

Datum 2013-02-08
Författare Marie Jespersen

FI Dnr 12-12289

Finansinspektionen
Box 7821
SE-103 97 Stockholm
[Brunnsgatan 3]
Tel +46 8 787 80 00
Fax +46 8 24 13 35
finansinspektionen@fi.se
www.fi.se

Genomförande av de europeiska tillsynsmyndigheternas riktlinjer och rekommendationer¹

Sammanfattning

Finansinspektionen anser att riktlinjer från de europeiska tillsynsmyndigheterna riktade till behöriga myndigheter eller finansmarknadsaktörer är att jämföra med svenska allmänna råd. Esa-förordningarna innebär att behöriga myndigheter eller finansmarknadsaktörer direkt på grund av förordningarna med alla tillgängliga medel ska söka följa dessa riktlinjer. Eftersom förordningarna har direkt verkan kommer Finansinspektionen inte att utfärda några egna allmänna råd men när Finansinspektionen bedömer att det behövs kan riktlinjer komma att omarbetas till bindande regler i form av föreskrifter. Redan när ett förslag till en ny riktlinje läggs fram avser Finansinspektionen att analysera huruvida förslaget ligger inom de europeiska tillsynsmyndigheternas mandat och hur förslaget förhåller sig till svensk rätt. Finansinspektionen avser att verka aktivt både internationellt och nationellt för att processen för framtagande av riktlinjer ska bli mer transparent och förutsebar.

Inledning

Inom EU skapades 2011 en ny struktur för tillsynen av den finansiella sektorn. Syftet med det arbetet har varit att bättre kunna hantera den omfattande gränsöverskridande verksamheten inom de europeiska finansmarknaderna, följa och analysera utvecklingen och kunna vidta relevanta åtgärder för att främja den finansiella stabiliteten inom EU.

Den nya europeiska tillsynsstrukturen består av två pelare, varav den ena syftar till att förbättra tillsynen över enskilda institut. Tre nya europeiska tillsynsmyndigheter har inrättats – Europeiska bankmyndigheten (Eba), Europeiska försäkrings- och tjänstepensionsmyndigheten (Eiopa) och

¹ Det som sägs nedan om riktlinjer avser även rekommendationer.

Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten (Esma), gemensamt de Europeiska tillsynsmyndigheterna (European Supervisory Authorities, Esa). Dessa tre nya tillsynsmyndigheter har getts i uppgift att säkerställa att en samlad uppsättning harmoniserade regler och enhetliga tillsynsrutiner tillämpas av de nationella tillsynsmyndigheterna. Myndigheterna lämnar förslag på tekniska standarder för tillsyn eller genomförande som sedan antas av EU-kommissionen i form av förordningar eller beslut. Därutöver har myndigheterna möjlighet att anta riktlinjer och rekommendationer riktade till behöriga myndigheter eller finansmarknadsaktörer. Den andra pelaren syftar till att säkerställa en effektiv makrotillsyn inom EU genom att ge Systemrisknämnden, ESRB, rätt att utfärda rekommendationer och varningar. Esa utgör tillsammans med de nationella tillsynsmyndigheterna och ESRB det europeiska systemet för finansiell tillsyn, ESFS. De aktuella förordningarna som inrättar Eba, Eiopa och Esma, är 1093/2010, 1094/2010 och 1095/2010 (Esa-förordningarna).

En överenskommelse har träffats inom EU att inrätta ett gemensamt tillsynssystem inom ECB för tillsyn av i första hand vissa banker. Det finns inget beslut om att Sverige ska ansluta sig till den så kallade bankunionen. Så länge Sverige inte deltar kommer inte regler och riktlinjer som kan komma att beslutas av ECB att direkt påverka svenska företag. Sådana regler och riktlinjer behandlas därför inte i denna promemoria.

