



Regeringskansliet
Finansdepartementet
103 33 STOCKHOLM

Yttrande över 2012 års marknadsmissbruksutrednings betänkande Marknadsmissbruk II (SOU 2014:46)

Jag har tagit del av Ekobrottsmyndighetens remissyttrande. Enligt 2 § första stycket 3 förordningen (2007:972) med instruktion för Ekobrottsmyndigheten handlägger myndigheten samtliga mål som avser lagen (2005:377) om straff för marknadsmissbruk vid handel med finansiella instrument (MmL). Jag ansluter mig till vad Ekobrottsmyndigheten anför i sitt yttrande, men vill för egen del tillägga följande.

Finansinspektionens skyldighet att anmäla brott

Utredningen föreslår att den nuvarande bestämmelsen i 19 § MmL om Finansinspektionens skyldighet att anmäla misstänkta brott till åklagare ska upphöra att gälla. I stället ska en bestämmelse med motsvarande innehåll införas i den föreslagna nya lagen med kompletterande bestämmelser till EU:s marknadsmissbruksförordning, dock med den skillnaden att det anges att anmälan ska göras till Ekobrottsmyndigheten och inte som nu till åklagare (se 2 kap. 17 §).

Enligt min mening bör bestämmelsen om anmälningsskyldighet även fortsättningsvis återfinnas i MmL. Anmälningsskyldigheten avser brott mot MmL varför den också bör regleras i den lagen. Däremot kan det vara lämpligt att i 2 kap. 17 § i den nya lagen hänvisa till att det i MmL finns en bestämmelse om anmälningsskyldighet. För det fall bestämmelsen om anmälningsskyldighet ska placeras i den nya lagen bör det under alla förhållanden i MmL finnas en hänvisning till att det i den nya lagen finns en bestämmelse enligt vilken Finansinspektionen har en skyldighet att anmäla misstänkta brott enligt MmL. I annat fall kan den som tar del av MmL i dess lydelse före och efter lagändringen förledas att tro att Finansinspektionen inte längre har en skyldighet att anmäla misstänkta brott.

Vidare anser jag att det även fortsättningsvis ska anges att anmälningsskyldigheten ska fullgöras till åklagare. Som nämnts har regeringen förordnat att

Ekobrottsmyndigheten ska handlägga samtliga mål som avser MmL (2 § första stycket 3 förordningen med instruktion för Ekobrottsmyndigheten). Motsvarande lagstiftningsteknik har valts när det gäller Skatteverkets, och andra förvaltningsmyndigheters, skyldighet att anmäla misstänkta brott enligt skattebrottslagen (1971:69) (se 17 § första stycket skattebrottslagen och 2 § första stycket 1 förordningen med instruktion för Ekobrottsmyndigheten).

Finansinspektionens möjlighet att ingripa genom beslut om sanktionsavgift

Utredningen föreslår att lagstiftningen ska kompletteras med bestämmelser om att Finansinspektionen ska kunna besluta om administrativa sanktioner. Enligt utredningen utgör ett krav på uppsåt ett lämpligt kriterium som kan användas som utgångspunkt för att bestämma hur det kriminaliserade området avseende marknadsmissbruk bör avgränsas. Uppsåtliga brott av normalgraden och grova brott ska därför även fortsättningsvis vara straffbelagda. Straffansvaret ska däremot slopas när det gäller gärningar som begåtts av oaktsamhet. Sådana gärningar ska i stället bli föremål för prövning i ett administrativt förfarande med sanktionsavgifter.

Jag är tveksam till om den föreslagna regleringen har utformats på ett sådant sätt att kravet på uppsåt i alla situationer verkligen kommer att vara avgörande för om en gärning är straffbelagd eller om det administrativa förfarandet med sanktionsavgifter i stället ska användas. Skälen för detta är följande.

