

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2011-04-14

Närvarande: F.d. justitierådet Inger Nyström, f.d. regeringsrådet Lars Wennerström och justitierådet Eskil Nord.

Investeringsfondsfrågor

Enligt en lagrådsremiss den 1 april 2011 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2004:46) om investeringsfonder,
2. lag om ändring i lagen (2006:1371) om kapitaltäckning och stora exponeringar,
3. lag om ändring i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Helene Wall, rättssakkunniga Linnea Klefbäck och departementssekreteraren Jenny Tiger.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Allmänt

Europaparlamentet och rådet antog år 2009 direktiv 2009/65/EG av den 13 juli 2009 om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag) - nedan UCITS IV-direktivet. Direktivet, som ersätter ett

äldre direktiv på området, innehåller regler för värdepappersfonder och fondbolag där de nya reglerna framförallt syftar till att möjliggöra effektivisering av fondverksamhet och underlätta gränsöverskridande verksamhet. Europeiska kommissionen har härefter antagit fyra rättsakter, två direktiv och två förordningar, som kompletterar direktivet.

En förordning är direkt tillämplig i varje medlemsstat och får inte upprepas i medlemsstaternas nationella lagstiftning. Det är i princip inte heller tillåtet att i nationella bestämmelser närmare klarlägga innebörden av förordningens regler eller ändra tillämpningsområdet för förordningen.

Ett direktiv å andra sidan ska genomföras genom nationellt bindande regler i nationell lagstiftning på lämplig normnivå på det sätt som bäst överensstämmer med medlemsstatens lagstiftningstradition och lagstiftning i övrigt.

Lagrådsremissen innehåller framförallt förslag till lagändringar som syftar till att genomföra UCITS IV-direktivet men också ett antal andra lagändringar på fondområdet än de som är motiverade av direktivet.

De direktivbundna ändringarna har, i enlighet med den lagstiftningsteknik som numera är allmänt vedertagen, utformats så att de vad gäller både struktur och språklig utformning ligger så nära direktivet som möjligt. Härtill kommer att lagförslagen på flera ställen innehåller hänvisningar till olika artiklar i direktivet. Dessa kommer därmed att bli direkt tillämpliga i Sverige. Att det i svensk lag hänvisas till bestämmelser i ett direktiv är, särskilt när fråga är om definitioner av olika begrepp, i och för sig inte helt ovanligt. Ett sådant förfarande har naturligtvis den uppenbara fördelen att det är ägnat att trygga ett fullständigt genomförande av ett direktiv i allt fall enligt dess orda-

lydelse. Men det innebär också att de oklarheter som finns i direktiv och den många gånger komplexa utformningen av direktivbestämmelser överförs till den svenska lagstiftningen. Det kan, som Lagrådet påtalat i annat sammanhang, framstå som otillfredsställande att på detta sätt bara föra vidare olika tolkningsproblem. När det därför hänvisas till de krav som uppställs i olika artiklar i UCITS IV-direktivet förordar Lagrådet att dessa artiklar till sitt innehåll genomförs i svensk rätt på lämplig normnivå, vilket medför att hänvisningar i förekommande fall då kan ske direkt till en svensk författningstext (se t.ex. 3 kap. 4 § förslaget till lag om ändring i lagen om investeringsfonder rörande den uppgiftsskyldighet som i skilda sammanhang kan föreligga).

Den valda lagstiftningstekniken innebär också att ändringar som senare görs i direktivet i olika sammanhang kan komma att behöva beaktas utan att riksdagen beretts tillfälle att ta ställning till i vilken omfattning framtida ändringar av direktivet bör påverka lagstiftningen på det område som direktivet behandlar.

Lagrrådet förordar därför, för att undvika en eventuell konflikt med regeringsformens bestämmelser om normgivning, att direktiv, möjligen med undantag av vissa direktivbundna definitioner, genomförs utan hänvisning till hela eller delar av direktivets innehåll. Ett minimikrav vid all hänvisning till innehållet i ett direktiv bör åtminstone vara att det framgår vilken lydelse av direktivet som hänvisningen åsyftar.