Under hösten 2012 gav Finansinspektionen f.d. justitierådet Johan Munck i uppdrag att upprätta en promemoria om genomförandet av de europeiska tillsynsmyndigheternas riktlinjer och rekommendationer. Promemorian har remitterats och i det följande redovisas Johan Muncks synpunkter vad avser implementeringen av riktlinjerna och remissinstansernas synpunkter. Slutligen diskuteras och lämnas förslag till hur Finansinspektionen ska ta hand om riktlinjerna.

Slutsatserna i Johan Muncks promemoria

I promemorian inleder Johan Munck med att konstatera att riktlinjer som meddelas av EU-institutionerna har en rättslig betydelse som påminner om vad som gäller i fråga om den svenska termen allmänna råd, dvs. ”regler som anvisar hur en person lämpligen kan förfara i vissa hänseenden men där det likväl står den enskilde fritt att välja en annan väg för att nå det önskade resultatet” (prop. 1975/76:112 s. 66).

Johan Munck menar vidare att när det är fråga om riktlinjer som riktar sig till finansinstituten (vare sig enbart eller tillsammans med de behöriga myndigheterna), måste Esa-förordningarna anses innebära att finansiella institut direkt på grund av förordningen åläggs en skyldighet att ”med alla tillgängliga medel söka följa” de riktlinjer och rekommendationer som den europeiska tillsynsmyndigheten har meddelat eftersom en EU-förordning alltid har direkt effekt i medlemsstaterna.

Enligt Johan Munck innebär det att det inte behövs några allmänna råd eller liknande från Finansinspektionens sida för att denna skyldighet för finansinstituten ska manifesteras. Han menar att det inte ens torde vara väl förenligt med EU-rätten om Finansinspektionen skulle meddela allmänna råd i vilka det förklaras att finansinstituten med alla tillgängliga medel bör söka följa de riktlinjer som de europeiska tillsynsmyndigheterna från tid till annan kan komma att meddela. Inte heller en bindande föreskrift av Finansinspektionen om en allmän skyldighet för finansinstituten att följa riktlinjerna torde vara invändningsfri från denna synpunkt.

Innehållet i de europeiska tillsynsmyndigheternas riktlinjer är dock icke-bindande rättsakter. Förbudet mot dubbelreglering eller utfyllnad av regleringen gäller inte i fråga om riktlinjer. Enligt Johan Munck står det därför Finansinspektionen fritt att meddela allmänna råd eller – i mån av bemyndigande från den svenska regeringens sida – bindande föreskrifter på områden som tangerar eller täcks av de europeiska tillsynsmyndigheternas riktlinjer och rekommendationer. Men Finansinspektionens regler får inte strida mot de europeiska tillsynsmyndigheternas regler (Finansinspektionen kan dock ha anmält att inspektionen inte avser att följa en sådan regel). Det kan enligt Johan Munck inte heller anses strida mot EU-reglerna om Finansinspektionen skulle meddela bindande regler på vissa speciella punkter där EU-reglerna bara innehåller en rekommendation.

Angående metodiken att Finansinspektionen skulle omarbeta samtliga riktlinjer till svenska allmänna råd menar Johan Munck att denna metod skulle innebära ett slags ”double banking” (vilket föreligger när EU-regleringen behandlar helt eller delvis samma fråga som nationell lagstiftning men där det kan finnas skillnader mellan EU-regleringen och den nationella lagstiftningen). Institutens skyldighet att i princip följa Esa:s riktlinjer och rekommendationer som de står upphör inte genom att sådana allmänna råd utarbetas.

I frågan om riktlinjernas status anför Johan Munck att Finansinspektionen som tillsynsmyndighet inte kan betrakta dessa som formellt bindande för finansinstituten. När en riktlinje direkt tar sikte på en viss EU-förordning eller del av en sådan förordning måste dock det finansinstitut som inte följer rekommendationen vara berett att förklara hur institutet i stället tillgodoser syftet med förordningen. Under alla omständigheter är det klart att EU-reglerna måste beaktas vid Finansinspektionens tillsyn.