I artikel 14 och 15 i den EU-rättsliga marknadsmissbruksförordningen förbjuds insiderhandel, olagligt röjande av insiderinformation och marknadsmanipulation. I förordningen ställs krav på att överträdelser av bl.a. dessa förbud ska kunna rendera i påförande av administrativa sanktioner. Förordningen är direkt tillämplig i EU:s medlemsstater.

Systemet med administrativa sanktioner har emellertid inte ansetts tillräckligt ingripande för de allvarligaste formerna av marknadsmissbruk. I marknadsmissbruksdirektivet fastställs därför minimiregler för i vilka fall straffrättsliga påföljder ska genomföras i EU:s medlemsstater för insiderhandel, olagligt röjande av insiderinformation och marknadsmanipulation.

Enligt artikel 8.3 i marknadsmissbruksförordningen utgör utnyttjande av en rekommendation eller uppmaning att förvärva eller avyttra finansiella instrument insiderhandel, under förutsättning att personen som använder rekommendationen eller uppmaningen inser eller borde inse att det bygger på insiderinformation. Med uttrycket ”inser eller borde inse” kan inte avses annat än att personen handlar med uppsåt eller oaktsamhet i förhållande till att rekommendationen eller uppmaningen bygger på insiderinformation.

Av artikel 3.7 i marknadsmissbruksdirektivet framgår att utnyttjande av en rekommendation eller uppmaning att förvärva eller avyttra finansiella instrument utgör insiderhandel när den person som utnyttjar rekommendationen eller uppmaningen inser att det bygger på insiderinformation. Enligt artikel 3.1 ska medlemsstaterna vidta de åtgärder som krävs för att se till det som anges i bl.a. punkt 7 utgör straffbara handlingar, åtminstone i allvarliga fall och när de begås med uppsåt.

Utredningen föreslår att 3 § MmL ska ändras bl.a. på så sätt att den ska dömas för insiderbrott som följer ett råd att förvärva eller avyttra finansiella instrument, med vetskap om att rådet är grundat på insiderinformation (3 § första stycket 3). Av 3 kap. 2 § tredje stycket i den föreslagna nya lagen med kompletterande bestämmelser till EU:s marknadsmissbruksförordning framgår att frågor om ingripanden vid överträdelse av förbuden i artiklarna 14 och 15 i marknadsmissbruksförordningen prövas av Finansinspektionen genom sanktionsföreläggande. Enligt samma paragrafs fjärde stycke får ingripanden enligt tredje stycket inte ske, om överträdelsen omfattas av ett åtal enligt MmL.

I NJA 2004 s. 176 slog Högsta domstolen fast att uppsåtets nedre gräns utgörs av likgiltighetsuppsåtet. I rättsfallet uttalade Högsta domstolen att när det gäller uppsåt till gärningsomständigheter används insiktsbegreppet som utgångspunkt. Den som insett att en gärningsomständighet förelåg har haft uppsåt till denna. För att en sådan insikt som krävs för uppsåt skall anses föreligga krävs inte att gärningsmannen uppfattat det som helt uteslutet att han skulle missta sig om gärningsomständigheten, utan det räcker att han funnit gärningsomständigheten vara praktiskt taget säker. Högsta domstolen uttalade vidare att likgiltighetsuppsåt till en viss gärningsomständighet förutsätter att gärningsmannen insett att det förelåg en risk för en sådan gärningsomständighet. Det angavs innebära att gärningsmannen ska ha tagit en medveten risk i förhållande till att gärningsomständigheten förelåg. För att likgiltighetsuppsåt ska föreligga krävs därutöver att gärningsmannen vid gärningsögonblicket haft en positiv eller i vart fall likgiltig inställning till att gärningsomständigheten förelåg. Det avgörande är enligt Högsta domstolen att förekomsten av omständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen.