I sammanhanget bör vidare kommenteras det slag av hänvisning som återfinns på flera ställen i förslaget till lag om ändring i lagen om investeringsfonder, nämligen att olika aktörer i skilda sammanhang ska ha tillstånd enligt UCITS IV-direktivet. Inte i något fall torde tillstånd ges "enligt direktivet" utan fråga är alltid om sådant tillstånd enligt nationell lagstiftning som avses i berörd artikel i UCITS

IV-direktivet eller närmare bestämt tillstånd enligt bestämmelserna i en offentlig reglering som har antagits av en medlemsstat och som bygger på UCITS IV-direktivet (jfr 4 kap. 1 § tredje stycket i lagen /1991:980/ om handel med finansiella instrument). Även om det förekommer likartade hänvisningsbestämmelser som den nu aktuella i annan lagstiftning förordar Lagrådet därför att samtliga hänvisningar där fråga anges vara om tillstånd enligt UCITS IV-direktivet omformuleras så att det klart framgår att fråga ska vara om tillstånd enligt nationell lagstiftning som bygger på direktivet. Även i övrigt bör på motsvarande sätt hänvisningar till olika direktivbestämmelser som tar sikte på lagstiftningen i andra länder ersättas med hänvisningar till en offentlig reglering i olika medlemsstater eller inom EES som bygger på direktivet.

Förslaget till lag om ändring i lagen (2004:46) om investeringsfonder

2 kap. 15 c §

I paragrafen anges att ett fondbolag som förvaltar värdepappersfonder och som avser att marknadsföra andelar i en sådan fond i ett annat land inom EES ska underrätta Finansinspektionen innan verksamheten påbörjas. I paragrafens första stycke anges vidare att underrättelsen ska innehålla de uppgifter och handlingar som föreskrivs i kommissionens förordning (EU) nr 584/2010.

Som framhållits inledningsvis gäller att förordningar är direkt tillämpliga och att det i nationell lagstiftning därför inte bör eller ska föreskrivas något rörande tillämpningen av förordningen. Föreskriften i paragrafen om vad underrättelsen till Finansinspektionen ska innehålla bör därför omformuleras som en ren upplysningsbestämmelse (jfr den hänvisningsbestämmelse till kommissionens förordning som finns i 4 kap. 16 a §).

5 a kap. 6 §

I paragrafens andra stycke regleras vad som ska gälla för Finansinspektionen vid en ändring av fondbestämmelserna i ett visst hänseende eller en ändring av en placeringsinriktning. I sådana fall ska inspektionen underrätta fondbolaget om sitt beslut inom 15 dagar från det att en fullständig ansökan lämnats in. Paragrafen avslutas med en bestämmelse som säger att för "beslut som avser" fondbestämmelser för en ny fond eller bestämmelser som ändras på annat sätt än som en följd av den nya placeringsinriktningen gäller i stället fristen i 4 kap. 9 § tredje stycket. Vid föredragningen har påpekats att hänvisningen ska vara till fjärde stycket.

I författningskommentaren sägs att inspektionen i ett där exemplifierat fall ska behöva pröva bara vissa ändringar, medan om fondbolaget vill ändra även andra bestämmelser en ansökan om detta kan göras separat.

Som lagtexten är utformad kommer bedömningen av vilken tidsfrist som ska gälla att vara avhängig av beslutets innehåll. Vid föredragningen är det upplyst att avsikten varit att utgångspunkten ska vara vad ansökan avser. Detta får betydelse t.ex. om det ansökande bolaget inte håller skillnad mellan sina önskemål och alltså ger in en blandad ansökan.

Enligt Lagrådets mening skulle den tillämpningssvårighet som kan förutses förebyggas om sista meningen i andra stycket fick följande lydelse:

Om ansökan avser fondbestämmelser för en ny fond eller fondbestämmelser som ändras på annat sätt än som en följd av den nya placeringsinriktningen gäller fristen i 4 kap. 9 § fjärde stycket.

5 a kap. 17 § och 21 §

I de två paragrafernas tredje stycken regleras vad som ska gälla om det "saknas" ett sådant avtal som avses i 9 §, nämligen ett avtal mellan fondbolagen, vilket ska ha ett visst innehåll enligt den paragrafen.