I de fall en Europeisk tillsynsmyndighet har fått till uppdrag att utfärda riktlinjer rörande tillämpningen av en förordning kan inte detta, enligt Johan Munck, utan vidare innebära att det förutsatts i förordningen att även de nationella myndigheterna får meddela sådana regler. Det hindrar dock inte att det kan tänkas förekomma fall där det alldeles klart förhåller sig så att nationella bestämmelser behövs för att förordningen ska få avsedd verkan.

Johan Munck anför i frågan om Finansinspektionens ansvar för implementering av riktlinjerna att Finansinspektionen har anledning att först studera om det finns något som talar för att inspektionen inte bör bekräfta att man från svensk sida avser att följa denna. En sådan omständighet skulle kunna tänkas vara att det redan finns en annan lösning på motsvarande problem i svensk rätt som man vill behålla. Står det klart att man från svensk sida bör bekräfta att riktlinjen kommer att följas har Finansinspektionen anledning att se efter om det finns någon svensk reglering som bör upphävas eller ändras. En utgångspunkt är därvid att man i princip bör undvika ”double banking”.

Om en riktlinje innehåller en regel som har direkt motsvarighet i en bindande svensk föreskrift meddelad antingen i lag eller förordning eller i inspektionens föreskrifter finns det enligt Johan Munck ingen anledning att upphäva föreskriften. På motsvarande sätt finns det enligt hans mening inte något som hindrar att man från svensk sida meddelar en bindande föreskrift i ett ämne som i och för sig behandlas i en riktlinje (vilket förutsätter att Finansinspektionen har ett bemyndigande). Skulle en redan befintlig svensk föreskrift föreskriva en längre gående skyldighet för instituten än EU-regeln, men vara förenlig med regelns syften synes enligt Johan Munck den svenska regeln inte utan vidare behöva ändras.

Remissinstansernas synpunkter

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet har liksom Kammarrätten i Göteborg inga invändningar mot slutsatserna i promemorian. Sparbankernas riksförbund framhåller vikten av att ordningen med referensgrupper beaktas

även i framtida implementeringsarbete. Förbundet anser att den angivna ordningen som Finansinspektionen föreslås följa när en ny riktlinje ska meddelas bör kunna ligga till grund för Finansinspektionens framtida hantering, med beaktande av önskemålet om referensgruppernas deltagande.

Finansbolagens förening framför att Finansinspektionen bör utgå från att riktlinjer riktar sig till inspektionen och inte till instituten såvida inte annat klart framgår. Föreningen ifrågasätter om en riktlinje kan ligga till grund för en sanktion mot ett institut. Föreningen anser att det är viktigt att Finansinspektionen etablerar en bestämd ordning i samband med att nya riktlinjer tas fram och implementeras. Denna ordning bör innebära att en referensgrupp bildas redan i samband med att en ny riktlinje påbörjas. Finansinspektionen bör alltid göra en konsekvensanalys. När en riktlinje väl är antagen bör Finansinspektionen analysera om det finns skäl som talar för att inspektionen inte bör bekräfta att riktlinjen kommer att följas. Det framstår som otillräckligt att Finansinspektionen endast hänvisar till riktlinjen eftersom det ofta är oklart till vem riktlinjerna riktar sig. Riktlinjerna kan även vara oförenliga med svenska lagar och regler vilket försvårar eller omöjliggör att riktlinjerna tillämpas. Ett särskilt problem är att riktlinjerna inte finns översatta till svenska. Utgångspunkten bör enligt föreningen därför vara att inspektionen i relevanta delar implementerar eller inarbetar riktlinjer i sina allmänna råd och att de allmänna råden utarbetas och publiceras på sedvanligt sätt.

Riksbanken instämmer i promemorians analys av den juridiska betydelsen och effekten av de europeiska tillsynsmyndigheternas riktlinjer. Riksbanken påpekar att det är angeläget att Finansinspektionen informerar Finansdepartementet om eventuella motstridigheter som finns mellan svensk rätt och en riktlinje mot bakgrund av att svenska myndigheter som huvudregel bör sträva efter att harmonisera svenska och europeiska regler. Finansinspektionens beslut om att en riktlinje inte ska antas bör offentliggöras.