I den straffrättsliga doktrinen uttalas att när ett uppsåts- och ett oaktsamhetsrekvisit kopplas ihop i formler som t.ex. ”har haft eller borde ha haft vetskap”, får man anta att lagstiftaren helt enkelt avsett avser uppsåt eller oaktsamhet. Vidare uttalas att när ordet ”insikt” används i lagtext, bör detta tolkas så att likgiltighetsuppsåt inte räcker för ansvar (se Asp/Ulväng/Jareborg, Kriminalrättsens grunder, 2 uppl., 2013, s. 349 och Jareborg, Allmän kriminalrätt, 2001, s. 331).

Som nämnts innebär förslaget i utredningens betänkande att ansvar för insiderbrott enligt 3 § första stycket 3 MmL ska drabba den som följer ett råd att förvärva eller avyttra finansiella instrument, med vetskap om att rådet är grundat på insiderinformation. Begreppet ”med vetskap om” kan inte tolkas så att det är tillräckligt att gärningsmannen haft likgiltighetsuppsåt i förhållande till att rådet varit grundat på insiderinformation. Om denne i gärningsögonblicket inte insett (dvs. i vart fall varit praktiskt taget säker på) att rådet grundats på insiderinformation är ansvar för insiderbrott enligt den föreslagna lydelsen av 3 § första stycket 3 MmL uteslutet.

För det fall gärningsmannen i det tänkta exemplet insett att det funnits en risk för att rådet grundades på insiderinformation och hade en i vart fall likgiltig inställning till om så var fallet har denne handlat med likgiltighetsuppsåt. Som nämnts framgår av artikel 8.3 i marknadsmissbruksförordningen att utnyttjande av en rekommendation eller uppmaning att förvärva eller avyttra finansiella instrument utgör insiderhandel, om personen som använder rekommendationen eller uppmaningen inser eller borde inse att det bygger på insiderinformation. Såväl uppsåtligt som oaktsamt handlande omfattas således. Insiderhandel är förbjuden enligt artikel 14 i marknadsmissbruksförordningen.

Som redovisats i det föregående ska frågor om ingripanden vid överträdelse av bl.a. förbudet i artikel 14 i marknadsmissbruksförordningen prövas av Finansinspektionen genom sanktionsföreläggande. Sådana ingripanden får inte ske i situationer när överträdelsen omfattas av ett åtal enligt MmL. I övrigt ska således förfarandet med sanktionsavgifter användas.

Enligt min mening innebär det sätt på vilket utredningens förslag har utformats att Finansinspektionen ska ingripa genom föreläggande av sanktionsavgift i de fall då det är fråga om överträdelse av artikel 14 och gärningsmannen handlat med likgiltighetsuppsåt i förhållande till att det råd han mottagit grundats på insiderinformation. Detta är inte lämpligt och det förefaller inte heller vara utredningens avsikt att så ska ske. Som nämnts uttalar utredningen att uppsåtliga brott av normalgraden och grova brott ska vara straffbelagda, medan oaktsamma gärningar ska bli föremål för prövning i ett administrativt förfarande med sanktionsavgifter. Anledningen till hur utredningen valt att utforma 3 § första stycket 3 MmL synes stå att finna i en strävan att inte kriminalisera förfaranden som ligger utanför de minimikrav som anges i marknadsmissbruksdirektivet.

Ett sätt att komma till rätta med det beskrivna problemet är att ändra 3 § första stycket 3 MmL så det inte för straffansvar krävs att gärningsmannen haft vetskap om att rådet är grundat på insiderinformation. Ansvar bör i stället kunna följa vid samtliga former av uppsåt.

Det bör noteras att motsvarande problem finns när det gäller den förslagna utformningen av straffbestämmelsen om obehörigt röjande av insiderinformation i 5 § andra meningen MmL. Här talas om att vidarebefordra ett råd som personen i fråga inser grundas på insiderinformation. Även i detta avseende bör samtliga uppsåtsformer omfattas av straffansvar.

I detta ärende har vice riksåklagaren Kerstin Skarp beslutat. Chefsåklagaren Lars Persson har varit föredragande.

Kerstin Skarp

Lars Persson

För kännedom till:

Ekobrottsmyndigheten (EBM A-2014/0345)
Utvecklingscentrum Stockholm