Genom att ordet "saknas" används förmedlas intrycket av att det kan vara fråga om ett val som bolagen gjort eller ett förbiseende av dessa att något avtal inte finns. Det har dock vid föredragningen upplysts att detta inte är avsikten. Vad det i själva verket är fråga om är att det i vissa situationer kan vara så att det saknas förutsättningar för ett avtal. Lagrådet föreslår därför att detta tydligt anges i de båda paragrafernas tredje stycken och att dessa därför får följande lydelse:

17 § tredje stycket

Om det saknas förutsättningar för ett avtal enligt 9 § ska det i ett avtal enligt 16 § i stället för vad som anges i andra stycket föreskrivas antingen

1. att svensk lag är tillämplig på avtalet och att svenska domstolar ska pröva tvister med anledning av avtalet, eller
2. att lagstiftningen i mottagarfondföretagets hemland är tillämplig på avtalet och att det landets domstolar ska pröva tvister med anledning av avtalet.

21 § tredje stycket

Om det saknas förutsättningar för ett avtal enligt 9 § ska det i ett avtal enligt 20 § i stället för vad som anges i andra stycket föreskrivas antingen

1. att svensk lag är tillämplig på avtalet och att svenska domstolar ska pröva tvister med anledning av avtalet, eller
2. att lagstiftningen i mottagarfondföretagets hemland är tillämplig på avtalet och att det landets domstolar ska pröva tvister med anledning av avtalet.

8 kap. 15 – 18 §§

Under rubriken Ogiltighet anges i 16 § att en fusion som fått rättsverkan enligt 14 § inte får förklaras ogiltig. Paragrafens innehåll är alltså att fusionen förblir giltig medan rubriken ger intryck av att ogiltighet kan inträda.

Vad bestämmelsen anger är en rättsverkan av fusionen; den blir giltig. Lagrådet föreslår därför att rubriken får utgå och paragrafen flyttas upp som 15 § under rubriken Fusionens rättsverkningar. Den föreslagna 15 § blir då 16 § och i 18 § får i uppräknningen av de paragrafer som skall gälla vid en gränsöverskridande fusion mellan en överlåtande värdepappersfond och ett övertagande fondföretag göras en redaktionell ändring enligt följande:

13 § om kostnader i samband med en fusion, samt
14 § andra stycket och 15 § om fusionens rättsverkningar.

11 kap. 3 a §

Kapitlet utgör en del av de bestämmelser i lagen som gäller Finansinspektionens tillsyn av och möjligheter till ingripanden mot fondbolag och har rubriken Särskilt om prövningen av ägares lämplighet. Fråga är om ägare med ett kvalificerat innehav av aktier i fondbolaget. För förvärv och innehav av kvalificerat innehav krävs tillstånd av Finansinspektionen och för tillstånd har satts upp ett antal villkor. Dessa har i det nu föreliggande förslaget anpassats efter UCITS IV-direktivet och utformats efter förebild i lagen om värdepappersmarknaden. Samtidigt har de tidsgränser för ansökan och beslut om tillstånd som fastställts i direktivet angivits i de föreslagna bestämmelserna.

I den föreslagna 3 a § anges att Finansinspektionens beslut i en fråga om tillstånd till förvärv av nu förevarande slag ska meddelas

inom 60 dagar efter avsändandet av viss bekräftelse, bedömningsperioden. I ett andra stycke ska, om beslut inte meddelats inom bedömningsperioden, Finansinspektionen anses ha beviljat det begärda tillståndet.

Förslaget i andra stycket av den föreslagna bestämmelsen utgör ett avsteg från den förvaltningsrättsliga principen att ett ärende avgörs först när myndigheten fattar ett reellt beslut. Principen har redan naggats i kanten, senast genom 3 kap. 2 § försäkringsrörelselagen (1982:713), 14 kap. 2 b § lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse och 24 kap. 3 a § lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden. I dessa lagar är det fiktiva beslutet också positivt och ordalydelsen densamma som i det nu föreliggande förslaget.

Även om tveksamhet kan råda om de faktiska följderna av ett beslut av detta slag, som t.ex. om Finansinspektionen till beslutet kan foga ett ytterligare beslut om genomförandetid eller om beslutet kan överklagas och i så fall av vem, torde det inte längre finnas någon bärande anledning att ifrågasätta införandet av bestämmelsen även i nu förevarande lag.

Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar övriga lagförslag utan erinran.