Svenska Bankföreningen anser att målgruppen för riktlinjer i vissa fall är otydlig vilket skapar problem för både banker och tillsynsmyndigheter. Det bör åligga Finansinspektionen att publicera vilka delar av en riktlinje som instituten bör beakta. Ställningstagandet att Finansinspektionen inte kan betrakta riktlinjerna som formellt bindande för instituten är viktigt. En grundförutsättning för att riktlinjer ska bli tillämpliga i medlemsstaterna bör vara att dessa är avfattade på samtliga officiella språk. Det kan ifrågasättas om riktlinjer utfärdade av Esa ska kunna utgöra grund för en sanktion mot ett svenskt institut då dessa inte är formellt bindande för instituten. Vad gäller

Finansinspektionens ansvar för implementering av riktlinjerna anser föreningen att processen för framtagandet av dessa riktlinjer så långt möjligt bör följa den svenska regelgivningsprocessen, framför allt med hänsyn till att ett avsteg från riktlinjerna synes kunna medföra långtgående konsekvenser för enskilda aktörer. Finansinspektionen bör därför redan i samband med att arbetet med en riktlinje påbörjas inom Esa ha som utgångspunkt att aktivt medverka i arbetet. Det är befogat att Finansinspektionen omfördelar resurser till detta område eller tillförs medel som gör en medverkan möjlig. Finansinspektionen bör vid en prioritering av vilka projekt man ska medverka i samråda med branschen. I de projekt Finansinspektionen medverkar är det angeläget att föra en dialog med berörda intressenter genom att bilda referensgrupper. Finansinspektionen bör, i samband med att den på sin hemsida hänvisar till en riktlinje, publicera den konsekvensanalys som gjorts. Det bör däri också framgå riktlinjens förenlighet med svenska regler och vilka delar som de svenska instituten bör beakta.

Svenska fondhandlareföreningen delar uppfattningen att riktlinjer från de europeiska tillsynsmyndigheterna utgör icke-bindande rättsakter. Vad som sägs i artikel 16 i Esma-förordningen kan inte föranleda någon annan bedömning. Föreningen förespråkar att en mer utvecklad, väl genomlyst, process införs för genomförandet i Sverige av riktlinjer från de europeiska tillsynsmyndigheterna. Denna process bör ske i dialog med branschen. Målet med denna process bör vara att införandet av en riktlinje i Sverige regelmässigt åtföljs av en utförlig analys av reglerna och riktlinjens förenlighet med svensk och EU-rätt. Denna process bör påbörjas på ett så tidigt stadium som möjligt. I Finansinspektionens tillkännagivande till Esma huruvida inspektionen avser att tillämpa en riktlinje bör den rättsliga grunden för riktlinjens tillämplighet i Sverige anges klart och tydligt.

Svenska försäkringsförmedlares förening delar uppfattningen att Finansinspektionen som tillsynsmyndighet inte kan betrakta riktlinjerna som formellt bindande för finansinstituten. Föreningen förordar att double banking undviks i så stor utsträckning som möjligt och att inspektionen ger så mycket hjälp och stöd till finansinstituten som möjligt eftersom EU-reglerna ofta upplevs som svårtolkade av mindre aktörer. Det skulle vidare underlätta för branschen med förtydligande om vad som kan anses vara en godtagbar ursäkt för att inte följa en icke-bindande regel.

Svensk Försäkring instämmer i huvuddelen av den analys som har presenterats och att innehållet i riktlinjer inte är bindande. Av det följer att ett företag som

