som sakligt ansluter till den nu aktuella lagen (se t.ex. 5 kap 3 § lagen [1991:980] om handel med finansiella instrument; jfr även t.ex. lagen [1998:167] om tillämplig lag för avtalsförpliktelser och 48 § konsumentköplagen [1990:932]). Det saknas skäl att i detta lagstiftningsärende frånga den utgångspunkten, och ett korrekt genomförande av

direktivet hindrar inte att bestämmelsen utformas på ett sådant sätt. Paragrafen bör därför lämpligen utformas enligt följande.

På ett rättsförhållande mellan en investerare som har hemvist inom EES och en icke EES-baserad AIF-förvaltare ska lagen i förvaltarens referensland tillämpas, om rättsförhållandet rör investerarens rättigheter eller skyldigheter i egenskap av ägare av andelar eller aktier i en alternativ investeringsfond.

På ett sådant rättsförhållande som avses i första stycket mellan en investerare som avses där och en icke EES-baserad alternativ investeringsfond som marknadsförs i Sverige, ska lagen i hemlandet eller referenslandet för den AIF-förvaltare som förvaltar fonden tillämpas.

I de fall som avses i första och andra styckena får det dock avtalas att lagen i ett annat bestämt land inom EES ska tillämpas. Ett avtalsvillkor om att lagen i ett land utanför EES ska tillämpas på rättsförhållandet är ogiltigt.

14 kap. 22 §

Bestämmelsen i det nya andra stycket blir tydligare om den, i enlighet med vad som framkommit vid föredragningen, formuleras om enligt följande:

Om Finansinspektionen har skäl att anse att en icke EES-baserad AIF-förvaltare som driver verksamhet i Sverige efter underrättelse enligt 5 kap. inte borde ha fått tillstånd i sitt referensland enligt direktivet om förvaltare av alternativa investeringsfonder, tillämpas 21 §.

Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.