inte följer innehållet i en riktlinje inte heller endast därigenom kan anses ha åsidosatt artikel 16 i aktuell Esa-förordning. Svensk Försäkring anser dock inte att det finns utrymme för att anse att företaget har åsidosatt den bindande EU-regeln (artikel 16) i ett fall då ett institut brutit mot en riktlinje som inte utföras med stöd av ett uttryckligt bemyndigande i en specifik EU-förordning. Det skulle ge riktlinjerna en rättsverkan som inte är förenlig med att de inte är bindande och som inte heller är förenligt med de europeiska tillsynsmyndigheternas mandat. Svensk Försäkring förordar för att åstadkomma ökad tydlighet att Finansinspektionen publicerar sin analys av nya riktlinjer och då tydligt anger förhållandet till befintlig eller föreslagen reglering och den rättsliga grunden för riktlinjerna. Synpunkter från berörda bör inhämtas tidigt i processen och det är enligt Svensk Försäkring inte tillfyllest att de europeiska myndigheterna konsulterar intressenter. På Finansinspektionens hemsida bör det finnas både gällande riktlinjer och föreslagna sådana.

Fondbolagens förening delar den grundläggande uppfattning som kommer till uttryck i promemorian att det står klart att riktlinjer från Esma inte är bindande. Riktlinjerna är inte alltid jämförbara med svenska allmänna råd. Promemorian synes utgå från att riktlinjerna endera är hänförliga till regler i en EU-förordning eller i ett direktiv. Så är emellertid inte alltid fallet vilket medför en särskild problematik och kan ifrågasättas av flera skäl. Esmas riktlinjer har ofta inte heller karaktären av allmänna råd. Det är därför viktigt att Finansinspektionen tidigt i processen i Esma granskar förslag till riktlinjer kritiskt och analyserar hur dessa överensstämmer med EU-rätten samt vilka åtgärder som skulle krävas för att kunna tillämpa dem i svensk rätt. Det måste klargöras vilken status riktlinjerna ska anses ha för finansmarknadsaktörerna i ett fall då Finansinspektionen anger till Esma att den inte avser att följa riktlinjerna i fråga. När Finansinspektionen på hemsidan offentliggör ett ställningstagande att myndigheten anser att följa vissa riktlinjer är det viktigt att det också tillkännages på vilket sätt riktlinjerna ska hanteras, t.ex. om de kommer att genomföras i föreskrifter. Föreningen kan inte se att det i EU-rätten görs någon åtskillnad mellan riktlinjer utfärdade med stöd av uttryckligt bemyndigade i en EU-förordning och andra riktlinjer. Esma utfärdar inte bara riktlinjer och rekommendationer, utan även yttranden (opinions) samt frågor och svar (Q & A). Det vore bra om även dessa företeelser berörs i den fortsatta beredningen.

Finansinspektionens skäl

Riktlinjernas status

Finansinspektionen delar Johan Muncks bedömning att Finansinspektionen inte bör betrakta Esa-riktlinjerna som formellt bindande för finansinstituten. Riktlinjerna har en rättslig betydelse som påminner om vad som gäller i fråga om svenska allmänna råd. Esa-förordningarna innebär dock att de behöriga myndigheterna och finansinstituten direkt på grund av förordningen åläggs en skyldighet att med alla tillgängliga medel söka följa dessa riktlinjer och rekommendationer. I enlighet med Johan Muncks bedömning kommer Finansinspektionen inte att meddela några allmänna råd eller liknande för att denna skyldighet för finansinstituten ska manifesteras.

Den skyldighet att lämna Esa en förklaring huruvida riktlinjen ska följas eller inte är en metod för att öka efterlevnaden som ligger i linje med Esa:s huvudsakliga mål; en enda uppsättning av regler. Ministerrådet har definierat ”the single rule book” som en enda uppsättning av EU-regler och normer direkt tillämpliga på alla finansiella institut verksamma inom den inre marknaden. Tillämpningsområdet för en sådan sammansättning av regler är dock fortfarande oklar. Det öppnar därför ett visst tolkningsutrymme för Esa. En gemensam regelbok skulle bidra till mindre oklarheter i den finansiella lagstiftningen i medlemsstaterna. Detta minskar i sin tur tillsynsarbitrage och goldplating, dvs. utnyttjandet av obalanser mellan marknader och regleringar respektive nationella genomföranden av EU-lagstiftning som går utöver vad en rättsakt kräver.²

Johan Munck har tidigare på uppdrag av några branschorganisationer gjort en rättslig analys av Finansinspektionens allmänna råd. I den promemorian uttalar han att ett allmänt råd typiskt sett syftar till att rekommendera en tillämpning av en författningsbestämmelse som instituten, vilka råden riktar sig till, är skyldiga att följa.³ Kammarrätten i Stockholm uttalade i dom den 5 mars 2007 i mål 1861-05 att allmänna råd, som inte är rättsligt bindande, kan sägas utgöra rekommendationer till stöd för hur författningar som styr verksamheten kan tillämpas. De anger hur adressaten kan eller bör handla och syftar till att påverka utvecklingen i en viss riktning och att främja en enhetlig rättstillämpning. Ett institut som följer allmänna råd kan inte vänta sig någon

² Stijn Verhelst, *Renewed Financial Supervision in Europe – Final or transitory*, Egmont Paper 44, March 2011, s. 40-41.

³ Johan Munck, *Några frågor om Finansinspektionens allmänna råd*, 12 februari 2011, s 8.

kritik från Finansinspektionen i det specifika avseendet. Om ett institut inte följer allmänna råd måste det emellertid framgå att institutet handlar på något annat sätt som leder till att kraven i bakomliggande bestämmelser uppfylls.⁴

Om Finansinspektionen begär det måste företagen således vara beredda att förklara hur de anser sig uppfylla författningens krav. När ett företag inte följer en riktlinje eller handlar på något annat sätt som leder till att kraven i bakomliggande bestämmelser uppfylls, kan alltså Finansinspektionen ingripa mot bolaget.

När Finansinspektionen bedömer att det är lämpligt kan inspektionen genomföra en riktlinje genom bindande föreskrifter i den mån det finns ett bemyndigande från regeringen.

Innan de europeiska tillsynsmyndigheterna inrättades samverkade de nationella tillsynsmyndigheterna i flera kommittéer; kommittén för europeiska banktillsynsmyndigheterna (CEBS), kommittén för europeiska myndigheter med tillsyn över försäkringar och tjänstepensioner (CEIOPS) och Europeiska värdepapperstillsynskommittén (CESR). Vad beträffar rekommendationer och dylikt som utfärdats av kommittéerna gäller enligt Esa-förordningarna artikel 8.1 l och 76.4 att myndigheterna när så är lämpligt, ska överta alla befintliga och pågående uppgifter från kommittéerna.

Dokumentens status följer av kommittéernas stadgar och Finansinspektionen utgår från att det material som utfärdats av kommittéerna fortsätter att gälla tills dess att de antas på nytt, ersätts eller återkallas av Esa. Kommittéernas dokument får således inte statusen av allmänna råd per automatik genom Esa-förordningarnas ikraftträdande utan gäller även fortsättningsvis som tolkningsdata om inte Finansinspektionen genomfört en rekommendation i ett eget allmänt råd.

Esa publicerar förutom riktlinjer även andra icke-bindande dokument såsom t.ex. frågor och svar. Dessa dokument ger naturligtvis uttryck för Esa:s uppfattning i olika frågor men de kan inte anses gälla som allmänna råd. De kan emellertid bidra till tolkningen av de allmänna råden. Eftersom dessa uttalanden återspeglar Esas uppfattning har de finansiella instituten anledning att fästa vikt vid sådana uttalanden men det kan enligt Finansinspektionens

⁴ HFD beslutade den 28 maj 2009 att inte meddela prövningstillstånd.

mening inte finnas någon skyldighet att ta del av dem såsom det gör med allmänna råd.

Rättslig analys

Finansinspektionen bör såsom flertalet remissinstanser påpekat påbörja en rättslig analys så snart ett förslag till en ny riktlinje läggs fram. I denna process bör Finansinspektionen verka aktivt och i den mån det är möjligt och lämpligt ta hjälp av berörda intressenter. I samband med att inspektionen anmäler till Esa enligt artikel 16.3 huruvida den följer eller tänker följa riktlinjen alternativt att den inte följer eller avser att inte följa riktlinjen helt eller delvis ska den juridiska analysen vara helt klar. Den juridiska analysen bör offentliggöras, förslagsvis genom en typ av parallelluppställning på Finansinspektionens hemsida. För det fall Finansinspektionen anger att den inte följer eller avser att inte följa riktlinjen ska skälen för detta anges. I en sådan situation ska inspektionen överväga om det finns anledning att informera Finansdepartementet eftersom myndigheterna i EU bör sträva efter harmoniserad praxis. Finansinspektionen ska i den juridiska analysen, förutom att utreda riktlinjens förenlighet med svenska regler, utreda huruvida riktlinjen är förenlig med Esa:s mandat. Det är Finansinspektionens uppfattning att en riktlinje som huvudregel måste ha stöd i överordnade rättsakter.⁵

Denna uppfattning har stöd i Esa-förordningarna. I artikel 16.1 anges att Esa ska, i syfte att upprätta en konsekvent, ändamålsenlig och effektiv tillsynspraxis inom ESFS och säkerställa en gemensam, enhetlig och konsekvent tillämpning av unionsrätten, utfärda riktlinjer och rekommendationer riktade till behöriga myndigheter eller finansmarknadsaktörer. I skäl 26 till förordningarna anges vidare att på områden som inte omfattas av tekniska standarder för tillsyn eller genomförande bör myndigheten ha befogenhet att utfärda riktlinjer och rekommendationer för tillämpningen av unionsrätten.

För närvarande pågår inom Esa diskussioner om Esa:s mandat. Den ena uppfattningen är att artikel 16.1 ger Esa möjlighet att utfärda riktlinjer i två fall. I det första fallet för att upprätta en konsekvent, ändamålsenlig och effektiv tillsynspraxis och i det andra fallet för att säkerställa en gemensam, enhetlig och konsekvent tillämpning av unionsrätten. Det har dock medgivits att det i praktiken skulle vara svårt att utfärda riktlinjer utan att säkerställa en gemensam, enhetlig och konsekvent tillämpning av unionsrätten. Den andra

uppfattningen är att rekvisiten i artikel 16.1 inte är alternativa utan kumulativa, dvs. att båda rekvisiten måste vara uppfyllda. En sådan tolkning stöds av skälen till förordningen som säger att på områden som inte omfattas av tekniska standarder för tillsyn eller genomförande bör myndigheten ha befogenhet att utfärda riktlinjer och rekommendationer *för tillämpningen av unionsrätten* (skäl 26).⁶

I enlighet med Finansinspektionens inställning ska inspektionen verka för att ESA:s mandat framgår tydligt i varje riktlinje. Det förutsätts inte ett uttryckligt bemyndigande i en överordnad rättsakt men det måste finnas en koppling till en överordnad rättsakt och denna koppling måste framgå av riktlinjen.⁷

Hur ska Finansinspektionen samråda med berörda intressenter?

Remissinstanserna har efterfrågat att berörda intressenter ska bjudas in i ett tidigt stadium och få vara med vid utarbetandet av en riktlinje.

Processen för framtagandet av en riktlinje ägs av Esa:s. Praktiskt går det till så att tillsynsstyrelsen beslutar om myndighetens arbetsprogram och tidsplan. Av arbetsprogrammet, som finns tillgängliga på respektive Esa:s hemsida, framgår bl.a. vilka riktlinjer som myndigheten avser att ta fram och tidsplanen för dessa.

Inom Esa:s finns också intressentgrupper (artikel 37). I dessa deltar bl.a. representanter från branschen som väljs in av tillsynsstyrelsen på förslag av relevanta intressenter. I Eba deltar för närvarande en svensk representant från branschen, i Eiopa två och i Esma en. Finansinspektionen informerar berörda intressenter, bl.a. genom publicering på den egna webbsidan, om den möjlighet som finns att verka i dessa intressentgrupper.

I enlighet med artikel 37 samråder Esa:s om bl.a. riktlinjer med de externa intressentgrupperna. Esa samråder också med externa intressenter om förslag på riktlinjer genom publika konsultationer och ibland även genom möten som är öppna för berörda parter. Dessa processer finns fastställda i respektive myndighets konsultationsprocesser⁸.

⁵ Som exempel finns undantag i art. 22. 3 och 9.2 i förordningen 1095/2010.

⁶ Note, ESMA/2013/BS12.

⁷ Se exempel på undantag i artikel 22.3 och 9.2 i förordningen 1095/2010.

⁸ Se Esa:s konsultationsprocesser: Eba:s konsultationsprocess, Eiopa:s konsultationsprocess och Esma:s konsultationsprocess.

Utöver de möjligheter som externa intressenter har att lämna synpunkter på framtagande av riktlinjer via Esa:s processer, har Finansinspektionen tillsatt tillfälliga referensgrupper med svenska intressenter i ett antal regelprojekt i syfte att diskutera principiellt viktiga frågor. Ett problem i sammanhanget är att det ofta är frågan om snäva tidsramar, ett annat att det vid delning av utkast uppkommer en sekretessproblematik. En delning kan påverka Finansinspektionens inflytande i en arbetsgrupp negativt, eftersom det kan tänkas att andra deltagare i arbetsgruppen anser att det olämpligt och försvårande för arbetet om utkast och förslag lämnas till externa intressenter.

Finansinspektionen har dock ett ansvar för att vara transparent i det internationella arbetet, men det måste ske inom de ramar som följer av Sveriges förpliktelser gentemot Esa:s och svenska regler om offentlighet och sekretess. Finansinspektionen förordar det arbetssätt som redan tillämpas idag, dvs. att när Finansinspektionen så finner det lämpligt kommer inspektionen att konsultera berörda intressenter. Det går huvudsakligen till så att inspektionen anonymiserar dokumenten och i generella ordalag belyser de frågeställningar som inspektionen önskar få svar på. För att öka transparensen och öka intressenternas möjlighet att påverka i ett tidigt skede avser Finansinspektionen att på sin hemsida lägga ut Esa:s arbetsprogram och att inhämta berörda intressenters åsikter om prioriteringsfrågor m.m. Detta kommer att kräva mer proaktivitet från såväl Finansinspektionens som intressenternas sida. Intressenternas åsikter är värdefulla för Finansinspektionen att ta med sig i förhandlingarna samtidigt som önskemålet om transparens till viss del tillgodoses. Finansinspektionen anser att de berörda intressenterna också har ett eget ansvar att aktivt delta i EU-arbetet, vilket t.ex. kan ske genom att man i högre utsträckning använder sig av de intressentgrupper som redan finns inom Esa:s.

Översättning av riktlinjer

Esa ska översätta riktlinjerna men hittills har inte alla riktlinjer varit översatta vid publiceringen. Enligt Finansinspektionens uppfattning bör riktlinjerna för att vara tillämpliga i Sverige på motsvarande sätt som allmänna råd vara översatta till svenska. Det innebär att det är Finansinspektionens uppfattning att skyldigheten för företagen enligt artikel 16 i Esa-förordningarna att med alla till buds stående medel söka följa riktlinjen endast inträder om riktlinjen finns på svenska.

Processen i punktform

- Finansinspektionen lägger ut Esa:s arbetsprogram på sin hemsida och begär in synpunkter från berörda intressenter.
- Så snart ett förslag till riktlinje läggs fram för arbetsgruppen ska Finansinspektionen verka för att det ska framgå vilken överordnad rättsakt som ger ESA mandat att utfärda en riktlinje.
- Under arbetets gång ska Finansinspektionen analysera hur förslagen överensstämmer med svensk rätt och göra en konsekvensanalys.
- Finansinspektionen ska, när den finner det lämpligt, konsultera berörda intressenter.
- Finansinspektionen ska när den offentliggör sitt svar till ESA enligt artikel 16.3 i ESA-förordningarna offentliggöra svaret tillsammans med den juridiska analysen samt en konsekvensanalys.